

# DERECHO Y TECNOLOGÍA

UNIVERSIDAD CATOLICA  
DEL TACHIRA

4/2004

Vicerrectorado Académico  
Decanato de Investigación y Postgrado



Universidad Católica del Táchira  
San Cristóbal - Venezuela

# Derecho y Tecnología

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

## Editor-Director

Mariliana Rico Carrillo

## Consejo de Redacción

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

## Diseño Gráfico

Nina Gabriela Vásquez

## Montaje

Edy Marleni Lozano

## Identificación Legal

Depósito Legal: p.p. 200202TA1209

ISSN: 1317-9306

Periodicidad: Semestral

## ***Revista Derecho y Tecnología***

Número 4

Enero / Julio 2004

### *Dirección:*

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

### *Teléfonos:*

(58) (0276) 344.75.72 -90.83

### *Fax:*

(058) (0276) 344.61.83

### *E-mail:*

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

### *Distribución:*

Universidad Católica  
del Táchira  
Apartado 366  
San Cristóbal  
Estado Táchira  
Venezuela



## ÍNDICE

### Artículos

Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: Reflexiones sobre la contratación informática	11
Luis VARGAS LEAL: Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica .....	23

### Conferencias

#### III Congreso Binacional de Estudiantes de Derecho

José ARAUJO - JUÁREZ: El nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones en Venezuela .....	65
Carlos S. ÁLVAREZ CABRERA: Propiedad intelectual y nuevas tecnologías	93
Nelson REMOLINA ANGARITA: Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano .....	109
Miguel ARRIETA ZINGÜER: Tributación e Internet .....	145
Leopoldo BRANDT GRATEROL: Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico .....	165
María PÉREZ PEREIRA : España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos	177
Raymond J. ORTA MARTÍNEZ: Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales	187
Gustavo Adolfo AMONI REVERÓN: El testamento electrónico .....	193

### Legislación

#### España

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico .....	219
--	-----

Ley 59/2003, de firma electrónica .....	263
---	-----

## Venezuela

Decreto N° 2.614, de 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones .....	301
--	-----

## Jurisprudencia

Giuseppe URSO CEDEÑO: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones .....	325
Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003 .....	331

## Recensión

Mariliana RICO CARRILLO: Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada .....	341
• BRICEÑO, Francisco (Coord.): <i>Aspectos legales del comercio electrónico</i> , Cavecom, Caracas, 294 págs, 2004 .....	341

Índice acumulado .....	347
------------------------	-----

---

**EDITORIAL**



Durante el primer semestre de 2002, difundimos la primera edición de nuestra revista. Hoy, a dos años y con motivo de la publicación del número cuatro, presentamos una nueva sección que recoge bajo el título “Conferencias”, los trabajos expuestos en eventos nacionales e internacionales dedicados a estudiar las oportunidades, retos, problemas y beneficios que se derivan de la relación entre el Derecho y las Nuevas Tecnologías.

En este ejemplar publicamos las conferencias presentadas en el III Congreso Binacional de Estudiantes de Derecho: “*Derecho, Información y Tecnología*”, evento organizado por la representación estudiantil de la Universidad Católica del Táchira (REDUCAT), durante los días 27, 28, 29 y 30 de abril de 2004, donde destacados especialistas de Venezuela y Colombia, junto con un grupo de estudiantes de distintas universidades de ambos países, trataron diversos temas relacionados con nuestra área de investigación. El Congreso también contó con la participación de España, a través de la Prof. María Pérez Pereira, de la Universidad Carlos III de Madrid, quien ofreció una visión de la situación jurídica del comercio electrónico en el Derecho español.

Aprovechamos la oportunidad para agradecer a nuestros lectores los excelentes comentarios acerca de los artículos y secciones publicadas en *Derecho y Tecnología*, y a nuestros colaboradores por sus valiosas aportaciones, las cuales han contribuido a que la revista sea considerada como un material bibliográfico de calidad. Los trabajos publicados en ediciones anteriores han sido citados y referenciados en diversas obras en el ámbito nacional e internacional.

*Mariliana Rico Carrillo*



---

## **ARTÍCULOS**



# Reflexiones sobre la contratación informática

Antonio-Enrique Pérez Luño\*

---

SUMARIO: 1. Precisiones terminológicas. 2. Naturaleza jurídica de los contratos informáticos. 3. Tipología de contratos informáticos: criterios objetivos y subjetivos. 4. La tutela de los usuarios informáticos: ¿un Derecho simbólico? 5. Nuevas modalidades de contratación informática: bases de datos e Internet.

## Resumen

El fenómeno de la contratación informática es estudiado desde dos perspectivas: la primera privilegia su aspecto teórico y tiende a elucidar el significado de esta nueva modalidad contractual y su ubicación en la tipología clásica de los contratos; la segunda intenta explicar las consecuencias prácticas de este nuevo tipo de contratación en el ámbito de la normativa y las relaciones mercantiles internas e internacionales. Las reflexiones que a continuación se avanzan responden al primero de estos enfoques, en este ámbito el autor destaca la importancia de la tutela de los usuarios informáticos y el uso de Internet como una nueva modalidad en el sistema de la contratación informática.

**Palabras clave:** Contratos Informáticos. Hardware. Software. Internet. Consumidores

## Abstract

The phenomenon of Informatic Contracting is studied from two perspectives. The first favors its theoretical aspect and clarifies and find its place in the classical definition of contracts; the second one, tries to explain the practical consequences of this new type of contracting in the frame of regulations and the local and international mercantile relationships. The conclusions exposed below correspond with to the first point of view, the author makes stand out the importance of tutoring computer users and the usage of Internet as a new way of contracting.

**Keywords:** Informatics Contracts. Hardware. Software. Internet. Consumer.

---

Recibido: 30/01/2004 • Aceptado: 18/02/2004

\* Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

## 1. Precisiones terminológicas

El fenómeno de la contratación informática puede ser estudiado desde dos perspectivas que, en cierto modo, convergen: la primera privilegia su aspecto teórico y tiende a elucidar el significado de esta nueva modalidad contractual y su ubicación en la tipología clásica de los contratos; la segunda intenta explicar las consecuencias prácticas de este nuevo tipo de contratación en el ámbito de la normativa y las relaciones mercantiles internas e internacionales. Las reflexiones que a continuación se avanzan responden al primero de estos enfoques.

La expresión contratos informáticos ha adquirido amplia difusión y aceptación no sólo como categoría nodal del Derecho informático, sino también en el seno de las relaciones negociales y, en definitiva, en el habla común del presente. No obstante, un análisis más atento de esa categoría suscita dudas sobre si entraña un abuso del lenguaje o incluso una muestra de *contradictio in terminis*.

El contrato, sin resquicio a dudas, constituye una de las más antiguas y venerables figuras de nuestra cultura jurídica, hasta el punto que algunos sectores doctrinales la reputan el germen del Derecho, en cuanto modelo regulador básico de relaciones sociales. Conviene, además, recordar que el modelo jurídico del contrato se ha exportado a otras esferas de la vida humana. Así, en las sociedades antiguas los vínculos entre la divinidad y los hombres se conforman bajo el símbolo del contrato. Es también notorio que en la cultura occidental existe una línea constante de legitimación democrática del poder, que arranca de los sofistas y llega hasta el presente, basada en el pacto o contrato entre gobernantes y gobernados.

La informática, por contra, es un invento del presente, una de las aportaciones más novedosas de la revolución tecnológica actual. El universo de los ordenadores constituye, en cierto modo, el símbolo emblemático de las sociedades avanzadas contemporáneas, hasta el punto de que para designar las señas de identidad de esos marcos sociales se utilizan asiduamente expresiones tales como las de: Sociedad de la Información o Sociedad Informatizada.

Si se tienen presentes estas circunstancias no debe causar extrañeza el que, desde determinadas perspectivas doctrinales la denominación de contratos informáticos sea juzgada como inoportuna o distorsionadora. Estas reservas se fundan en la inadecuación del modelo tradicional contractual para alojar, dar cuenta o regular el conjunto de problemas actuales que plantea la informática. Por decirlo en los términos de un célebre *motto* evangélico, la expresión contrato informático equivaldría al intento de escanciar el vino nuevo de la informática en los odres viejos del contrato (vid., entre otras, las sugerentes observaciones de Frosini, 1998, 125 ss.).

En orden a estas consideraciones conviene no resbalar, por su importancia, sobre la advertencia de algunos teóricos del Derecho informático en relación con las dificultades que conlleva el asumir la informática desde los instrumentos metodológicos y conceptuales de la dogmática tradicional. Se indica con razón que resultan improcedentes los planteamientos de quienes, insisten en incorporar la problemática de los contratos informáticos desde las categorías de la Dogmática

jurídica tradicional. Ese anacronismo metódico se trasluce, por ejemplo, en la tentativa de abordar el tratamiento de la información, que constituye el objeto básico de la informática, desde la vieja "lógica propietaria". A partir de ahí se entiende que la información tiene relevancia jurídica sólo y en cuanto se la considera como un bien susceptible de apropiación "cuya vocación natural" es poseer un valor patrimonial. Desde estas premisas se incurre en el prejuicio de que sólo pueden ser objeto de un contrato las cosas susceptibles de apropiación individualizada que permita un dominio exclusivo y excluyente sobre ellas. Esta "lógica propietaria" no se adecúa al disfrute de bienes como la información, que es un bien inmaterial, no consumible, que consiente un uso y aprovechamiento simultáneo y no exclusivo por parte de una multiplicidad indeterminada e indeterminable de sujetos. Se trata de un bien que concita intereses colectivos y difusos y cuya utilización no debe ser exclusiva y excluyente, sino inclusiva de todos los interesados. Se halla plena de razón la advertencia sobre: el carácter obsoleto de reglas y categorías jurídicas tradicionales que entran en desuso bajo la presión de la informática (Linant de Bellefonds, 1983, 14 vid., también Catala, 1983, 12 ss.; PérezLuño, 1996, 20 ss.).

Estas reservas terminológicas tienen en su *haber* su contribución a ponenciar un uso riguroso del lenguaje ius informático, depurándolo de nociones vacías de contenido y de expresiones ambiguas, equívocas o contradictorias. Asimismo han permitido evidenciar los problemas que comporta la utilización y/o adaptación de categorías jurídicas del pasado para regular las cuestiones del presente. En su *debe* habrá que aducir que soslayan o infravaloran el carácter proteico del contrato, su versatilidad para acomodarse a las diversas etapas históricas y su estructura abierta susceptible de revestir diferentes modalidades reguladoras de relaciones sociales de acuerdo con las variables exigencias de la experiencia jurídica. El hecho de que quienes mantienen reticencias terminológicas respecto al uso de la expresión contratos informáticos no hayan sido capaces de ofrecer una denominación alternativa satisfactoria revela, en cierto modo, la dificultad de innovar categorías jurídicas que puedan suplantar a la propia noción del contrato.

## **2. Naturaleza jurídica de los contratos informáticos**

Admitida, con las precisiones terminológicas expuestas, la expresión contratos informáticos se plantea el problema subsiguiente de elucidar la naturaleza jurídica de tales contratos.

En las primeras etapas de uso de esta nueva denominación se sostuvo la tesis de que los contratos informáticos no constituían una modalidad nueva y específica de contratos, sino que se trataba de contratos genéricos que tenían como única peculiaridad tener por objeto distintos aspectos de la informática. Se objetaba, al propio tiempo, que el carácter amplio e impreciso de la informática y su diversidad de manifestaciones e implicaciones, hacía difícil precisar el objeto del contrato informático. Se cuestionaba, por ello, la posibilidad de elaborar un modelo único de contrato informático, susceptible de regular, dentro de unos parámetros básicos unitarios, la diversidad de relaciones jurídicas que pueden tener por objeto los

servicios y/o los bienes informáticos (Alpa y Zeno-Zencovich, 1987; Mirabelli, 1987; Nova, 1987).

Frente a estas actitudes reticentes se ha abierto paso la tesis opuesta que reivindica la posibilidad y la conveniencia de concebir los contratos informáticos como un tipo unitario y específico de contratos. En favor de esta postura se aduce la existencia de un modelo de contrato informático elaborado en 1986 por la CECUA (*Confederation of European Computer's User's Association*). Dicho modelo se hallaba inspirado por otros elaborados por la contractualística informática norteamericana y mostraban la necesidad de reconocer la naturaleza peculiar y unitaria de los contratos informáticos. Se concluía por tanto que, a pesar de la multiplicidad de formas y aspectos que pueden revestir los contratos informáticos, y siendo, por tanto, más complejos que otro tipo de contratos, existe un elemento que permite reconducirlos a un modelo unitario; porque en todos ellos el adjetivo *informático* sirve para identificar y para calificar al sustantivo *contrato* de modo inequívoco (Frosini, 1998, 127).

Estas polémicas doctrinales no han sido ociosas, en la medida en que han permitido delimitar y clarificar el propio significado y naturaleza de los contratos informáticos. Las tesis que niegan la especificidad de éstos deben ser valoradas como contribuciones positivas a un tratamiento riguroso de las categorías jurídicas. Estas posturas pueden considerarse herederas de la máxima de Occan (denominada *la navaja de Occan*), a tenor de la cual: *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*; es decir que no deben multiplicarse los entes más allá de lo necesario. No obstante, la proliferación de relaciones negociales jurídicas vinculadas a la informática pudiera estimarse como un criterio que avala la posición contraria.

En todo caso la existencia de condiciones generales de la contratación que, como se tendrá ocasión de exponer *infra*, inciden directamente en la contratación informática, revelan que este tipo de contratación no es independiente de determinadas cláusulas contractuales genéricas, sin que ello sea obstáculo para que se reconozcan determinadas peculiaridades propias de este tipo de contratación.

Como solución mediadora me parece oportuna la que propugna concebir los contratos informáticos como un *sistema*, que en determinados aspectos sigue las condiciones genéricas de la contratación y, en otros, establece unas modalidades peculiares-plurales, más que unívocas- adaptadas a los distintos tipos de contratación informática (Awalt, 1969; Bonazzi, 1985; Morgan, 1979).

### **3. Tipología de contratos informáticos: criterios objetivos y subjetivos**

La alusión al contrato suele evocar el supuesto previsto en el art. 1254 del Código Civil español, es decir, la relación jurídica bilateral por la que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Este tipo legal básico puede proyectarse a los contratos informáticos, pero con importantes peculiaridades. Los contratos relativos a los computadores pueden afectar al *hardware* y/o al *software*, dando

lugar a una rica tipología negocial en la que pueden distinguirse contratos de compraventa, alquiler, *leasing*, mantenimiento y servicios. Los criterios por los que suele guiarse la doctrina para definir y clasificar estas modalidades de contratos obedecen a dos perspectivas de enfoque: la objetiva, que parte de la naturaleza de la actividad a cumplir por el ordenador; y la subjetiva, que atiende a la posición y naturaleza jurídica de las relaciones de los contratantes en el mercado.

La complejidad objetiva de estos contratos procede de la inevitable implicación del *hardware* y el *software*, del equipo físico y de los programas, que definen la estructura del ordenador. El ordenador es una máquina, pero sólo es operativa si cuenta con un programa que le permita cumplir sus fines. De ahí, surge una importante serie de problemas ya que, en la actualidad, quien fabrica el equipo físico del ordenador no es necesariamente la misma empresa que crea los programas. El usuario adquiere una máquina confiando que pueda prestarle determinados servicios, pero el logro de esta finalidad depende de la adecuación entre el soporte físico y los programas. Si el resultado apetecido no se produce, el adquirente tenderá a esgrimir las facultades que le otorga su contrato sea frente al constructor del *hardware*, o el del *software*. Ello da lugar a una variada casuística de responsabilidad contractual cuyos perfiles y consecuencias se expanden y complican. Una de sus notas más relevantes es la paulatina pérdida de protagonismo contractual del ordenador, en cuanto máquina, y la correlativa valoración de sus servicios. La especificidad del objeto y estructura de los contratos informáticos, que incluyen una serie de facultades y obligaciones diversas pero interdependientes, determina que se les repunte como una categoría de contratos complejos o, mas bien, complejos de contratos. No existe, por tanto, un contrato informático, sino un sistema de contratos informáticos.

La peculiaridad subjetiva de los contratos informáticos viene determinada por el hecho de que tales contratos más que bilaterales son plurilaterales. Se trata de contratos en los que, de un lado, aparece el adquirente o usuario de la informática que, a su vez, puede compartirlo o transferirlo, de otro, el fabricante del ordenador y, en fin, la empresa de *software*. La insuficiencia de los esquemas jurídicos tradicionales ha determinado que se busquen antecedentes contractuales, que puedan servir de modelo regulador de estas relaciones plurilaterales. En ocasiones, la jurisprudencia y la doctrina han buscado un paralelismo con los contratos que rigen la construcción inmobiliaria. Se ha trazado, así, una sugerente analogía de *status* jurídicos entre el propietario, el constructor y el arquitecto, en el ámbito inmobiliario, y el usuario, la casa constructora de ordenadores y las empresas de *software*, en lo referente a los contratos informáticos.

En la dimensión subjetiva de estos contratos tiene especial importancia asegurar un equilibrio de posiciones, aquí especialmente amenazado. Esta garantía sirvió en el devenir histórico del Derecho como principio legitimador de los negocios jurídicos, al considerarse expresión de la justicia sinalagmática o conmutativa, y pasó a ser un postulado de la igualdad formal sobre la que se asienta el Estado liberal de Derecho. En el Estado social y democrático de Derecho, que propugna hacer real y efectiva la igualdad entre sus ciudadanos, la

exigencia de un equilibrio entre las situaciones jurídicas, sociales y económicas deviene un imperativo constitucional. Resulta, por tanto, atentatoria a dicho valor jurídico y político la existencia de relaciones jurídicas en las que unas partes (los constructores de *hardware* y *software*) poseen un conocimiento técnico de los aspectos básicos del contrato decisivamente más profundo que el del usuario. Esta situación se ha visto potenciada con la extensión capilar de las computadoras propiciada por la revolución microinformática. Ahora los contratantes de informática ya no son sólo las grandes empresas, como lo fueron en la etapa precedente que corresponde a las tres primeras generaciones de ordenadores. La difusión de los ordenadores personales, que caracteriza a los ordenadores de la cuarta generación, ha hecho que los eventuales usuarios sean innumerables (pequeñas y medianas empresas, profesionales, artesanos e, incluso, niños que ven en el ordenador personal un instrumento de juego). El nuevo entorno subjetivo de los contratos informáticos los proyecta hacia la problemática general de la tutela de los consumidores y usuarios (Alpa y Zeno-Zencovich, 1987; Awalt, 1969; Losano, 1986; Morgan, 1979).

#### **4. La tutela de los usuarios informáticos: ¿un Derecho simbólico?**

La disparidad de posiciones entre quienes suministran los bienes y servicios informáticos y quienes los utilizan es, como se ha tenido ocasión de indicar, uno de los aspectos más relevantes de la dimensión subjetiva de los contratos informáticos. El usuario informático, por la propia extensión de uso de los ordenadores y, en cierto modo, por la propia indispensabilidad de la informática en la vida cotidiana de las sociedades avanzadas, ha devenido un sector cualificado dentro del colectivo genérico de consumidores y usuarios.

La sensibilidad de la opinión pública en las sociedades democráticas hacia la posición contractual débil en el mercado, ha incidido en la actividad legislativa traduciéndose en una serie de normas de tutela. Dichas normas han adquirido incluso rango constitucional. Tal es el caso de la Constitución española vigente en la que se atribuye a los poderes públicos, la garantía de la defensa de los consumidores y usuarios a través de la protección, mediante procedimientos eficaces, de sus legítimos intereses económicos (art. 51.1).

Dentro de esa misma órbita de inquietudes debe situarse la Directiva 93/13/CEE de 5 de Abril de 1993, con la que la Unión Europea pretendía garantizar a los consumidores y usuarios frente a cláusulas contractuales abusivas. Dicha Directiva ha sido transpuesta y desarrollada en el ordenamiento jurídico español por la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de contratación. Sin que sea procedente entrar aquí en un análisis pormenorizado de esta disposición, a los solos efectos del tema que aquí nos incumbe, se pueden derivar de la misma las siguientes consecuencias en orden a los contratos informáticos:

a) Que a los contratos informáticos, al no hallarse expresamente mencionados entre los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998 a tenor de su artículo 4, les será de aplicación plena las previsiones que

regulan las condiciones generales de contratación, así como las que previenen las cláusulas abusivas.

b) Que a tenor de la Disposición Adicional Primera de dicha Ley 7/1998, que modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio general para la defensa de los consumidores y usuarios se promulga un nuevo artículo 10 bis, en el que se definen la cláusulas abusivas como todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Se considerarán también cláusulas abusivas una serie de estipulaciones que se relacionan expresamente en la precitada disposición de la referida Ley 7/1998. Estas previsiones serán de plena aplicación para las cláusulas abusivas que puedan incluirse en la contratación informática.

c) El sistema de garantías que prevé la Ley 7/1998 tiene uno de sus ejes fundamentales en la creación de un Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria. Debiendo existir al menos uno en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia (art. 11.1 y Disposición Adicional Tercera). Con ese Registro se pretende dar publicidad y, en consecuencia facilitar el ejercicio de las acciones previstas en la Ley frente a las cláusulas abusivas, por parte de los usuarios afectados.

Con ello se pretende buscar un equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad en la contratación, legitimando ampliamente a cualquier persona o entidad interesada para solicitar la inscripción permitiendo la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales (Exposición de Motivos).

La Ley 7/1998 ha engendrado una entera biblioteca de literatura crítica tendente a poner de relieve los defectos de técnica jurídica, el carácter redundante y la previsible ineficacia de las garantías que dicha norma establece. Entre estas críticas resulta especialmente lúcida e incisiva la que la califica de un espectacular ejemplo de como no debe hacerse una ley y añade que con ella se ha solucionado poco y se han creado múltiples problemas interpretativos y mecanismos caros y conflictivos, dañándose gravemente la seguridad jurídica. Se parangona la situación creada por esta disposición con la etapa primitiva del Derecho romano en la que la interpretación del derecho, por su propia complejidad, se hallaba vedado al pueblo y era un monopolio de los pontífices (Clavería, 1998, 2 y 12). La *lex manifesta*, es decir, la claridad normativa, constituye, en efecto, un presupuesto básico de la seguridad jurídica estructural que debería presidir la creación normativa en los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho (Pérez Luño, 1994) y parece evidente que no ha sido tomada en consideración al elaborar la citada Ley 7/1998.

El conjunto de críticas avanzadas en relación con esa norma suscita la inquietud de si la misma no constituirá un ejemplo de Derecho privado simbólico. He sabido que la doctrina penalista ha acuñado la expresión de Derecho penal simbólico para aludir a aquellas disposiciones que pretenden acallar demandas

perentorias de la opinión pública, cuya solución requeriría profundos cambios en la estructura económica. Como quiera que, en muchas ocasiones, esos cambios estructurales resultan difíciles el legislador, al no ser capaz de afrontarlos adecuadamente, recurre a una norma que, las más de las veces, tranquiliza momentáneamente a la opinión pública, pero a costa de utilizar normas jurídicas condenadas *ab initio* a la inoperancia.

Pese a las críticas expuestas, no debe infravalorarse un aspecto de la Ley 7/1998 que en lo que respecta a la contratación informática puede suponer un cauce de tutela jurídica de los intereses de los usuarios. Me refiero a la ampliación de los supuestos de legitimación procesal activa (art. 16) y pasiva (art. 17) previstos en dicha norma. La posibilidad de ampliar la legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios abre a un importante sector del tejido de usuarios informáticos cauces jurídicos para defender sus intereses. Asimismo, la ampliación de los supuestos de legitimación pasiva puede contribuir a extender la responsabilidad a profesionales y empresas que, en la actualidad tienden a eludirla, por lo complejo que resulta por las remisiones mutuas que prolongan hasta el infinito la posibilidad de hacerla efectiva.

##### **5. Nuevas modalidades de contratación informática: bases de datos e Internet.**

La evolución de los contratos informáticos refleja un desplazamiento sucesivo de protagonismo, en cuanto a su objeto, que puede concretarse en tres etapas:

a) En la primera, se considera elemento prioritario del contrato al propio ordenador (*Hardware*), o sea, al equipo físico conformador del parque informático.

b) En la segunda, se acentúa el interés contractual por los programas (*software*), que definen el campo operativo de la informática.

c) En la tercera, correspondiente al momento actual, se tiende a polarizar el énfasis de los contratos en las aplicaciones informáticas. En la hora presente tienen una importancia capital el conjunto de prestaciones, servicios y actividades que pueden realizarse a partir del empleo de ordenadores y programas adecuados.

Un ejemplo ilustrativo de esta decantación lo constituyen los contratos informáticos que tienen como objeto las bases de datos. De la importancia científica, social y económica de las bases de datos se hizo eco en 1996 la Unión Europea que el 11 de marzo de dicho año promulgó la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo para la protección jurídica de las bases de datos. Esta Directiva ha sido incorporada al Derecho español a través de la Ley 5/1998, de 6 de marzo. Esta norma modifica el art.12 de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril. La Ley 5/1998 justifica esta técnica de incorporación en razones de eficacia y economía legislativa, de forma que se evite una proliferación de textos y se facilite a los destinatarios el acceso y la utilización de la normativa actual en relación con las bases de datos.

Las bases de datos se consideran como un tipo *sui generis* de la protección de los derechos de autor, que tiende a proteger la originalidad de los criterios de elaboración y ordenación de los contenidos de las bases de datos. Se tiende también a prolongar esa protección al tesoro y a los sistemas de indexación de las mismas, así como las inversiones cuantitativas o cualitativas necesarias para la creación de bases de datos (vid., Exposición de Motivos).

La protección jurídica de las bases de datos se extiende a: las colecciones de obras ajenas de datos o de otros elementos independientes como las antologías y las bases de datos que por la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio, en su caso, de los derechos que pudieran subsistir sobre dichos contenidos (art.1 de la Ley 5/1998 que modifica el art.12 de la Ley de Propiedad Intelectual).

Se infiere de esa regulación que el objeto de la protección jurídica de las bases de datos, coincidente con el objeto de la relación contractual sobre ellas, es el de la aplicación informática. Se trata de tutelar el esfuerzo intelectual y/o las inversiones dirigidas a elaborar un determinado sistema de ordenación o selección de datos.

Otro importantísimo sector en el ámbito de las aplicaciones informáticas, pleno de actualidad, es el que hace referencia a las diversas modalidades de contratos surgidas tras la aparición y expansión de Internet.

No parece lícito dudar que Internet (*International Network of Computers*) sea el fenómeno estelar de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación de la década de los noventa. En el nuevo milenio, Internet se presenta como un paso decisivo en el avance de los sistemas de información y comunicación a escala planetaria. Gracias a Internet cada ciudadano, sin moverse de su casa, puede acceder a los centros de documentación más importantes del mundo, puede realizar las más diversas operaciones financieras y comerciales, gozar de una enorme oferta de entretenimientos de la más diversa especie, y se puede comunicar con otros usuarios de la red sin limitaciones de número ni distancia. Si hace algunos años parecía que la aldea global era el gran reto del futuro, hoy Internet ha convertido en realidad presente el hogar global, en la medida en que cada domicilio de los usuarios de la Red constituye la terminal de un sistema integrado universal.

Conviene no resbalar, por su importancia, en la extensión presente y perspectivas futuras -se dice que cada dos minutos se incorpora un nuevo usuario a la Red- de este amplísimo vehículo de información e intercomunicación. Internet es una red de redes que conecta más de dos millones de ordenadores pertenecientes a instituciones académicas, entes públicos y empresas privadas. Se calcula que en la actualidad la emplean más de cuarenta millones de usuarios, cifra que aumenta en un diez por ciento cada mes. La explosión de su crecimiento se ha debido principalmente a la difusión del parque de ordenadores personales equipados con módem y con posibilidades de conectarse a la red telefónica. Con la aparición de herramientas de uso de la Red accesibles a todos se ha multiplicado el número de usuarios no especialistas en informática, frente al carácter privativo

para los expertos que Internet tuvo en sus inicios (cfr. Colom y Van Bolhuis, 1995; Moreno, 1995; Rico, 1995).

La diversidad de actores que intervienen en la red Internet da lugar a diferentes tipos de contratos tendentes a regular las relaciones jurídicas de los usuarios con los *proveedores de acceso* a la red; los *proveedores de servicios*; los *proveedores de contenidos*.

Los contratos de acceso a Internet son considerados por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho informático comparado como análogos a los contratos de abono a las redes telefónicas, por la evidente similitud que existe entre ambos supuestos de relaciones jurídicas. Los contratos de servicio, así como los que tienen por objeto el acceso o la utilización de contenidos suelen contener cláusulas fijadas por los proveedores en las que se especifican las condiciones de utilización y las reglas básicas para resolver eventuales controversias.

Las páginas *Web*, consistentes en una elaboración o diseño original, se consideran formas de propiedad intelectual a las que le puede ser aplicable el régimen de derechos de autor que protege a los programas informáticos. No obstante, en muchas ocasiones, resulta difícil establecer en qué medida el contenido de las páginas *Web* constituye una aportación original, o son meros enlaces de hipertexto, en cuyo caso no parece que puedan generar una propiedad intelectual susceptible de ser negociada contractualmente.

Una característica común a casi todos los contratos en Internet es que, la mayoría de las veces, se formalizan electrónicamente, a través de la propia Red.

Debe también tenerse en cuenta la dificultad que entraña establecer la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de estos contratos, así como la posibilidad de que puedan producirse fraudes y otro tipo de ilícitos civiles que afecten a la nulidad de los contratos o su incumplimiento.

A tenor de las diferentes regulaciones legislativas nacionales se tenderá a hacer recaer el peso de la responsabilidad civil derivada de las incidencias surgidas en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en los *creadores* de la información, en los que han facilitado su *transmisión* y *acceso* a la misma, o en los *consumidores* que la aprovechan o utilizan (vid. Bensoussan, 1996; Cavazos y Morin, 1994; Hance, 1996; Piette-Coudol y Bertrand, 1997; Stuckey, 1995).

Internet plantea la preocupante paradoja, que deriva de sus ilimitadas y globales posibilidades para facilitar determinado tipo de abusos e ilícitos civiles (dejando a parte sus riesgos de posible vehículo para la criminalidad), mientras que la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por las fronteras nacionales. Por ello, la reglamentación jurídica de los contratos en Internet es uno de los principales retos que hoy se plantean a los ordenamientos jurídicos nacionales y al sistema de relaciones jurídico-privadas internacionales.

No obstante existen ya algunas iniciativas. Así, para la seguridad de quienes intervienen en la contratación en Internet, y en orden a autenticar la personalidad, la capacidad legal y la validez del consentimiento, se abren paso los denominados certificados digitales, que permiten identificar o relacionar a todas las partes que intervienen en transacciones comerciales realizadas a través de Internet,

dotándolas de la máxima rapidez y seguridad. Baste citar, por ejemplo, el sistema *SET (Secure Electronic Transaction)*.

En todo caso, conviene recordar que como todos los avances tecnológicos, Internet constituye un fenómeno ambivalente: es incuestionable que su utilización masiva a escala planetaria ha determinado la aparición de nuevos riesgos contractuales y la multiplicación de los viejos; pero se tienen también que reconocer las posibilidades de una renovación de los valores cívicos y negociales que puede promover. Las redes de telecomunicaciones pueden conducir a una nueva ética ciberespacial, que genere y estimule actitudes y relaciones de mutua confianza y lealtad contractual, frente a las amenazas de una utilización indebida del ciberespacio, y contribuir a la formación de vínculos solidarios para la prevención de los abusos informáticos y la ayuda a su descubrimiento. La difusión capilar de las redes comunicativas puede conducir a la producción de reglas jurídicas accionadas sobre su uso, en las que la dimensión coactiva de las normas, basada en la autoridad de un poder centralizado, deje paso a códigos de conducta cuya eficacia se base en la convicción de los usuarios y en su responsabilidad fiduciaria (Colom y Van Bolhuis, 1995; Forester, y Morrison, 1990; Pérez Luño, 19997a; 1997b).



# Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica

Luis Vargas Leal\*

---

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 1.1 El concepto de convergencia tecnológica. 1.2. La Iniciativa eEurope y la convergencia. 2. Elementos claves de la convergencia tecnológica. 2.1 La técnica de la digitalización. 2.2 Estandarización, interconexión e interoperabilidad. 2.3 Oportunidades y obstáculos de la convergencia. 2.3.1 Infraestructuras y tecnologías: Las redes de proximidad Redes de área local. 2.3.2 Problemas en la definición de la banda ancha. 2.3.3. La competencia entre las tecnologías de acceso y su despliegue. 2.3.4 Obstáculos en el despliegue de las redes. 2.3.5 ADSL y los problemas de acceso indirecto a la Red. El caso español. Necesidad y urgencia de una medida 2.3.6 Internet móvil como alternativa. 2.3.7 La interconexión y la convergencia en el transporte. 2.3.8 La estandarización y la normalización para el caso de la TV digital según el nuevo marco regulador. 2.3.9 Elementos de soporte a la operación y al negocio. 2.3.10 La convergencia a través de las plataformas de TV digital. 3. Consideraciones finales.

## Resumen

La convergencia representa un aspecto del desarrollo de nuevos servicios donde se debe plantear una nueva perspectiva de intervención jurídica que resulte adecuada para la protección de los derechos legítimos de las distintas partes intervinientes en este mercado, como son los proveedores de servicios, de contenidos, los operadores de telecomunicaciones y los usuarios tanto empresariales como residenciales, individuales como colectivos. En este punto el Gobierno debe vigilar la posible creación de una brecha tecnológica que pueda dar origen a grupos de individuos o personas desfavorecidas socialmente, las cuales seguirán estando rezagadas en cuanto a la formación informática

---

Recibido: 15/05/2004 • Aceptado: 30/06/2004

\* Abogado asociado de la Firma Abogados & Consultores. Cursó estudios de postgrado en la Especialización de Derecho Procesal Civil en la Universidad Central de Venezuela hasta el año 1998. *Business Administration Certificate* de la Universidad de Georgetown (2000). Magíster en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Pontificia de Madrid ICADE-ICAI (2001). Es profesor en el postgrado de Gerencia y Tecnologías de las Telecomunicaciones de la Universidad Metropolitana. Email: lvargas@abogaconsult.com - <http://www.abogaconsult.com/>

y el acceso a los ordenadores. Fomentar la e-integración debe ser una prioridad de la acción del Gobierno, las posibilidades de acceso a los sistemas de información y comunicaciones para las personas discapacitadas deberá ser una de las preocupaciones concretas en la regulación. Este trabajo pretende lograr ciertas aproximaciones y análisis de los esquemas de las tecnologías e infraestructuras digitales que facilitará la comprensión del fenómeno desde sus fundamentos tecnológicos y constructivos.

**Palabras clave:** Convergencia tecnológica. Telecomunicaciones. Internet. Contenidos. Hipersector.

### **Abstract**

Convergence represents an aspect of the development of new services where a new perspective of legal intervention should be exposed, one in which it is adequate the protection of legitimate rights for the different components of this market, i. e. service providers, content providers, telecommunication operators and the users, corporate as well as residential, individuals and groups. At this point, government should be aware of the possible creation of a technological gap that may, in term, originate groups of individuals (lower income social groups) which would be trailing regarding computer training and ability to access computer equipment. To promote e-integration must be a priority for government, the possibility of accessing information and communication systems for people with disabilities must be directly addressed by legislation. This paper tries to approach and analyse technology and digital infrastructure which will enable the comprehension of the phenomenon from its technological and constructive fundamentals.

**Keywords:** Technological convergence. Telecommunications. Internet. Contents. Hypersector.

## **1. Consideraciones generales**

Al iniciar los primeros estudios en el campo de la regulación de servicios, y en general en el Derecho, nos encontramos con que existen determinados principios o regulaciones intrínsecamente valiosas, que por la rapidez de los avances tecnológicos no pueden ser eficazmente plasmados en leyes positivas. Sin embargo, son principios válidos, expresión de un “deber ser” ideal y deben servir como criterios axiológicos o valorativos para el Derecho vigente. Estos principios van influyendo sobre el pensamiento y la conducta del regulador hasta llegar a forzar en determinado momento, su materialización o exteriorización en una norma positiva. La Sociedad de la Información es una realidad que está impulsada por un constante cambio tecnológico, que de forma directa transforma la industria de los medios de comunicación social y a las redes de telecomunicaciones, lo que plantea a las autoridades de regulación un escenario problemático al tener que regular tecnologías en constante y vertiginosa evolución. El presente estudio, pretende analizar un fenómeno actual, que incide actualmente y afectará el desarrollo de las políticas y regulaciones del sector de las telecomunicaciones en los próximos años, esto es la Convergencia

Tecnológica. En el marco del desarrollo de una nueva sociedad de la información, las telecomunicaciones, los medios de comunicación y tecnologías de la información confluyen en un solo ámbito y se abren a la participación libre y competitiva de los agentes empresariales y se ponen a disposición de los usuarios nuevas aplicaciones y servicios, esto es lo que conocemos como el fenómeno de la *Convergencia Tecnológica*.

La convergencia es un proceso evolutivo, y al día de hoy un hecho innegable, en el que se integran y mezclan sectores distintos, los cuales van variando con el tiempo y llegan a confluir teniendo al final, objetivos, características y elementos comunes. Estos sectores son las telecomunicaciones, los nuevos servicios telemáticos<sup>1</sup> y el audiovisual. Cualquier aplicación de las tecnologías de la información y las comunicaciones que se pueda considerar, navegar en Internet, la televisión digital, Internet móvil, videoconferencia, telefonía fija o móvil, mensajería móvil avanzada (SMS o MMS), difusión de contenidos multimedia interactivos, entre otros muchos ejemplos, hacen necesariamente un uso de elementos y componentes procedentes del ámbito de las redes de comunicaciones, el software y el hardware, que constituyen los elementos técnicos básicos que soportan esta convergencia.

El sector de las telecomunicaciones abarca los aspectos relativos a la transmisión de información a través de medios técnicos. El sector de los servicios telemáticos se ocupa del intercambio de información, específicamente de datos basados en nuevos sistemas de redes y servicios como Internet. Por último, el sector audiovisual relativo a la creación, difusión e intercambio de imágenes y audio. Sin embargo, los elementos técnicos de la convergencia son provistos por parte de agentes presentes en uno o varios de los sectores mencionados, que simultáneamente compiten en unos mercados mientras colaboran en otros, lo que trae como consecuencia un paradigma entre la *competencia y la colaboración*, propio de entornos económicos-técnicos altamente desarrollados e interrelacionados, pero sumamente complejos e inseguros. Este fenómeno se conoce como convergencia de mercados, resultado de la explotación económica derivada del tremendo potencial de negocios que generan dichas cadenas de valor y la convergencia tecnológica. A pesar de lo antes expuesto, la convergencia aun requiere que sean resueltos ciertos problemas tecnológicos y que se implementen de forma masiva tecnologías de banda ancha (tecnologías xDSL), el concepto de ubicuidad y de movilidad de las aplicaciones y de los usuarios (Tecnologías de Telefonía Móvil de Tercera Generación / UMTS – IMT2000), por ello actualmente podemos hablar que existe una convergencia parcial, cuyo pleno desarrollo está en un futuro muy cercano.

1 Revista de Derecho de las Telecomunicaciones REDETI. Junio 2000. Editorial Montecorvo SA. Jun. Año III. Num.8. Pág. 152. “*El sector telemático debe ser entendido como todo aquello implícito en el paradigma de Internet: ordenadores en red, nuevos servicios interactivos, redes de datos, acceso universal a la información, etc. Sin embargo, el Sector Audiovisual debe ser entendido como aquel en el que participan los agentes que realizan la difusión de contenidos por cualquier medio o procedimiento*”.

Con este trabajo se pretende pasearnos por algunos de los escenarios y tendencias de la convergencia tecnológica hacia los cuales orientar la visión y el impulso político, asumiendo que estamos en presencia de una materia inhóspita, llena de incertidumbre, en cuanto al incierto en la demanda que tendrá por parte de los usuarios; exigentes y muy cuantiosas inversiones, por parte de las empresas de telecomunicaciones, las cuales actualmente atraviesan por un periodo de depresión plagado de profundos cambios y altibajos. Todo ello, sumado a inmensas lagunas en la regulación implementada por la administración reguladora de las telecomunicaciones en Venezuela (CONATEL).

Entre los aspectos más trascendentales en el estudio de la convergencia, encontramos la necesidad de determinar las tecnologías e infraestructuras digitales que soportarán la prestación de los servicios convergentes. En segundo lugar, debemos identificar el impacto de dichas tecnologías e infraestructuras sobre el desarrollo de la sociedad de la información, y por último, debemos centrarnos en la mejora de la competitividad de las empresas suministradoras de servicios, contenidos o aplicaciones. En estas primeras aproximaciones trataremos de realizar un breve esquema de las tecnologías e infraestructuras digitales que facilitará la comprensión del fenómeno desde sus fundamentos tecnológicos y constructivos. Asimismo, revisaremos las ventajas y carencias de la convergencia en torno a las infraestructuras, las vías de acceso a los hogares de los usuarios, y las políticas e iniciativas nacionales emprendidas hasta el momento, siguiendo las líneas de un estudio del grupo de expertos de la Comunidad Europea, América Latina y el Caribe que analizó el tema de la Convergencia, en el marco de la Presidencia Española de la Comunidad Europea en Abril del año 2002<sup>2</sup> y del estudio realizado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) sobre “Las consecuencias Reglamentarias de la Convergencia en el ámbito de las Telecomunicaciones”<sup>3</sup>.

En diciembre de 1996, la UIT preparó un informe del Sexto Coloquio en donde por vez primera, se evaluaron los problemas y las oportunidades que se plantean a los reglamentadores como consecuencia de la rápida convergencia de las tecnologías y los mercados de las telecomunicaciones. Debido a los espectaculares adelantos técnicos, tales como la telefonía digital de gran velocidad, la televisión por cable, las tecnologías inalámbricas e Internet, la frontera entre los tradicionales servicios de telefonía por portadora común («transporte») y los servicios de información y esparcimiento basados en la radiodifusión («contenido») es cada vez más borrosa. La UIT resaltó el hecho de que estas tendencias están obligando a los reglamentadores a revisar muchas de las políticas y estructuras institucionales y fundamentales destinadas a orientar la evolución de la industria de las telecomunicaciones en beneficio de la sociedad.

2 MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGIA. “*El potencial de la Convergencia Tecnológica en el desarrollo de la Sociedad de la Información*”. Reunión Ministerial de la Unión Europea, América Latina y el Caribe sobre la Sociedad de la Información. Sevilla, España Abril 2002.

3 Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) Sexto Coloquio sobre Reglamentación. Suiza / Marzo 1997

Hemos seleccionados, *ab initio*, tres aspectos o tópicos de análisis en cuanto a las oportunidades y obstáculos de la convergencia tecnológica, que para ellos eran los de mayor relevancia. El primero es la estandarización, luego el papel de las plataformas de televisión digital en el acceso a Internet y, por último, aspectos relacionados con el despliegue de las redes de banda ancha. Todos ellos íntimamente involucrados con elementos claves tales como la interoperabilidad de los servicios, la no exclusión de regiones o colectivos con necesidades sociales especiales y una regulación única de las redes que soportan dichos servicios.

### 1.1. El concepto de convergencia tecnológica

Al inicio de esta polémica algunos autores, definieron la convergencia como “*la capacidad de diferentes plataformas de red para optar similares tipos de servicios y el consecuente empaquetamiento de bienes de consumo como el teléfono, la televisión y el ordenador*”<sup>4</sup>, otros por su parte, sostienen que “*convergencia digital*” es lo que permite el “*manejo simultáneo de voz, datos e imágenes a través de medios electrónicos generando nuevas tecnologías de la información que a la vez generan nuevos escenarios para el desarrollo del hombre*”. También la convergencia es entendida como “*una transformación completa y rápida de los actuales servicios de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información, anticipando la fusión de estos grupos de servicios, hoy independientes, y la desaparición de las distinciones que antes los alejaban*”<sup>5</sup>, sin embargo, en la actualidad la convergencia tecnológica va mucho más allá de un simple concepto. Por ello, no pretendemos lograr una definición única de la convergencia tecnológica ni establecer los límites de su regulación, sino describir un esquema de las tecnologías e infraestructuras digitales que protagonizan la convergencia, y al mismo tiempo, examinar las oportunidades y obstáculos que inciden sobre la misma, y en especial, aquellas que dependen de la regulación.

La convergencia de las telecomunicaciones, los contenidos y las tecnologías de la información (Internet) se desarrollan en diversos planos: tecnología, negocios, mercados, regulación y dentro de los objetivos públicos de una Nación. Nos encontramos con un círculo que involucra cada uno de los factores de forma directa. La tecnología nos brinda una oferta potencial de nuevos servicios y productos, es decir, abre las puertas de nuevos negocios, los cuales a su vez requieren una gran inversión de capital, el cual no se consigue sin unas expectativas reales de negocio. Debe existir un mercado potencial al cual dirigir las fuerzas de venta de los nuevos servicios de la convergencia, es decir, una

4 CALVO DIAZ Gloria: “*El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*”. Escuela Judicial – Concejo General del Poder Judicial Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 1999. Pág. 48.

5 BARROSO Margaret y BRETT José: “*Convergencia: Análisis de las regulaciones de las Telecomunicaciones en la Comunidad Andina. Una propuesta para el caso Venezuela*”. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Caracas, Venezuela. 2003. Pág. 13.

oferta real no imaginaria. Por otro lado, toda esta actividad se encuentra sometida a una serie de restricciones, las cuales dependerán, en mayor o menor medida de la regulación y de la intención política del Estado de poner límites o barreras a este nuevo escenario. El Estado a través de la estandarización y de normativa sobre competencia podrá establecer condiciones económicas que favorezcan o que entorpezcan el conglomerado de la convergencia, según sus específicos objetivos políticos.

Debemos tomar en cuenta que la convergencia se basa primordialmente en el desarrollo tecnológico, y en los impulsos políticos que los Estados le den a este tema. En este sentido, la Comunidad Europea por su parte, en diciembre de 1997, comenzó a regular la materia con el Libro Verde de la Convergencia<sup>6</sup>, y posteriormente con una Comunicación de la Comisión, de fecha 10 de marzo de 1999, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación, la cual incluía los resultados de la consulta pública realizadas sobre el antes mencionado Libro Verde.

Pero el fenómeno de la convergencia entre los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicaciones y tecnologías de la información no comienza con estas regulaciones, sino que viene manifestándose de forma parcial y tímida desde finales de la década de los setenta, cuando la telemática se hace una realidad como producto de la convergencia entre la informática y las telecomunicaciones. No obstante el desarrollo de Internet en esa época no basta para que hablemos de una convergencia integral, la cual comienza de forma definitiva cuando los tres mundos de la convergencia (Tecnologías de la Información Digitales, Operadores de Telecomunicaciones y Consumidores) comienzan a mediados de los noventa (1990) a satisfacer una única y exclusiva demanda, a saber: el consumo directo de información multimedia, ya sea audio, video o datos, a través de interfaces de las redes de telecomunicación con una o varias plataformas de operación.

En Venezuela, a partir de la publicación Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>7</sup> en el año 2000, se comienza a utilizar dentro de nuestra legislación el término de “convergencia” y el legislador la entendió como una *actividad* realizada por los operadores del sector de telecomunicaciones, susceptible de ser fomentada por la Administración reguladora, consagrando expresamente en el artículo 24 lo siguiente: “*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*”

6 Comisión Europea COM (97) 623, de 3 de diciembre de 1997. “*Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, en la perspectiva de la Sociedad de la Información*”.

7 Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 36.970, de fecha 12 de junio de 2000.

En este sentido, nuestro legislador entiende correctamente que no existe un concepto unívoco de convergencia, sino que la misma es un hecho cierto que se manifiesta o refleja en diferentes ámbitos: tecnológico, económico, legal o regulatorio y político, por ello en la ley se habla por separado de *convergencia tecnológica* y *convergencia de servicios*, aunque olvida mencionar, que existe adicionalmente una convergencia de *mercados y de regulación*, la cual indefectiblemente afectará al sector de las telecomunicaciones en el futuro, y que nos veremos obligados a regular, a los fines de garantizar la calidad y el acceso igualitario de todos los ciudadanos a dichas tecnologías y servicios a precios asequibles, sin importar el ámbito geográfico en el que nos encontremos.

Posteriormente, al momento de regular la forma en que se efectuaría la tan esperada apertura del sector de las telecomunicaciones, el reglamentista consagró nuevamente el término de la “*convergencia tecnológica*” en el texto del Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica<sup>8</sup>, en la Disposición Transitoria Sexta, relativa a la revisión de la obligación de separación contable, que nos es más que el deber de los operadores de servicios de telecomunicaciones que obtengan ingresos brutos anuales totales superiores a diez millones de Unidades Tributarias (10.000.000 U.T.), de presentar en contabilidad separada las transacciones que tengan lugar por cada servicio de telecomunicaciones para cuya prestación hayan sido habilitados, so pena de la aplicación de la sanción prevista en el artículo 166, numeral 8 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En este sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, “cuando lo considere conveniente en función de la *evolución de los mercados relevantes* respectivos y la *convergencia tecnológica*, podrá modificar la obligación de separación contable”<sup>9</sup>. De manera que, la convergencia tecnológica es reconocida como un hecho real que sirve de parámetro o criterio al momento de regular las operaciones de los operadores de servicios de telecomunicaciones.

Aunque el texto de la Disposición Transitoria Sexta antes comentada, no contempla expresamente el término de “*convergencia de mercados*”, referencialmente alude a él cuando se refiere a la posible evolución de los “*mercados relevantes*”, sin embargo, en el marco de la regulación de telecomunicaciones patria no se ha definido tal concepto ni se ha hecho una distinción o separación entre los diversos mercados que conforman el sector de telecomunicaciones, tal como la que existe en Europa y específicamente en España, de cuya legislación creemos fue extraída esa redacción. En todo caso, es necesario aclarar que la separación en *mercados de referencia o relevancia* es necesaria cuando existe un sector de telecomunicaciones abierto o liberalizado, para poder determinar en el mismo quien es el operador dominante al cual serán dirigidas las regulaciones asimétricas. Sin embargo, el sector de

<sup>8</sup> Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica. Gaceta Oficial N° 37.085, de fecha 24 de noviembre de 2000.

<sup>9</sup> *Disposición Transitoria Sexta. Revisión de la obligación de separación contable.* La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, cuando lo considere conveniente en función de la evolución de los mercados relevantes respectivos y la convergencia tecnológica, podrá modificar la obligación de separación contable a que se refiere el artículo 62 de este Reglamento.

telecomunicaciones no está constituido por un solo mercado y la designación del operador dominante debe efectuarse en cada uno de los mencionados mercados de referencia. La diferenciación en “*mercados de referencia*”, surge de la desintegración vertical actividades dentro del sector, al momento de desaparecer la figura del operador monopólico quien controlaba todos medios de comercialización, producción y prestación de servicios principales y agregados, en este sentido el sector de telecomunicaciones se divide en los siguientes mercados: a) Mercado de redes telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos; b) Líneas susceptibles de arrendamiento, comercialmente conocidas como *Digital Private Line (DPL)*; c) Redes públicas telefónicas móviles y servicios de telefonía móvil y de comunicaciones móviles terrestres personales y d) Mercado de Interconexión. Por otra parte, el Reglamento de Interconexión<sup>10</sup>, establece el principio de *neutralidad* como una de las fuentes de interpretación del régimen jurídico de la interconexión, entendiéndose por tal, que todo operador que preste un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene posición dominante en algunos *mercados relacionados*<sup>11</sup>, está obligado a no utilizar tales circunstancias para prestar servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia. Este *principio de neutralidad*<sup>12</sup>, obviamente se extiende al campo de la *tecnología*, lo que se conoce como *neutralidad tecnológica*, esto implica que la elaboración de la normativa tienda a la regulación del servicio con independencia de la tecnología utilizada para dicha prestación, es decir, que no se debe regular la tecnología utilizada por los operadores sino el servicio final prestado a través de esa tecnología, garantizando la estandarización de los equipos y la interoperabilidad de las redes, lo que resultará en mayores niveles de calidad de servicios y menores precios. En este sentido, la regulación de interconexión está orientada a lograr que los operadores establezcan diseños de arquitectura abiertas de red (esquemas conocidos como *Open Network Provider - ONP*) que como decíamos anteriormente, permitan la interoperabilidad de las redes y, en consecuencia, el establecimiento de servicios convergentes entre los distintos operadores. Uno de los mejores ejemplos para evidenciar la relación que existe entre el principio de neutralidad, la interconexión y la convergencia en este caso de servicios y, en nuestro criterio, uno de los grandes aciertos de la

<sup>10</sup> Reglamento de Interconexión. Decreto N° 1093. Gaceta Oficial N° 37.085 de fecha 24 de noviembre de 2000.

<sup>11</sup> Nótese que el regulador utiliza los términos *mercados relevantes* y *mercados relacionados*, como sinónimos al referirse ciertamente a lo que se conoce como *mercados de referencia*.

<sup>12</sup> Ley Orgánica de Telecomunicaciones – 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.

regulación en los últimos años fue la orden de interconexión<sup>13</sup> que obligó a dos operadores de telefonía móvil a lograr la interconexión para cursar tráfico de datos correspondiente a la mensajería corta (SMS), ya que se dejó claro que la interconexión no sólo aplica a la conmutación de servicios de voz, sino que también está orientada a la integración de nuevos de nuevos servicios, tales como los de transmisión de datos (en una primera etapa SMS, conocidos actualmente como MMS<sup>14</sup>) entre dos operadores y se consolida la vigencia de la convergencia de servicios al afirmar que *“la evolución tecnológica para la prestación del servicio de telefonía móvil ha dado paso a la tercera generación, que permite la convergencia de los servicios de voz, video y datos, los cuales no pueden ser desagregados”*<sup>15</sup>.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) estima que el rol que desempeña el Gobierno, en el marco de la convergencia está fundamentalmente enfocado hacia el logro de dos objetivos. Por una parte, el Estado debe *“definir el escenario en que se desarrollarán los nuevos mercados, así como las reglas (el marco regulatorio) que regirán tal desarrollo”* y en segundo lugar, *“promover el desarrollo de nuevos productos y de los mercados mismos”*<sup>16</sup>.

## 1.2. La Iniciativa eEurope y la convergencia

Aun cuando han sido constantes las iniciativas de la Comunidad Europea, el debate sobre el fenómeno de la Convergencia Tecnológica ha disminuido en intensidad, tal vez porque la mayoría de los Estados miembros están más preocupados o presionados, a corto plazo, por las urgentes acciones que se requieren aplicar en cuanto al retraso en el uso de Internet en la población, que por el fenómeno de la convergencia. En este sentido, en fecha 5 de febrero de 2002, la Comisión envió un Informe de evaluación comparativa de la acción eEurope<sup>17</sup>, en el que se informaba que a partir del Consejo Europeo de Lisboa se había establecido para la UE el objetivo de convertirse en una economía basada en el conocimiento más dinámico del mundo en 2010. El plan de acción eEurope 2002 –apoyado por el Consejo Europeo de Feira en junio de 2000- era un elemento fundamental para la estrategia de transformación de la economía europea. El objetivo global de eEurope es que Europa esté conectada en línea lo antes posible. Para lograr este objetivo, el plan de acción se centra en tres

13 Orden de Interconexión dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en fecha 15 de febrero de 2002, mediante la cual se ordena la interconexión entre las redes públicas de telecomunicaciones de los operadores MOVILNET, CA y la Corporación DIGITEL CA.

14 Sistema de Mensajería Corta / Short Message System (SMS) y Sistema de Mensajería Multimedia o Multimedia Message System (MMS)

15 Ob. Cit., N° 12. Pág. 31.

16 Ob. Cit., N°4, Pág. 18.

17 Comisión Europea COM (2002) 62 final, de 5 de febrero de 2002. Informe de Evaluación comparativa de la acción eEurope” Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

aspectos: a) Internet más barato, rápido y seguro; b) Inversión en cualificaciones y recursos humanos; y c) Fomentar la utilización de Internet.

El plan de acción eEurope se basa en una metodología consistente en acelerar las medidas legales, reorganizar los programas de ayuda financiera existentes y en la evaluación comparativa. Dos informes previos, uno dirigido al Consejo Europeo de Niza y otro al Consejo Europeo de Estocolmo<sup>18</sup> han evaluado la evolución de la aplicación del plan de acción. Dichos informes han descrito, principalmente, las diversas medidas políticas, en particular la evolución legal, y han evaluado su impacto. Desde entonces, la información sobre los progresos realizados se ha publicado periódicamente en el sitio de eEurope<sup>19</sup> en la red. La evaluación comparativa se ha considerado de forma muy somera en estos informes, ya que tanto la definición de la metodología de la evolución comparativa como la recogida de datos han llevado cierto tiempo. Los objetivos de dicho Informe eran presentar al seno de la UE, una información completa en cuanto a: (i) Una visión global de los resultados de la evaluación comparativa, (ii) comparar el desarrollo de las políticas con la evolución del mercado, (iii) extraer algunas conclusiones para el último año del plan de acción eEurope y considerar las medidas que serían necesarias después de 2002.

Tal como señalábamos antes, la UE ha estado más preocupada últimamente por incentivar los niveles de penetración de Internet, que por las implicaciones de la convergencia, y en el último Informe, antes mencionado, se revela que existían 64 objetivos de eEurope, los cuales se basaban en la suposición de que ejercerían un impacto en la difusión de Internet y, eventualmente, en la utilización de Internet, que son los objetivos centrales de eEurope. La difusión de Internet se mide de dos maneras: la forma en que numerosas familias tienen acceso a Internet y la forma en que muchas personas utilizan regularmente Internet, ya sea en el trabajo, el hogar, la escuela u otros lugares.

La difusión de Internet en los hogares de la UE aumentó aproximadamente del 18% en marzo de 2000 al 28% en octubre de 2000 y al 36% en junio de 2001, y se situaba, en diciembre de 2001, en el 38%. Esto significa, que el rápido aumento durante 2000 y principios de 2001 puede haberse estabilizado. La medición se efectuó en mayo de 2002 con la cual podríamos comprobar si es así o no, sin embargo, al momento de efectuar el presente proyecto aun no estaban publicados dichos resultados. Las estadísticas nacionales disponibles parecen confirmar esta tendencia. En este sentido, sabemos que para el mes de junio del año 2003, Venezuela contaba con 1.620.000 usuarios de Internet, con una penetración en la población del 6,45 % y que esta cifra viene de un crecimiento cada vez menor en la cantidad de venezolanos que acceden a la red de redes. De hecho, el incremento en el número de usuarios desde el mes de diciembre de 2002 al mes de junio de 2003 es de apenas un 2,2%. También sabemos que la mayor parte de estos usuarios se están conectando gracias a los puntos de acceso públicos, entendiendo como tal a los cibercafés independientes y los centros de

<sup>18</sup> Niza: Puesta al día sobre eEurope, COM (2000) 783, noviembre 2000; Estocolmo: Impacto y prioridades COM (2001)140, marzo 2001.

<sup>19</sup> [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/benchmarking/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/benchmarking/index_en.htm)

comunicación de Cantv y Telcel. De hecho, para junio de 2003, casi la mitad [48,5%] de los usuarios manifestó usar estos lugares para acceder a Internet. La segunda forma de conexión todavía la conforman los suscriptores desde el hogar, aún cuando han perdido participación [24,35%], seguida de los lugares de trabajo [16,65%]. Estos puntos de conexión, hogar y trabajo, son precisamente los más comunes entre los grupos socioeconómicos altos y medios [ABC]<sup>20</sup>.

La ralentización del crecimiento de Internet puede explicarse por el hecho de que las conexiones de Internet dependen de la disponibilidad de computadoras personales, que fijan el techo límite de la difusión. Internet a través de aparatos de TV y terminales móviles sigue siendo marginal, pero puede crecer rápidamente en el futuro. Los países de la UE con los índices más altos de difusión de Internet han llegado hasta aproximadamente el 60% de los hogares y en el futuro el crecimiento será limitado. El hecho de que el despegue de Internet impulsor de la UE pueda no reproducirse en el futuro también explica la desaceleración del crecimiento en la UE.

Los usuarios de Internet en Venezuela se caracterizan por estar conformados por una población joven, siendo que el 72% de los mismos tienen menos de 34 años de edad, y por un ligero predominio de hombres sobre las mujeres [55%]. En Europa la utilización de Internet por el conjunto de la población es superior a los índices de penetración en los hogares. En noviembre de 2001, casi el 50% de la población (mayor de 15 años) utilizaba Internet en casa, el trabajo, la escuela, lugares públicos o sobre la marcha. Más del 80% de los usuarios de Internet se conectan en línea al menos una vez a la semana. En cifras absolutas hay casi tantos usuarios de Internet en la Unión Europea como en USA. La utilización de Internet ha aumentado en todos los lugares pero la utilización en el hogar es, con mucho, la que ha registrado el mayor crecimiento. Sin embargo, el crecimiento de Internet en Europa el año pasado ha sido más lento que el registrado en los USA.

Un grupo de tres países (Holanda, Suecia y Dinamarca) está a la cabeza de la UE con índices de difusión en los hogares de cerca o más del 60% y otros cuatro países (Finlandia, Inglaterra, Irlanda y Alemania) se encuentran bastante por encima de la media de la UE<sup>21</sup>. Hay cuatro países dentro del 5 % de la media y otros cuatro países bastante alejados de la media. Grecia es el más distante, con una difusión inferior al 10%, porcentaje que se mantuvo estable durante todo el año pasado. Vemos, entonces, que Venezuela apenas sobre pasa tímidamente la mitad del índice de penetración del más atrasado de los miembros de la UE. Los Estados miembros mejor situados lo están mejor que los Estados Unidos, que puede considerarse el parámetro de referencia de la difusión de Internet. En general, los resultados son prometedores pero siguen existiendo sectores de crecimiento lento y grandes diferencias entre Estados miembros y dentro de los mismos. Por ejemplo, un 40% de las mujeres utilizan Internet frente a un 56%

20 JIMÉNEZ, Carlos. Todos estos datos fueron extraídos de *Tendencias Digitales y Cavecom-e: El Usuario de Internet en Venezuela. Parte I*. Indicadores de penetración y uso de Internet a octubre de 2003.

21 Se trata de una media ponderada y basada en las poblaciones nacionales.

de los hombres. Esta diferencia se ha modificado sólo marginalmente durante el año pasado: en octubre de 2000, el 35% de las mujeres y el 50% de los hombres contestaban que utilizaban Internet. El usuario típico de Internet sigue siendo varón, entre 15 y 24 años de edad, con un nivel de estudios superiores y vive en una ciudad.

La difusión de Internet en las empresas es muy superior al índice de difusión en los hogares y, actualmente, casi el 90% de las empresas con más de diez empleados tienen conexión con Internet. Más del 60% cuentan con su propio sitio en Internet. Una excepción notable es Portugal, donde la difusión de Internet sólo llega a dos tercios de la totalidad de las empresas y sólo aproximadamente un tercio de las mismas cuenta con su propio sitio. Sobre la utilización de Internet en las empresas se recogen más datos detallados más adelante al tratar del comercio electrónico.

A la conclusión que debemos llegar después de analizar este Informe es que Venezuela debe hacer un mayor esfuerzo para crear unas condiciones más favorables que permitan alcanzar niveles más altos de difusión de Internet. A finales de 2004, podría llegarse a un mínimo de difusión del 10% de los hogares. Actualmente, debemos en principio centrarnos en alcanzar mayores niveles de penetración de Internet, pero sin descuidar las consecuencias e implicaciones del fenómeno mundial de la Convergencia Tecnológica. Primero debemos asegurarnos que existe una real demanda por parte de los usuarios de los servicios de la Sociedad de la Información, la cual se manifiesta fundamentalmente con la utilización de las Tecnologías de la Información por parte de la gran mayoría de la población. De manera que, la convergencia apenas ha podido probar sus potencialidades, y específicamente, aquellas relacionadas con el tremendo poder comunicativo, informativo, educativo, cultural y de entretenimiento que posee la información audiovisual integrada con textos frente a las informaciones basadas única y exclusivamente en texto.

## **2. Elementos claves de la convergencia tecnológica**

### **2.1. La técnica de la digitalización**

La base fundamental de la Convergencia Tecnológica es la técnica de la digitalización. La digitalización marcará una nueva concepción de los medios. De los dos tipos de sistemas de emisión: el analógico y el digital, será este último el único “superviviente” tras el esperado “apagón analógico” que se dará en algún momento en nuestra regulación. Y a partir de entonces, y ya desde ahora, asistimos a una nueva forma de entender los medios audiovisuales. El proceso digital de la información ofrece numerosas ventajas entre las que destacan su capacidad para manejar de forma única toda clase de fuentes de información y una mayor flexibilidad y libertad en la incorporación de nuevos servicios. En este sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ha considerado que en el *“campo de la radiodifusión desde que la digitalización ha hecho posible la superación del estándar de calidad de audio que tiene la*

radio analógica y cuando la radio alcanza el umbral de su segunda gran revolución”<sup>22</sup>.

Dentro de las propuestas que se manejan actualmente para que el proceso de transmisión y recepción de señales radiofónicas sea digital, se cita la incluida en el Proyecto Eureka 147, desarrollado por un Consorcio del mismo nombre, el cual integra agrupaciones internacionales de radiodifusores, operadores de redes, industrias fabricantes de componentes electrónicos e institutos de investigación. Por su parte, la *Corporación iBiquity Digital* propone un sistema llamado IBOC (*In Band On Channel*) y corresponde a la propuesta americana para radio digital. Por último, el Consorcio DRM (*Digital Radio Mondiale*) y la *Corporación WorldSpace* cierran el grupo de propuestas que están en boga.

Todo parece indicar que estamos ante una radio multimedia que gracias a la digitalización, es portadora de valores añadidos en los que se incluyen imágenes, mapas y datos gráficos sobre pequeñas pantallas. Así, la radio llega a convertirse en multimedia que, al igual que el periódico electrónico e Internet, cambia la forma de concebir la escritura estática. El actual estado de cosas, plantea para Venezuela la necesidad de crear las condiciones requeridas para la implementación del servicio de radiodifusión sonora digital, lo cual supone la adopción de un Modelo de Radio Digital que refleje la capacidad nacional real para avanzar en la incorporación de las nuevas tecnologías que apuntan hacia la disminución de las brechas que actualmente limitan nuestra figuración en el mundo globalizado. En este sentido, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), trabaja en el estudio de las inversiones requeridas, el impacto económico y la recuperación de la inversión, que involucra la migración de los sistemas de radiodifusión sonora analógica a los sistemas de radiodifusión sonora digital.

Es mucho más efectivo almacenar, procesar y, en general, usar y manejar la información en formato digital. En un lenguaje muy llano, podemos decir que la digitalización permite convertir cualquier tipo de señal analógica, como la voz, el audio o las imágenes de video, en información digital representada en formato binario de ceros y unos (bits, en lenguaje técnico) y susceptible de ser tratada por elementos basados en software, comunicaciones y dispositivos electrónicos de forma independiente al tipo de señal original, a diferencia de las tecnologías analógicas.

Por otro lado, la Digitalización aporta una virtud adicional a la industria de los contenidos, según ha expresado Eduardo García Matilla: una capacidad para multiplicar ofertas (de acuerdo a una segmentación de audiencias y especialización de contenidos); una posibilidad de incorporar servicios de valor añadido a los contenidos audiovisuales; habilidad para establecer una relación directa con audiencias masivas, con grupos específicos o individuos (materializada en sistemas de gestión de usuarios, estudios de mercado o comercio electrónico); y, por último, otra nueva aptitud, esta vez de explotación

22 Servicios de Radiodifusión Sonora Digital. Comisión Nacional de Telecomunicaciones. [www.conatel.gov.ve](http://www.conatel.gov.ve)

real entre tecnologías: televisión, radio, redes y móviles. Asimismo, se ha referido a la necesidad de “reutilización” de los modelos analógicos en los digitales, sobretudo en el terreno educativo y cultural, siempre que puedan ser adaptables y servir de experiencias positivas (como es el caso de la televisión iberoamericana en materia de educación, sobre todo formal).

## 2.2. Estandarización, interconexión e interoperabilidad

La digitalización no es la única técnica necesaria para la convergencia, ya que la misma debe estar soportada y complementada con mejoras tecnológicas en los diferentes elementos de hardware, software y de comunicaciones que componen la oferta convergente que se le hace al usuario. Existe, pues, una verdadera complejidad tecnológica en la ruta de la convergencia, desde su origen en las tecnologías e infraestructuras digitales hasta que el servicio se pone a disposición del usuario. Es decir, existen una serie de elementos constructivos, que adecuadamente seleccionados, diseñados, e integrados, son los que posibilitan a los diversos agentes u operadores la realización de la oferta final a los usuarios. Sin embargo, estos elementos no pueden ser puestos en marcha hasta tanto no exista una perfecta y armónica estandarización de infraestructuras y una plena interconexión e interoperabilidad. Precisamente, estos son los dos principales obstáculos a la convergencia:

a. La falta de interoperabilidad derivada de una estandarización débil en los bloques de negocio sobre los cuales depende la oferta final al usuario, a saber: aplicaciones, terminales y elementos de soporte del negocio.

b. La ausencia de regulaciones claras sobre la interconexión y acceso a los servicios anteriores, inspirada en una política de mínima intervención sobre el mercado.

Puntos sobre los que realizaremos un análisis exhaustivo en las próximas páginas, pero los cuales a este nivel debemos tocar tangencialmente y centrarnos en tratar de entender el actual esquema de negocio de la convergencia, a los fines de, luego, poder entender en donde se encuentran los cuellos de botella de la regulación. Como decíamos anteriormente, podemos trazar una ruta de las tecnologías e infraestructuras digitales las cuales agrupadas forman en definitiva una oferta tecnológica que se le propone al usuario, es decir, es el recorrido del servicio a través de los diferentes bloques de la cadena de valor hasta llegar al disfrute por parte del usuario. Este recorrido comienza en el *equipo terminal*, constituido por un interfaz y dispositivo que soporta el uso y el acceso a la información. *El acceso*, que consiste en la infraestructura de comunicaciones situada en el área más cercana al usuario. *El transporte* de la señal, que concentra los tráficos de las redes de acceso. Los recursos de *soporte de la operación*, formado por un cúmulo de elementos técnicos de la infraestructura de comunicaciones que son imprescindibles para realizar la oferta tecnológica. Luego, nos encontramos con los recursos de *soporte al negocio*, formado por aquellos elementos necesarios para llevar a cabo el modelo de negocio implícito

a la oferta tecnológica, y finalmente, las *fuentes de información y contenidos*, que constituyen la base de la información que forma parte de la oferta que recibe el usuario final.

### 2.3. Oportunidades y obstáculos de la convergencia

Una vez planteados el marco general sobre la convergencia tecnológica y descrita sus tecnologías e infraestructuras digitales, en esta sección nos dedicaremos a identificar y analizar las oportunidades y obstáculos que actualmente presenta la convergencia a nivel europeo.

#### 2.3.1 Infraestructuras y tecnologías: Las redes de proximidad. Redes de área local

Existen actualmente desarrollos tecnológicos que consideran que una de las vías para establecer de forma definitiva la convergencia tecnológica es a través de redes de proximidad. Esta idea, contempla tanto a las “redes de área local”, como por ejemplo *Ethernet* o el ya conocido *Wi-Fi*, así como las “redes de área personal” o redes más próximas al usuario, como es el caso del “*Bluetooth*”, para convertirse en el modo de acceso de todo tipo de usuarios y terminales en un entorno geográfico de dimensiones reducido, sin la necesidad o sin los inconvenientes de tener que acceder directamente a la terminación de la red de acceso como tal, pero con grandes deficiencias en cuanto a la plataformas de seguridad e integridad de las redes.

Estas redes aportan beneficios en cuanto a la utilización de muy bajas potencias de radiación evitando problemas con la regulación de emisiones radioeléctricas y el medio ambiente, auto configuración y facilidad en el manejo y uso del software. Por supuesto, en un escenario de alto desarrollo de la convergencia tecnológica algunas de estas redes de proximidad podrían tener un gran avance y dar un salto convirtiéndose en auténticas redes de acceso debido a las ventajas que pueden suponer para los usuarios.

Este proceso ya se está desarrollando con gran auge, dando excelentes resultados con el estándar *Ethernet* de redes de área local. Como un caso concreto de las posibles redes de proximidad, destaca, además, la cuestión de las infraestructuras ya preparadas para el reparto de comunicaciones en el interior de edificios y viviendas, en los que las comunidades de vecinos se organizan y establecen verdaderas redes locales de compartición de ancho de banda, logrando que cada copropietario tenga un acceso directo a la red con un mínimo coste. En este punto resulta indispensable una regulación que homogenice estas infraestructuras e impulse su implementación.

Estas ideas de compartición de ancho de banda, surgieron como consecuencia de las ideas sobre software libre o “*Free Software*”<sup>23</sup>. Las nuevas tendencias

<sup>23</sup> Software propietario: aquel que no es libre ni semilibre. Su uso, redistribución o modificación está prohibido, requiere que se solicite autorización o está tan restringida que no

relativas al software libre, en sus dos vertientes<sup>24</sup>, "*free software*" y "*open source*", consisten en un movimiento o corriente que aboga por la no protección de los programas de computación bajo ninguno de los prismas establecidos, tengan éstos el carácter de propiedad intelectual - como se protegen en Europa y Venezuela- o industrial - en Estados Unidos. La nota más importante que a priori nos interesa destacar es que no se debe equiparar software libre con software gratuito. No todo el software libre es gratuito, ni necesariamente el software gratuito es software libre. Ese carácter de libre viene determinado por muchos otros aspectos que van más allá del puramente económico. Citando a Richard Stallman, uno de los líderes del movimiento del software libre, la idea de que el sistema social del software propietario -el que dice que no te está permitido compartir o cambiar el software- es asocial, falto de ética, de que simplemente es erróneo, pudiera ser una sorpresa para algunas personas. Pero, acaso no se puede decir de un sistema basado en dividir al público y mantener a los usuarios desasistidos.

La amplia difusión del acceso a Internet ha conducido a una rápida aceleración de la actividad del software libre. El volumen de contribuciones y la diversidad de colaboradores se extendió por todo el mundo, además de que surgieron numerosos nuevos proyectos. El más notable fue Linux, una variante del sistema operativo Unix desarrollada por Linus Torwalds en 1991. Otra de las características del periodo es la interacción que se produce entre las compañías de software propietario y la comunidad del software libre. Lo más reseñable es que en este periodo surgen formas alternativas de licenciar el software desarrollado en cooperación. Durante los años 80, la GPL había sido dominante en este ambiente, pero esto cambió, gracias sobre todo a *Debian*, una organización creada para diseminar Linux, que creó en 1995 el *Debian Social Contract*, una forma de licenciar software que daba mayor flexibilidad a los usuarios del programa, incluso permitiendo la conjunción de software libre con software propietario. Este acuerdo fue adoptado por un gran número de desarrolladores en 1997, y desde entonces fue conocido como "*Open Source Definition*".

Se discute también el aspecto económico del problema. Los que están a favor de la protección dirán que sufren menoscabo o pérdida económica cuando los usuarios copian los programas o utilizan ancho de banda contratado por un tercero y que este hecho desalienta a los operadores o creadores de software de seguir haciéndolo. Si se remunerase la producción de dicho bien, afirman, se produciría más cantidad del mismo, y abundando más en ello, que la ausencia de piratería o conexión externas tendría como consecuencia una bajada de los precios del servicio o de los programas de ordenador.

puede hacerlo libre de un modo efectivo. *Shareware*: software que viene con autorización para la gente de redistribuir copias, pero establece que quien continúe haciendo uso de una copia deberá pagar un cargo por licencia. No es software libre porque, en la mayoría de los casos el código fuente no está disponible; además, no viene con autorización para hacer una copia e instalarlo sin pagar por la licencia. *Freeware*: término que es usado frecuentemente para paquetes que permiten la redistribución pero no la modificación. Además, el código fuente no está disponible.

<sup>24</sup> LERNER, J. y TIROLE, J., "The simple economics of open source" (Febrero 2000).

Argumentan por el contrario los defensores de estas corrientes que la compartición de ancho de banda o la copia de un programa no causa un efecto directo en el propietario y no daña a nadie. El propietario sólo podría perder si la persona que contrató el servicio de banda ancha o que hizo la copia del software, hubiese pagado por una proporcionada por el propietario, lo que, en la mayoría de los casos, no se produciría. Un gran número de productos de software libre, como el Apache (programa para la administración de servidores de Internet) lideran el mercado en su categoría. Este programa, según los estudios, alcanzó una implantación, por lo menos en los servidores "públicamente observables" (aquellos que no están detrás de cortafuegos o *firewalls*) del 55% en 1999. Dentro de los sistemas operativos, Linux da soporte a usuarios que se estiman entre 7 y 21 millones de personas en todo el mundo, con una tasa de crecimiento anual del 200%. Otro ejemplo, es el *Sendmail*, programa para la administración de servidores de correo electrónico que nació para comunicar las diferentes redes que en Estados Unidos trabajaban bajo *Unix*, y que posteriormente se utilizó en la *Arpanet* -predecesora de Internet- es también un desarrollo del software libre, que copaba en 1998 el 80% de todo el tráfico de correos electrónicos en el mundo. En los últimos años, un gran número de multinacionales del software, incluyendo, por ejemplo, a *Hewlett Packard*, *IBM* y *Sun Microsystems* han puesto en marcha proyectos para el desarrollo y uso de software libre, uniéndose a otras que ya hace tiempo nacieron bajo esa premisa, como Red Hat o Va Linux, especializadas en la comercialización de Linux, a las que se añaden otras como *Cobalt Networks*, *Collab.Net*, *Scriptics* o *Sendmail*.

Independientemente de la aceptación de las premisas de este movimiento, se pueden realizar algunas objeciones al mismo. La primera de todas es que el sistema del software libre permite que surjan muchas variantes diferentes del mismo programa, que compiten entre sí, y que además en muchos casos se "bloquean", es decir, se convierten en software propietario. Esta diversidad, aún siendo en principio beneficiosa, puede en ocasiones ser perjudicial para un usuario "medio", que no sabrá por qué versión decantarse. Este hecho será más grave si tenemos en cuenta que corre con toda la responsabilidad en cuanto a la utilización y mantenimiento del programa, puesto que todos los programas de software libre se caracterizan por la total ausencia de garantía (lo que se comunica en todas las licencias, ya sean *open source* o *free software*), aunque éstos tengan defectos o necesiten reparación o corrección.

La segunda gran objeción consiste en afirmar que el software libre está dirigido únicamente a usuarios de "*alto nivel*". Efectivamente se demuestra que este tipo de software no pone prácticamente énfasis en la documentación o manuales de apoyo; además los interfaces del usuario (las pantallas que visualiza y mediante las cuales se relaciona con el programa) no son fácilmente comprensibles por un usuario no avanzado (aunque ya existen proyectos para salvar esta objeción, como son el GNOME y el KDE, en cuanto al Linux); por último, que los programas de este tipo encuentran grandes problemas de incompatibilidad con otros; por ello se dice que tiende hacia los usuarios más sofisticados. Ante todas estas objeciones, sus defensores dirán que no son

suficientes, pues se ven compensados por la posibilidad de tener acceso al código fuente y por el ahorro en los costos que produce la utilización de este software.

### 2.3.2. Problemas en la definición de la banda ancha

Las características o las prestaciones de los accesos se miden básicamente en términos de “*Velocidad de Transmisión*”. Este término, en cada uno de los sentidos de la conmutación, es un concepto que está directamente relacionado con las definiciones de “*Banda Ancha*” y “*Alta Velocidad*”, los cuales se utilizan de forma indiscriminada y en la mayoría de los casos de forma coloquial en la jerga de nuestros días. No obstante, existe un profundo debate en torno al significado de dichos términos. En este sentido, diversos organismos han expuesto sus puntos de vista. Así, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) establece que la capacidad de banda ancha se origina cuando se da una velocidad de al menos 1,5 Mbps por segundo en ambos sentidos de la conmutación. Por otra parte, la *Federal Communication Commission* (FCC) establece que la banda ancha es aquella tecnología de acceso con una capacidad superior a 200 Kbps por segundo en ambos sentidos de la conmutación. Sin embargo, para la FCC, el término alta velocidad (*High Speed*) es utilizado para definir cualquier tecnología de acceso que exceda de 200 Kbps en, al menos, un sentido de la conmutación.

Desde el punto de vista de los usuarios, se ha manejado un criterio bastante razonable por medio del cual calificaríamos una tecnología de acceso como de banda ancha, cuando la misma nos suministre una capacidad para ofertar comunicaciones de voz, video, imágenes, o datos, con calidades suficientes y en cualquiera de los dos sentidos de la conmutación. Por otro lado, la FCC entiende como “*Calidad Suficiente*” o “*Deployment of Advanced Capability*” el hecho de que la tecnología de acceso sea capaz de recibir o enviar video con calidad similar a la de la TV convencional actual.

### 2.3.3. La competencia entre las tecnologías de acceso y su despliegue

La Convergencia Tecnológica requiere de elevadas y exigentes prestaciones, distintas en función de los diferentes segmentos del mercado de usuarios, sobre todo en las redes de acceso que conectan a los usuarios finales con las infraestructuras de aplicaciones y servicios y las redes de transporte. La convergencia en el acceso se manifiesta como una competencia entre diversas soluciones técnicas que tienen la capacidad de cubrir las demandas de los usuarios, en diferentes segmentos y con diferentes características técnicas y económicas relacionadas con su despliegue. Dentro de esta competencia por el acceso existen diversos medios de transmisión, entre otros los más desarrollados son: el par o cable de cobre, las soluciones de cable, la fibra óptica, las líneas eléctricas, las soluciones de acceso fijo vía radio, las soluciones de acceso radio móviles, las soluciones de acceso por satélite y las soluciones que proceden de la difusión audiovisual.

Tipo de plataforma	Características
Redes de par de Cobre	En su explotación tradicional soportan voz e Internet de banda estrecha. En su versión de explotación xDSL, además soportan velocidades de acceso a Internet de elevadas prestaciones, y pueden incluso llegar a soportar video en configuraciones avanzadas.
Redes TDT	Orientadas al transporte de señales audiovisuales unidas a cierta capacidad para servicios interactivos.
Redes de Comunicaciones Móviles 2.5G y 3G	Integran voz e Internet con la movilidad del usuario, con capacidades de transmisión de alta velocidad.
Redes LMDS de 3,5 GHz y 26 GHz	Integran voz e Internet de mediana y alta velocidad.
Redes de Comunicaciones a través de redes eléctricas / Power Line Communication (PLC)	Integran voz e Internet, aun de forma experimental o en desarrollo.
Redes de Cable HFC, FTC o FTH	Soportan de forma integrada servicios de voz, Internet y TV.
Redes LMDS de 28 GHz y 40 GHz	Soportan de forma integrada servicios de voz, Internet y TV.
Redes por Satélite	Primordialmente se utilizan para difusión de TV. Actualmente se encuentran en despliegue diversas iniciativas orientadas a servicios de voz e Internet.

Las redes de telecomunicaciones y particularmente la red telefónica fija constituida durante muchos años en régimen de monopolio en los distintos países de Latinoamérica y de la Comunidad Europea han sido la respuesta más inmediata para resolver aquel acceso a la red de Internet desde los domicilios con carácter general. Sin embargo, el modelo de negocio de las telecomunicaciones que inspiró y modeló el desarrollo de las redes telefónicas fijas es diferente al modelo de negocio apropiado para integrarse en el conjunto de prestaciones de las redes de Internet. La infraestructura troncal de Internet suele ser muy rápida al utilizar potentes anillos de fibra óptica enterrados. El problema es la infraestructura heredada de banda estrecha que conecta dicha infraestructura troncal a los hogares. Este problema se está resolviendo gradualmente con las ofertas de ADSL<sup>25</sup> y de cable, que constituyen un primer paso hacia la banda ancha. También, como hemos visto, se están desarrollando otras alternativas a través de satélite, la TV digital interactiva, el acceso fijo inalámbrico de banda ancha y las conexiones de fibra con los hogares, pero de momento su importancia es insignificante.

<sup>25</sup> *Asymmetric Digital Subscriber Line*: tecnología que convierte el cable de teléfono normal de pares de cobre trenzado en una línea digital de alta velocidad.

Las tecnologías de acceso con mayor o menor grado de madurez y nivel de despliegue satisfacen las necesidades actuales de acceso a Internet con velocidades más o menos elevadas y en modalidad “*always on*” o “*siempre conectado*”, necesidades que, por supuesto, también cubren las tecnologías en despliegue. Otras tecnologías, por el contrario, son actualmente más adecuadas para la difusión de TV, no obstante, la tendencia en todas ellas es hacia una integración de los diferentes servicios en una única plataforma.

En cuanto a los problemas que presentan las tecnologías de acceso y su despliegue, José María Vázquez Quintana<sup>26</sup> sostiene que “*el desarrollo de la sociedad de la información basado en Internet tropieza con profundos obstáculos en las telecomunicaciones, ya que sus redes son el factor habilitante para Internet, por un lado el transporte de las señales internamente dentro de su propia red, circunstancia esta que no representa actualmente ninguna dificultad, y por otro lado, se encuentra el gran cuello de botella constituido por el acceso a estas redes desde los domicilios de los usuarios es un problema al cual debemos abocar grandes esfuerzos*”.

Tal como lo ha sostenido, también, el informe *eEurope* de la Comunidad Europea antes comentado<sup>27</sup>, la competencia creciente está bajando los precios, así las estadísticas disponibles a nivel internacional muestran una clara relación inversa entre el precio de Internet y su difusión. No obstante, el objetivo de abaratar Internet no debe confundirse con los precios subvencionados o artificialmente bajos.

El enfoque que debemos adoptar en Venezuela es fomentar la competencia para que los precios bajen hasta niveles competitivos muy distintos de los precios de monopolio. Esto se ha logrado en España con éxito en el acceso a Internet por línea telefónica. Los precios de acceso a Internet a través del teléfono han disminuido de forma considerable y constante en los dos últimos años. Un estudio de la Comisión Europea, realizado en noviembre de 2001, ha puesto de manifiesto que los costos mensuales de un usuario tipo en su domicilio, durante 20 horas de utilización en periodos no de punta, oscilan ahora entre 10 y 20 €, que corresponden a la oferta más barata en la mayoría de los Estados miembros, incluidos el costo de la llamada. Así, los costos marginales de acceso a Internet para el propietario de un computador personal se han reducido, pero siguen siendo considerablemente más altos que en los Estados Unidos.

También son mucho más elevados los costos de acceso a Internet de banda ancha. La competencia no sólo disminuye los precios sino que también introduce modelos innovadores de fijación de precios. Un ejemplo de ello es la introducción del acceso a Internet con “tarifa plana”<sup>28</sup> en algunos países de la UE (p. ej. en el Reino Unido). Fomentar la competencia era el objetivo central de la liberalización del sector de las telecomunicaciones en junio de 2000. Desde entonces, si

<sup>26</sup> VAZQUEZ QUINTANA, José M. “Internet y telecomunicaciones: Modelos de Convergencia” en Régimen Jurídico de Internet. Editorial La Ley. Enero 2002. Pag. 251.

<sup>27</sup> Vid. Cita 4.

<sup>28</sup> La tarifa plana de acceso es un precio fijo que se paga independientemente del tiempo de conexión en línea.

efectuamos un seguimiento de la situación de la competencia en el mercado podemos evidenciar que la misma ha mantenido niveles muy bajos, en el cual pudimos observar un crecimiento muy tímido del sector con la introducción de pequeños nuevos actores, pero que sin duda alguna el mercado sigue controlado por el operador establecido.

En Europa, una vez visto que transcurridos cuatro años después de la liberalización del sector telecomunicaciones, se determinó que no existía una competencia efectiva y los mercados los seguían dominando los operadores que mantenía previamente el monopolio natural de la actividad, por ello fue aprobado un nuevo paquete normativo para los servicios electrónicos de comunicaciones (Directiva 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002), el cual una vez incorporado a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE en la primavera de 2003, reforzaría aún más la competencia.

Lo que sí podemos afirmar es que poco a poco en el servicio de Internet se está haciendo más rápido, la lentitud en Internet supone graves obstáculos para una rápida utilización comercial. La velocidad en Internet es un obstáculo por dos razones. El tiempo empleado en buscar a través de sitios en múltiples niveles alternativos disuade a la gente ya sea por incomodidad o por el costo que ello representa. En segundo lugar, la televisión ha acostumbrado a la gente a contenidos de calidad audiovisual y multimedia que hoy Internet no puede ofrecer adecuadamente. En este sentido, existe un informe al Consejo Europeo celebrado en Barcelona<sup>29</sup>, que ha reconocido la importancia del acceso a Internet de banda ancha como "*un factor clave para mejorar el funcionamiento de la economía*".

Las cifras disponibles sobre el número de conexiones de banda ancha en los hogares indican que la extensión de la banda ancha varía considerablemente según los Estados miembros: en Alemania hay más de 2 millones de abonados a ADSL, en Bélgica hay casi 500.000, Holanda 330.000 y en el Reino Unido 250.000, mientras que en Grecia los servicios de banda ancha son muy escasos. No es de extrañar que sean los países con redes de TV por cable<sup>30</sup> muy desarrolladas los que están a la cabeza en la difusión de Internet por módem de cable. Estos países también se benefician de la competencia entre el cable y los proveedores de ADSL. La desagregación de tarifas sólo ha supuesto una competencia limitada para la oferta de ADSL, pero algunos operadores han optado por una estrategia de comercialización positiva del sistema ADSL para establecer una cuota de mercado frente a la competencia del cable.

En cualquier caso, no se debería dar por supuesto que todas las tecnologías deberían competir entre ellas y que todas resuelven el cuello de botella del acceso con los mismos resultados. Cada tecnología tiene unas características específicas, y por tanto, resuelve unas necesidades determinadas. Por ello, en un entorno de *neutralidad tecnológica*, el proceso evolutivo que se está desarrollando

29 "La estrategia de Lisboa — Hacer realidad el cambio", COM (2002) 14 y el documento interno de apoyo SEC (2002) 29, 15.1.02.

30 Por ejemplo, en Bélgica y los Países Bajos más del 85% de los hogares tienen conexión por cable.

actualmente debería conducir hacia una segmentación del mercado, en el que cada tecnología de acceso atiende a un tipo determinado de usuario.

En definitiva, la banda ancha ha iniciado su andadura lentamente y la elección se limita a dos plataformas. El intento de los reguladores debe estar destinado a ampliar la disponibilidad de plataformas, sin embargo, para fomentar el acceso a las redes de banda ancha y aprovechar el potencial económico de la economía electrónica hay que seguir apoyando la inversión. Hay indicios de que la difusión de Internet en la UE puede situarse por debajo del nivel de USA. Parece necesario, por lo tanto, fomentar desde un punto de vista político las plataformas alternativas para el acceso a Internet, tales como los dispositivos de comunicaciones móviles y la TV digital.

#### **2.3.4. Obstáculos en el despliegue de las redes**

Las políticas regulatorias en el entorno de la convergencia deben inclinarse por impulsar el despliegue de redes de acceso de alta velocidad y banda ancha teniendo simultáneamente en cuenta que, por un lado, crear entornos favorables para que las diferentes tecnologías se posicionen sin trabas en sus segmentos objetivos de mercado y, por otro, crear entornos favorables para que los operadores con capacidad de despliegue rápido de acceso de alta velocidad y banda ancha estén incentivados para mejorar y/o desplegar sus infraestructuras.

En este sentido, el rápido crecimiento del *ADSL o Banda Ancha* podría corresponderse con la satisfacción de una necesidad de mercado que demanda servicios asimétricos entre los que destaca la navegación Web, el más popular de los servicios ofertados en Internet. Por otra parte, porque las tecnologías de la familia xDSL son altamente evolutivas, lo que permite constantes y continuas mejoras en las prestaciones a medida que el mercado avanza.

Otra cuestión a considerar, es la profunda amenaza que corren los procesos incipientes de despliegue de nuevas redes, como el cable interactivo y el LMDS, frente al rápido y desmesurado crecimiento en el despliegue de tecnologías xDSL y el apoyo e impulso político que se le ha dado a este tipo de tecnologías. No obstante, la libre competencia en los mercados, mayorista y minorista de ADSL, se ha visto profundamente afectado por la presencia y poderío del operador dominante, razón por la cual el ente regulador debe intervenir adoptando una serie de medidas a los fines de alcanzar un régimen más igualitario, pero favoreciendo de forma directa una tecnología de acceso determinada, el ADSL.

#### **2.3.5. ADSL y los problemas de acceso indirecto. Caso español. Necesidad y urgencia de una medida**

En el caso español, fue necesaria la adopción de medidas cautelares<sup>31</sup> para establecer las condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red

<sup>31</sup> Resolución Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 5 de julio de 2001, que ha adoptado un acuerdo por el que se aprueba la resolución relativa

telefónica pública fija de la operadora dominante *Telefónica de España SA* (TESAU) por parte de los operadores autorizados, con el fin de articular los mecanismos que hicieran posible la prestación de servicios ADSL en condiciones competitivas adecuadas, ante la arrolladora oferta minorista de TESAU. Además, era urgente adoptar una oferta de acceso al bucle de abonado en su modalidad de acceso indirecto, aún de forma provisional, con el fin de posibilitar que los operadores autorizados prestasen servicios en condiciones similares a las proporcionadas por TESAU con la mayor brevedad posible, y tratar así de disminuir el periodo de ventaja de TESAU.

El daño que puede sufrir la competencia en el mercado de servicios minoristas ADSL se vería muy incrementado si se retrasan las posibilidades de competir en las mismas condiciones de los posibles operadores alternativos, sobre todo si se considera el gran potencial comercial en Venezuela de nuestro operador establecido, que le puede permitir conseguir un gran número de clientes en ese periodo de dilación. Hay que tener en cuenta las grandes dificultades que se encuentra un operador para conseguir que un cliente de otro cambie de proveedor, y más en un mercado como el objetivo de la oferta minorista de ADSL. Además, no se puede olvidar que la base de clientes obtenida mediante acceso indirecto es fácilmente migrable a servicios basados en bucle compartido y desagregado, de lo que se puede inferir que es muy probable que los clientes obtenidos por el operador dominante supongan una reducción de la base de clientes potencial para los servicios antes citados.

En relación con la conexión distante, cabe resaltar las dificultades que encuentran los operadores autorizados para transportar el tráfico procedente de usuarios ADSL desde el punto de acceso indirecto (PAI) hasta sus puntos de presencia, lo que aconseja establecer puntos de conexión alternativos como los que se proponen en esta medida cautelar. El servicio de PAI-D cubrió esta necesidad, exigiendo a TESAU poner a disposición de otros operadores un servicio similar al que se proporciona a sí misma para el transporte del tráfico desde los PAIs hasta los puntos de presencia.

Por otro lado, la Comisión reguladora de las telecomunicaciones en España, entendió que no se debía restringir el acceso a los operadores dentro de una demarcación a una lista cerrada de centrales. La medida cautelar comentada pretendía que los operadores autorizados puedan proporcionar una oferta de servicios ADSL económicamente competitiva, para lo que se debe optimizar y flexibilizar el acceso por parte de los operadores a los PAI-D. Los operadores que ya han desplegado PAI-D en las centrales abiertas a interconexión querrán beneficiarse de la infraestructura disponible. Limitar la ubicación de los PAI-D en ciertas centrales propuestas por TESAU podría impedir que todos los operadores se beneficiasen de las medidas de esta cautelar. Por otra parte, los puntos de interconexión ópticos ya establecidos por los operadores se han ubicado

a la adopción de medidas cautelares dictadas dentro del expediente abierto en esta comisión con referencia MTZ 2001/4935, sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica pública fija de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia.

en centrales seleccionadas sobre la base de criterios de eficiencia económica, primando aquéllas desde las que es posible acceder a un mayor número de abonados. En buena lógica, estas ubicaciones coincidirán normalmente con los nodos más importantes de conmutación y transmisión de TESAU, por lo que se considera que la petición de ubicaciones para PAI-D en centrales sin medios de transmisión ha de tener carácter residual.

En definitiva, es necesario conseguir un equilibrio entre:

1. Incentivar las inversiones de los operadores históricos para que inviertan en desarrollar las tecnologías de par de cobre, modernizando las infraestructuras de cobre y desarrollando mercados de servicios convergentes;
2. Lograr que la desagregación del bucle se consolide como una forma de introducir competencia al presionar al operador propietario del par de cobre, que como lo hemos visto, en la práctica se ha demostrado la gran dificultad de esta aproximación dada la difícil tarea de establecer el costo y la forma de compartir el acceso.
3. Incentivar las inversiones en nuevas redes, como las de cable capaces de brindar servicios integrados.

### 2.3.6. Internet móvil como alternativa

Uno de los ejemplos más significativos de evolución en las telecomunicaciones corresponde a los servicios móviles, tan solo por el hecho de haber alcanzado un nivel de penetración en la población superior al de los servicios telefónicos fijos. Por otro lado, las cifras de negocio de los operadores móviles han llegado a igualar la de los servicios fijos. Una verdadera revolución, han causado las comunicaciones móviles de segunda generación avanzada (2.5G) y la futura tercera generación (3G), las cuales han proporcionado al mercado aplicaciones personales, que sin duda alguna, han contribuido al desarrollo de la Sociedad de la Información, introduciendo elementos novedosos en las redes móviles, aportando mayor velocidad en la transmisión de datos, estando siempre conectado “*Always-On*”, e introduciendo un innovador sistema de cobro por volumen de información, cambiando el criterio de *tiempo* utilizado histórica y tradicionalmente. Los servicios móviles de tercera generación están llamados a convertirse en el pilar de la convergencia tecnológica entre los servicios conversacionales, tradicionales en el sector de las telecomunicaciones, y los de comunicaciones de datos que sirven como base para la oferta de servicios telemáticos y que constituirán un impulso significativo para el desarrollo de la Sociedad de la Información.

Están estructuradas como una red de paquetes, adaptadas a la transmisión de datos y voz, lo que constituye un importante avance hacia la extensión del uso de nuevas aplicaciones, y especialmente, contribuyen de forma directa al despliegue de la Convergencia Tecnológica, aportando una de sus características esenciales: la movilidad. Además, las capacidades de transmisión de datos del

GPRS y del UMTS, acercaran las prestaciones de las redes móviles a las redes fijas, facilitando así la existencia de servicios convergentes que se muevan con el usuario de unas redes a otras aunque el interfaz de usuario del terminal sea diferente, logrando el segundo de los elementos de la convergencia conocido como la *ubicuidad*.

El concepto de “*ubicuidad*”, ya se encuentra presente en las actuales redes GSM, al igual que en el caso del GPRS y el UMTS, pero sólo entre las redes móviles de los diferentes operadores. Así, un usuario móvil de las tecnologías antes mencionadas, puede moverse libremente entre las redes de los distintos operadores accediendo a sus propios servicios del mismo modo como si se encontraran en su red original, esto se conoce técnicamente como VHE (*Virtual Home Environment*)

La tecnología de 2.5G ya es una auténtica realidad tanto en infraestructura, así como en la variedad de aplicaciones y terminales. La mayor parte de los operadores móviles venezolanos y europeos han lanzado los servicios comerciales GPRS en Europa en el año 2001 y en Venezuela en el año 2003, por lo que esta tecnología cada vez irá ganando un mayor protagonismo y logrando que la población en general se adecúe a las nuevas prestaciones del Internet móvil, y vaya preparando el camino a la *Tercera Generación Móvil* (3G). Si bien es cierto que la tecnología de 3G, aun está bastante inmadura y retrasada en su introducción, significará, sin embargo, el mayor avance en el sector móvil desde la aparición de los sistemas GSM, y a quien esta destinado a eliminar en esta misma década. Aunque cabe destacar, además, una serie de implicaciones legales<sup>32</sup> derivadas de la implementación masiva del Internet móvil, que el regulador deberá analizar en su momento, entre las cuales encontramos: los posibles casos de violación del derecho a la intimidad o privacidad por el uso de servicios basados en localización, la problemática de la ubicuidad y la movilidad con la utilización del móvil como elemento de identificación personal, la regulación de los sistemas de pago a través de los equipos terminales móviles y todo lo relacionado con seguridad y fraude electrónico.

El Internet móvil tiene que apoyarse en ambos sectores, Internet y en el de las comunicaciones móviles. USA es el líder en materia de Internet, Europa es el rector de la tecnología en el ámbito de la telefonía móvil y, por su parte, Japón ha alcanzado un notorio e innegable liderazgo en el desarrollo de la 2.5G avanzada con sus servicios *i-mode*, quienes a través de su empresa líder *NTT DoCoMo*, han celebrado acuerdos de suministro de licencia y *know how* en Europa, específicamente en Holanda, Bélgica, Alemania, Francia y recientemente España<sup>33</sup> donde se lanzaran al mercado los servicios *i-mode* en el primer semestre

<sup>32</sup> LOPEZ José y ARGOS Cue; “Internet Móvil: una revolución en ciernes” *Régimen Jurídico de Internet*. Editorial La Ley. Madrid. 2002. Pág. 1109.

<sup>33</sup> Información extraída de Telecom.paper.com “Wednesday July 24, 2002, *NTT DoCoMo*, *Telefónica Móviles*, and *Telefónica Móviles España* announced an agreement under which *i-mode*, the world's most popular mobile Internet service, will be launched in Spain in the first half of 2003. The three parties signed a license agreement under which *DoCoMo* will provide patents, know-how and technologies needed for *Telefónica Móviles España* to offer the *i-mode*

de 2003, a través de la red GPRS. *Imode* ha sido la primera experiencia de negocio de transmisión de datos en el sistema japonés *PDC*, aunque sus velocidades de transmisión no sean las más adecuadas para la transmisión de datos, ya que son sólo un tanto superiores a las del GSM, ha servido para conocer el amplio potencial de negocios y ofertas reales de servicios al público masivo.

Como sabemos, existen diferentes modelos de negocio para la implementación de los servicios de Internet Móvil. El primero de ellos, es imitar el modelo de éxito de Internet. Sin embargo, este modelo representa una desventaja competitiva, debido a que USA mantiene el control de la infraestructura y desarrollo de Internet, como líder mundial en esta materia, además de la dificultad de encontrar modelos de negocios rentables y seguros que permitan reunir la financiación y acometer las inversiones requeridas para poner en marcha los nuevos servicios de comunicaciones móviles.

El segundo modelo de negocio para Internet Móvil, es el ya mencionado *i-mode* Japonés, completamente opuesto al sistema americano, el cual aboga por una propuesta de ofertas cerradas y muy integradas verticalmente. Entre sus riesgos destaca, que podría ocasionar graves dificultades a la competencia y a la innovación que pueden constituir los sistemas pocos abiertos, y es precisamente en este punto, donde es necesario un impulso político, a los fines de encontrar un camino razonable entre ambos modelos. Como ya comentábamos líneas atrás, los grandes en el sector de las telecomunicaciones en Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y recientemente España, a través de Telefónica Móviles, han apostado por el modelo de *i-mode* de Japón, y habrá que esperar en el futuro los resultados y efectos que traerá en el mercado a la libre competencia. Actualmente, en España el servicio convencional de Internet móvil tiene más de 1,5 millones de clientes activos y cerca de más de 4 millones usuarios registrados y con una plataforma de más de 250 empresas que proveen contenidos. El sistema *i-mode* basado en la plataforma GPRS de *e-mocion*, permitirá a sus suscriptores tener un fácil y rápido acceso a Internet, *e-mail* y a una gran variedad de ofertas de servicios y contenidos *on line* a través del equipo terminal móvil, tal como actualmente disponen los usuarios del *i-mode* en Japón. Los equipos terminales están diseñados con una tecnología de manejo dual, que permitirá a los usuarios el recibir contenidos o mensajes escritos en cualquiera de los lenguajes compatibles con el *i-mode* (HTML o WML1.X markup language).

En todo caso, hay que encontrar la forma de crear y gestionar, por medio de alguno de estos dos modelos o de un híbrido entre ellos, cuestiones tales como un nuevo espacio de direcciones IP para Internet Móvil, modificar los sistemas de nombre de dominio, y todos los procedimientos para el establecimiento de protocolos. Además, podría ser necesaria la interconexión entre operadores a nivel de Inter-red y aplicaciones, incluyendo todas las formas de acceso a este nuevo Internet Móvil. Esto implica, todos los procesos de creación de proveedores

*service on its Global Packet Radio Service (GPRS) network in Spain. Telefónica Móviles España holds the largest share of the Spanish market in mobile telecoms. The pact will remain valid for five years from July 24, 2002”.*

de servicios de Internet (ISP's) inalámbricos y proveedores de aplicaciones inalámbricas, como son el encaminamiento del tráfico, la asignación de números cortos de red, la mensajería SMS con el adicional desarrollo de los sistemas de mensajería avanzada (EMS) y el futuro multimedia (MMS), las pasarelas de gestión de la conexión y la gestión de nemónicos asociados a los números cortos de SMS/EMS.

Otro de los elementos a considerar debe ser la portabilidad de las aplicaciones basadas en la localización del usuario, con los sistemas de gestión de la localización, con la diversidad de estándares de lenguajes de representación de contenidos, incluso de formatos de audio y video (diversas familias de MPEG o el MP3 entre muchos otros) o con los sistemas de mensajería avanzada (EMS) o el multimedia (MMS).

Uno de los atractivos de la 3G es, como ya se ha indicado anteriormente, mayor ancho de banda lo que permitirá sacar al mercado uno de los servicios más atractivos y donde se manifiesta de forma evidente la *confluencia de los tres sectores de la convergencia*, el audio y video bajo demanda, por medio del cual el usuario podrá disfrutar de música y videos de alta calidad y sonido estereofónico, disponiendo de una oferta ilimitada de contenidos a través de los sistemas de compartición "*peer to peer*" o simplemente descargándolas directamente de su computador personal a través de la conexión a Internet que posee en su equipo terminal móvil.

### 2.3.7. La interconexión y la convergencia en el transporte

Existen múltiples posibilidades de redes de transporte provenientes de diferentes sectores (ATM, IP, DVB entre otros), todas ellas capaces de transportar cualquier clase de información, con sus propias ventajas y limitaciones. Dado que el proceso de convergencia entre los operadores y proveedores de servicios está dando lugar a la aparición de agentes que proveen todo tipo de servicios convergentes (voz, video, audio o datos), se está produciendo una transformación acelerada de todas las redes de transporte tradicionales en redes digitales multiservicios.

Las oportunidades económicas de este fenómeno de convergencia están relacionadas con la reducción de costos de transporte y, por ende, de los servicios finales a causa del aumento de la competencia en el transporte y de la generación de economías de escala. El impulso regulatorio necesario para el acceso e interconexión a las redes de transporte, en especial el relativo a funcionalidades estrechamente vinculadas al acceso de banda ancha, debe favorecer la innovación, el despliegue de nuevas soluciones de redes y la disponibilidad y capacidad de estas redes de transporte. No obstante, el camino hacia el futuro de las redes de transporte está siendo visto de diferentes maneras y empiezan a surgir desacuerdos entre los diferentes agentes intervinientes. Es posible que este conjunto de problemas traiga como consecuencia la creación de una serie de redes dispares incapaces de interoperar entre sí.

La actual regulación de las telecomunicaciones no ha conseguido crear las condiciones necesarias para una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones durante la transición del régimen de monopolio al de plena competencia. Nos encontramos con la gran dificultad que existen normas diferentes que regulan las distintas infraestructuras de comunicaciones y los servicios asociados. En el marco de la convergencia y dentro de un modelo de *neutralidad tecnológica*, en el que todos los servicios son prestados y transportados por las mismas redes, es decir, con independencia de que se trate de una red de Internet, de telefonía fija, celdas de telefonía móvil digital, plataformas de telecomunicaciones por satélite o simplemente por redes de cables de fibra, la existencia de normas jurídicas distintas que regulan por separado cada una de estas infraestructuras de red y servicios, conlleva a profundas incoherencias e inconsistencias. La convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información supone que todos los servicios y las redes de transmisión estén sometidos a un único marco regulador.

Este hecho en Europa, ha dado origen a un cambio total en la regulación comunitaria, que se evidenció en la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Esta nueva regulación se inicia en la Comisión Europea a través de una Comunicación 539/1999, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, se ha encaminado hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados, mejor conocida como Revisión de 1999 del sector de las Telecomunicaciones, proponiendo un nuevo marco regulador integral, el cual desde 1990, había sido establecido progresivamente para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. Posteriormente, el 10 de marzo de 1999, la Comisión presentó una Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sus consecuencias para la reglamentación – Resultados de la consulta pública sobre el Libro Verde.

En la comunicación "Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones, la Comisión pasaba revista al actual marco regulador de las telecomunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, modificada por la Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y se presentaba para consulta pública una serie de propuestas políticas relativas a un nuevo marco regulador de la infraestructura de las comunicaciones electrónicas y los servicios asociados.

También, en el Consejo Europeo de Lisboa de 23-24 de marzo de 2000 se subrayó las perspectivas de crecimiento, competitividad y creación de puestos de trabajo que ofrece el paso a una economía digital y basada en el conocimiento. En particular, insistió en la importancia de que las empresas y los ciudadanos de Europa puedan acceder a una infraestructura de comunicaciones de primera línea y poco costosa, así como a una amplia gama de servicios. Culminando con la antes mencionada Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Dicho marco regulador se compone de una Directiva Marco y de cuatro Directivas específicas: Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (en lo sucesivo denominadas las directivas específicas).

Por otra parte, el nuevo marco regulatorio en materia de radiodifusión, considera que es necesario separar la regulación de la transmisión de la regulación de los contenidos. Por consiguiente, este marco no cubre el contenido de los servicios prestados a través de las redes de comunicaciones electrónicas utilizando servicios de comunicaciones electrónicas, tales como los contenidos de radiodifusión, los servicios financieros y determinados servicios de la Sociedad de la Información y, por tanto, se entiende sin perjuicio de las medidas adoptadas a nivel comunitario o nacional en relación con dichos servicios, de conformidad con lo dispuesto en el Derecho comunitario, con el fin de promover la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación.

Los contenidos de los programas de televisión están cubiertos por la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. La separación entre la regulación de la transmisión y la regulación de los contenidos no es óbice para tener en cuenta los vínculos que existen entre ambas, en particular, con el fin de garantizar el pluralismo de los medios de comunicación, la diversidad cultural y la protección de los consumidores.

La política audiovisual y la normativa sobre contenidos tienen por objeto el logro de objetivos de interés general tales como la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural

y lingüística, la integración social, la protección de los consumidores y la protección de los menores. La Comunicación de la Comisión «Principios y directrices de la política comunitaria en el sector audiovisual en la era digital» y las conclusiones del Consejo del 6 de junio de 2000 en las que expresa su satisfacción por esta Comunicación, exponen las medidas básicas que deberá emprender la Comunidad para aplicar su política audiovisual.

Por otra parte, los servicios de la sociedad de la información entran en el ámbito de aplicación de la 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 (Directiva sobre el comercio electrónico).

La definición de «servicio de la sociedad de la información» que figura en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, abarca una amplia gama de actividades económicas que tienen lugar en línea; la mayoría de estas actividades no están cubiertas por la presente Directiva por no tratarse total o principalmente del transporte de señales en redes de comunicaciones electrónicas. La telefonía vocal y los servicios de correo electrónico están cubiertos por la mencionada Directiva. Una misma empresa, por ejemplo, un proveedor de servicios de Internet, puede ofrecer tanto un servicio de comunicaciones electrónicas, tal como el acceso a Internet, como servicios no cubiertos por la presente Directiva, tales como el suministro de contenidos en forma de páginas de Internet.

#### **2.3.8. La estandarización y la normalización para el caso de la TV digital según el nuevo marco regulador**

La estandarización, en principio, es la garante de la interoperabilidad y ha sido muy exitosa en Europa, para sus ciudadanos y su industria tecnológica, con experiencias claves como el desarrollo del GSM y DVB, controlada por diversos organismos como el CEN, CENELEC y la ETSI. Sin embargo, los éxitos de la estandarización se han registrado específicamente a nivel físico y de red, medios controlados por los operadores de telecomunicaciones, mientras que el éxito ha sido menor en la reglamentación de los agentes que controlan y explotan el contenido económico de la información. En lo referido a la estandarización de aplicaciones, el proceso es bastante difícil ya que es el nivel que soporta la interacción de los usuarios y define las funcionalidades del servicio, y actúa de frontera o pasarela hacia el usuario. Sin duda la multitud de agentes que explotan económicamente la información dificulta el acuerdo.

En Venezuela La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por atribuciones contenidas en el numeral 11° del artículo 37 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tiene la función de homologar y certificar equipos de telecomunicaciones con el fin de garantizar, en principio, la seguridad de los usuarios e interoperatividad de redes y equipos de telecomunicaciones.

Específicamente, 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, por esta razón, 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.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a través de los entes de certificación nacionales o extranjeros que haya reconocido a tales fines, a través de la Resolución N° 253, de fecha 27 de mayo de 2003, contentiva de la lista de entes u organismos extranjeros recomendados para la homologación y certificación de equipos de telecomunicaciones<sup>34</sup>, homologará y certificará los equipos y aparatos de telecomunicaciones fabricados o ensamblados en Venezuela. Asimismo, 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.

Adicionalmente, 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<sup>35</sup> 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. Además, 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.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones tiene en sus manos una gran responsabilidad en el futuro ya que las nuevas plataformas convergentes, y los operadores y desarrolladores de aplicaciones que las promueven, son los más dependientes de la estandarización de las interfaces de aplicaciones. Sin embargo, el principal obstáculo es que estos niveles de la cadena de valor son los que más dependen del software en su implementación, entorno en el que la estandarización

<sup>34</sup> Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.698, de fecha 27 de mayo de 2003.

<sup>35</sup> Providencia administrativa N° 291 Contentiva de la Lista de Marcas y Modelos de Equipos y Aparatos Homologados. Publicado en Gaceta Oficial No. 37.821 de fecha 19 de Noviembre de 2003.

de facto ha sido la práctica principal, con la ausencia de procesos formales o de regulación ex-ante aplicable, definitivamente una estandarización muy débil. Tampoco la industria europea del software tiene el poder suficiente para combatir con la poderosa industria americana que establece los sistemas operativos, formatos de contenido y lenguajes de programación interactiva. La solución podría estar en el apoyo político determinado y contundente a la convergencia.

La falta de interoperabilidad entre bloques tecnológicos constructivos de las soluciones convergentes se convierte en un tremendo cuello de botella que genera importantes incertidumbres a los agentes y que paraliza los procesos de despliegue y la oferta de nuevos servicios sobre estas plataformas. En este sentido, es fundamental una política proactiva y la observación de los movimientos que se produzcan, en esencial en la fase de estandarización, a fin garantizar que el estándar generado por la industria (redes, software y hardware) es compatible con una explotación plenamente competitiva de los diferentes elementos técnicos que lo constituyen. Un ejemplo de lo antes expuesto y de particular importancia para la convergencia, es la estandarización en Europa del Internet Móvil, que para su implantación plantea dos modelos de estandarización completamente opuestos, el modelo abierto y de éxito de Internet, o el modelo opuesto, de ofertas integradas de forma vertical utilizado por Japón, conocido como *i-mode* que ya hemos comentado en páginas anteriores.

Importante será decidir, en primer término, si es necesaria una política proactiva de los Gobiernos para que intervengan directamente en la fase de estandarización de las soluciones convergentes, a fin de garantizar la competitividad y eliminar las barreras para un rápido desarrollo de la Sociedad de la Información. En segundo lugar, definir si debe existir una intervención o impulso político en la determinación del modelo de negocio a utilizar. Un modelo abierto como el de Internet, o un modelo cerrado y propietario que evite la competencia y la innovación, pero que a la vez este modelo permita desarrollar y mantener el liderazgo en ciertas áreas como las telecomunicaciones y la TV digital.

La normalización debe seguir siendo un proceso impulsado fundamentalmente por el mercado, no obstante, pueden darse aún situaciones en que convenga exigir el cumplimiento de determinadas normas para garantizar la interoperabilidad en el mercado único. En Europa, a nivel nacional, los Estados miembros están sujetos a lo dispuesto en la Directiva 98/34/CE. La Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión la cual no impone un servicio o sistema de televisión digital específico. A través del Grupo de Expertos de Transmisión de video (*Digital Video Broadcasting Group*), los agentes del mercado europeo han desarrollado una familia de sistemas de transmisión de televisión que han sido normalizados por el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) y se han convertido en Recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

En Venezuela la implementación de los sistemas de TV digital aún no se ha desarrollado y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones está en una fase de

análisis y consulta pública sobre cual será la mejor plataforma a implementar en el país. Sin embargo, es conveniente que aclaremos algunas precisiones sobre los diferentes sistemas y su implicación en la regulación nacional.

En principio, debe fomentarse la interoperabilidad de los servicios de televisión digital interactiva y de los equipos avanzados de televisión digital, a nivel de los consumidores, para asegurar el libre flujo de información, el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad cultural. Es deseable que los consumidores tengan la posibilidad de recibir, independientemente del modo de transmisión, todos los servicios de televisión digital interactiva teniendo en cuenta la *neutralidad tecnológica*, los avances tecnológicos futuros, la necesidad de impulsar el establecimiento de la televisión digital, y la situación de la competencia en los mercados de servicios de televisión digital.

Los operadores de plataformas de televisión digital interactiva deben esforzarse por adoptar una interfaz de programas de aplicación<sup>36</sup> (API) abierta que se adecue a las normas o especificaciones adoptadas por un organismo internacional de normalización. La transición de las API existentes a nuevas API abiertas debe fomentarse y organizarse a través, por ejemplo, de memorandos de acuerdo entre todos los agentes del mercado en cuestión. Las API abiertas facilitan la interoperabilidad, es decir, la portabilidad de los contenidos interactivos entre mecanismos de suministro y la plena funcionalidad de estos contenidos en los equipos avanzados de televisión digital. No obstante, debe tenerse en cuenta la necesidad de no obstaculizar el funcionamiento de los equipos receptores y de protegerlos de ataques malintencionados como, por ejemplo, virus.

### 2.3.9. Elementos de soporte a la operación y al negocio

Una oportunidad muy destacada que ofrece la Convergencia Tecnológica en los elementos de soporte a la operación<sup>37</sup> y al negocio<sup>38</sup> es su desagregación de los elementos básicos de las tecnologías e infraestructuras digitales. Así, existiría la posibilidad de que estos elementos fueran prestados de manera independiente por agentes especializados. Para llevar este planteamiento a la práctica sería necesario, además de un marco regulador clarificador, la estandarización e interoperabilidad para facilitar la interconexión con normas de acuerdo a las mejores prácticas.

Claros ejemplos de estos problemas son los ya comentados en el caso del acceso directo e indirecto al bucle de abonado, así como la problemática que

<sup>36</sup> Interfaz de programa de aplicación (API): la interfaz de software entre las aplicaciones externas, puesta a disposición por los organismos de radiodifusión o prestadores de servicios, y los recursos del equipo avanzado de televisión digital para los servicios de radio y televisión digital.

<sup>37</sup> Elementos de soporte a la operación: conmutación, encaminamiento, señalización, difusión de audio y video, gestión de red, plataforma de servicios interactivos y comercio electrónico, otros.

<sup>38</sup> Elementos de soporte al negocio: gestión digital de derechos, acceso condicional, billing, sistemas de autenticación, plataformas de seguridad, atención y gestión de usuarios.

presentan los operadores móviles virtuales, los cuales, pese a tímidas iniciativas privadas no terminan de aparecer en el mercado. Junto a la evolución del mercado de las comunicaciones móviles, y en relación directa con ella, ha despertado un notable interés la posibilidad de que existan operadores distintos a los que explotan las redes de acceso radioeléctrico empleadas en este tipo de servicios, que haciendo uso de sus mismas redes de acceso, ofrezcan en competencia servicios similares a los operadores móviles ya establecidos.

Un ejemplo de ellos ocurrió en España cuando en fecha 14 de marzo de 2002, fue publicada la Orden CTE/601/2002, en la que se incorpora al ordenamiento legal la figura de los “Operadores Móviles Virtuales” (OMV), los cuales poseen características y posibilidades análogas a los operadores móviles convencionales, a excepción del control y la explotación de la citada red de acceso radioeléctrico, pues tienen capacidad de control y configuración del terminal del usuario mediante la emisión de sus propios módulos de identidad de abonado, o funcionalidad equivalente en los sistemas 3G, así como para operar los registros de control de los usuarios y los elementos de conmutación y transmisión que constituyen la parte troncal de las redes móviles.

Con la utilización compartida de las redes de acceso ya establecidas se optimizarán, por su mayor aprovechamiento, las inversiones y el esfuerzo técnico, realizados para su despliegue, al tiempo que se conjugará la necesaria fijación de un límite en el número de operadores autorizados, requerida para garantizar un uso eficaz del espectro radioeléctrico, con la disponibilidad de una oferta variada en los servicios prestados sobre ellas. Es por todo lo anterior, que la aparición en los mercados de los OMV’s se constituye en una vía para alcanzar, en los servicios de telefonía móvil, un nivel de competencia análogo al que se está desarrollando en telefonía fija, redundando en la introducción de nuevos y mejores servicios, en definitiva un mejor servicio para el usuario final.

Sin embargo, para un definitivo establecimiento de este tipo de operadores es necesario una regulación específica en la que se establezca claramente un conjunto equilibrado los derechos y obligaciones asociados a este tipo de operadores que, por una parte, puedan obtener los recursos del espectro necesarios para la prestación de sus servicios, y por otro lado, que constituyan un marco de competencia leal con los operadores móviles convencionales en la provisión de los servicios. Estas regulaciones deben seguir el principio de reducir la intervención administrativa al mínimo necesario para introducir nuevos modelos de competencia bajo la regla de permitir y no obligar, por lo que se basa en la promoción o impulso político a la celebración de acuerdos voluntarios entre los operadores de redes móviles, sin suponer una desincentivación a la inversión de los ya establecidos, sino que, por el contrario, la promueva y genere valor para el mercado.

#### **2.3.10. La convergencia a través de las plataformas de TV digital**

Hemos presenciado un gran éxito en cuanto a la interconexión e interoperabilidad de las redes telefónicas, las redes IP, las subredes en Internet,

o las redes de comunicaciones móviles GSM. Sin embargo, este éxito no se ha producido, como ya hemos visto, en la desagregación del bucle de abonado ni en las redes móviles a cargo de operadores virtuales sin red (MVO). Por último, también existen profundos obstáculos en las plataformas de TV digital o sistemas de acceso condicional, los cuales podrían ser considerados como servicios con un alto potencial para la convergencia y como un elemento integrador en la Sociedad de la Información, el cual con su gran sencillez, aceptación y disponibilidad en el usuario final, podría ser capaz de eliminar barreras sociales y geográficas. Parece bastante lógico considerar, que una oferta de servicios convergentes a través de un sistema de TV digital interactivo, que mezcla tanto la sencillez del terminal, con aplicaciones y contenidos de interés para el público en general o usuarios residenciales, puede resultar una vía alternativa hacia un desarrollo de la Sociedad de la Información.

Las nuevas regulaciones establecidas por la Unión Europea (Directiva Marco 2002/21/CE de 7 de marzo de 2002) señalan en torno a la TV digital lo siguiente:

1. Para fomentar el libre flujo de información, el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad cultural, los Estados miembros alentarán, de conformidad con las disposiciones del apartado 2 del artículo 17:

- a) a los proveedores de servicios de televisión digital interactiva para la distribución al público en la Comunidad a través de plataformas de televisión digital interactiva, independientemente del modo de transmisión, a que utilicen una API abierta;
- b) a los proveedores de todos los equipos avanzados de televisión digital para la recepción de servicios de televisión digital interactiva a través de plataformas de televisión digital interactiva, a que se ajusten a una API abierta de conformidad con los requisitos mínimos de las normas o especificaciones pertinentes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), los Estados miembros alentarán a los propietarios de API a facilitar de manera leal, adecuada y no discriminatoria y a cambio de una remuneración apropiada, toda la información que permita a los proveedores de servicios de televisión digital interactiva ofrecer todos estos servicios soportados por la API de una manera plenamente funcional.

3. Sin embargo, la Comisión se reserva el derecho de examinar las repercusiones del artículo antes comentado en el plazo de un año a partir de la fecha mencionada en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 28. En caso de que no se haya logrado de manera apropiada en algún Estado miembro la interoperabilidad y la libertad de elección de los usuarios, la Comisión podrá adoptar medidas de conformidad con el procedimiento previsto en los apartados 3 y 4 del artículo 17.

La dificultad primera para la TV digital terrestre no es la falta de regulación, sino el que pueda competir en mejores condiciones con otras plataformas audiovisuales, es que podría requerir de una asignación mayor de espectro que aumente el número de canales y mejore la diversidad de servicios. De hecho la

aparición de servicios multimedia con capacidad de interactividad con el usuario provoca la necesidad de usar nuevas bandas de frecuencia y un espectro radioeléctrico de mayor amplitud (banda ancha). Otro de los aspectos que la TV digital requiere para convertirse en una alternativa atractiva hacia la Sociedad de la Información, es conseguir un alto grado de interactividad a través de un canal de retorno conectado a su proveedor de servicios. En la TV digital terrestre la interactividad se obtiene con un canal de retorno que puede ser vía radio, por par de cobre o cable coaxial, siendo particularmente aplicable su integración con las plataformas o sistemas de alta capacidad (xDSL, UMTS, xMDS), sumando los obstáculos que presentan actualmente estas tecnologías y que ya hemos descrito de forma parcial.

Otra dificultad, reside en adaptar las aplicaciones atractivas para el usuario al interfaz del televisor, que tiene, en general, peores características en cuanto a resolución y capacidad de presentación de la información que un ordenador personal. Especial referencia cabe destacar acerca de la iniciativa “*Multimedia Home Platform*” (MHP), que consiste en el desarrollo de una interfaz universal de programación de aplicaciones orientada a su ejecución en el *set-top-box* de la TV, que permitirá la posibilidad de desarrollar aplicaciones destinadas a la TV, aplicaciones de Internet integradas en la TV, o aplicaciones de *T-commerce* u otras de forma independiente al sistema operativo del *set-top-box*. De esta manera, dicha aplicación resultaría accesible desde cualquier plataforma de TV, pero con el inconveniente de que la migración de los *set-top-box* existentes al nuevo sistema MHP, representan un costo demasiado alto para los operadores y podría constituirse en un retraso o impedimento al despegue definitivo de esta iniciativa (MHP).

La introducción de la TV digital en Venezuela, debe venir de la mano de las ofertas de TV digital de pago al igual que en el resto de los países. Sin embargo, la TV digital debe venir acompañada del suministro y disponibilidad de un parque de equipos compatibles entre los diferentes operadores y que estén desvinculados de uno u otro operador. Debe existir un mercado de venta directa de descodificadores a los abonados que les permita acceder al entorno digital sin quedar desde un inicio vinculado a una plataforma de TV de pago.

Actualmente coexisten varios sistemas de acceso condicional<sup>39</sup>, pero específicamente en Europa, los organismos técnicos competentes han recomendado dos estándares diferentes que facilitan la interconexión de los proveedores de contenidos y servicios con los operadores gestores del acceso condicional. Además, la Directiva 95/47 exige que el acceso sea en condiciones no discriminatorias. Los estándares recomendados fueron:

<sup>39</sup> El *Acceso Condicional* es la tecnología básica para el negocio de un operador de servicios basados en la difusión audiovisual de pago, dado que es el mecanismo clave de su modelo de negocio con que cuentan para poder ofrecer, en exclusiva y de forma cerrada a sus clientes, los programas que le proporcionan los ingresos necesarios para hacer frente a los gastos en los derechos sobre contenidos que adquieren para hacer atractiva su oferta. En definitiva, es el proceso de identificación y autorización individual para presentar al usuario una oferta audiovisual específica por la que paga.

1. Por un lado, el *Simulcrypt*: que está basado en la interconexión de las cabeceras de transmisión de distintos operadores de acceso condicional y requiere acuerdos técnicos y comerciales entre ellos.

2. Por otro lado, el *Interfaz Común*, que está basado en la conexión de módulos de acceso condicional con un interfaz estándar sobre el mismo descodificador. No requiere en general acuerdos comerciales, ni acuerdos técnicos, salvo que el descodificador este controlado y tenga alguna limitación al acceso.

Todos los aspectos tecnológicos antes descritos, se muestran como elementos que dificultan la transición de la TV analógica a la digital. Si además, sumamos los componentes de negocio, relacionados con la adaptación de los actuales operadores de difusión de TV al nuevo sistema y con la identificación de los nuevos modelos de negocio, la transición en Venezuela se ve muy lejana. Esta situación exige que todos los hogares dispongan de un equipo descodificador para la recepción, al menos, de la TV digital en abierto, con independencia de la cobertura radioeléctrica alcanzada en dicho momento.

Independientemente de los procesos que han llevado a esta situación y de los intentos por unificar las plataformas existentes a día de hoy, lo cierto es que sus diferencias son en gran medida el resultado de diferentes estrategias de negocio, lo que pone de manifiesto nuevamente el desaprovechamiento de las posibilidades tecnológicas de la convergencia.

### **3. Consideraciones finales**

Como conclusión debemos resaltar, ante todo los beneficios de la convergencia tecnológica en cuanto a la posibilidad de difusión masiva de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo que trae como consecuencia un enorme potencial económico pues producirá una mayor facilidad de acceso en el acceso, uso y consumo de información, lo que incrementará el crecimiento del mercado y los ingresos por usuario, extendiéndose este efecto al sector de creación de contenidos, aplicaciones, servicios e infraestructuras. Desde la perspectiva de los agentes presentes en el hipersector, es indudable que la oferta multiservicios redundará en un mayor beneficio económico, y por extensión, en una más pronta recuperación de la inversión, obteniendo un mayor nivel de ingresos, se creará un ambiente más atractivo para que los inversores contribuyan a ejecutar sus planes de negocio.

Por otro lado, la convergencia constituye una oportunidad para mejorar la educación y la cultura de los ciudadanos, colaborando de forma directa con su difusión y con la promoción de la diversidad lingüística y cultural, además, que crea nuevos modelos de negocio y nuevas formas de expresión. Sin embargo, debemos centrarnos un poco, a corto plazo, por las urgentes acciones que se requieren aplicar en cuanto al retraso en el uso de Internet en la población, y al mismo tiempo ir estudiando y regulando el fenómeno de la convergencia, aspecto de trascendental importancia, ya que el mismo no es un fenómeno aislado de la

difusión de Internet sino que en todo caso son elementos complementarios de un todo. La conclusión que debemos sacar de este punto es que la Administración reguladora debe hacer un mayor esfuerzo para crear unas condiciones más favorables que permitan alcanzar niveles más altos de difusión de Internet, pero tomando en cuenta siempre el desarrollo de la convergencia.

Debemos entender que los elementos de desarrollo de la convergencia no pueden ser puestos en marcha hasta tanto que no exista una perfecta y armónica estandarización de infraestructuras y una plena interconexión e interoperabilidad. Precisamente, estos son los dos principales obstáculos a la convergencia, por una parte la falta de interoperabilidad derivada de una estandarización débil en los bloques de negocio sobre los cuales depende la oferta final al usuario, a saber: aplicaciones, terminales y elementos de soporte del negocio; por otra parte, la ausencia de regulaciones claras sobre la interconexión y acceso a los servicios anteriores, inspirada en una política de mínima intervención sobre el mercado.

En cuanto al aspecto del desarrollo de redes de proximidad como vía incidental de desarrollo de la convergencia no podemos olvidar que se requiere de forma urgente e indispensable, una regulación que homogenice estas infraestructuras e impulse su implantación. En torno a las demás redes, debemos tener claros que nos encontramos en presencia de un entorno de neutralidad, el proceso evolutivo que se está desarrollando actualmente debería conducir hacia una segmentación del mercado, en el que cada tecnología de acceso atiende a un tipo determinado de usuario.

En cuanto a los problemas de despliegue de redes de acceso, es necesario conseguir un equilibrio entre el incentivar las inversiones de los operadores históricos para que inviertan en desarrollar las tecnologías de par de cobre, modernizando las infraestructuras de cobre y desarrollando mercados de servicios convergentes. En segundo lugar, lograr que la desagregación del bucle o última milla se consolide como una forma de introducir competencia al presionar al operador propietario del par de cobre, que como lo hemos visto, en la práctica se ha demostrado la gran dificultad de esta aproximación dada la difícil tarea de establecer el costo y la forma de compartir el acceso. Por último, pero no menos importante, debemos incentivar las inversiones en nuevas redes, como las de cable capaces de brindar servicios integrados.

Si hablamos de las otras alternativas de desarrollo de la convergencia, el mercado de la TV digital, por ejemplo, ya no podemos quedarnos con la idea de considerar que se trata de un mercado incipiente, sino que estamos asistiendo a una segunda fase del modelo de negocio caracterizado básicamente por dos cuestiones generales: a) Nuevos servicios que van más allá del concepto de TV que requieren de nuevas tecnologías lo que lleva a los operadores a incorporar al mercado nuevos equipos terminales mucho más avanzados y con nuevos componentes hasta ahora no incorporados o de escaso uso, excediendo el ámbito de los sistemas de acceso condicional; b) Nuevos prestadores de servicios de TV digital que representan un incremento de la oferta de servicios y que deben igualmente respetar el marco legal vigente sobre liberalización del mercado de las telecomunicaciones y las disposiciones sobre competencia. La introducción

de la TV digital sobre la base exclusiva de modelos de negocios basados en la integración vertical, tiene efectos limitativos en la creciente tendencia al desarrollo de un entorno en efectiva competencia horizontal, esto es, unas condiciones de mercado que habiliten el juego de la competencia entre operadores dando la opción efectiva de abonarse a más de una plataforma o algún servicio de la misma, o acceder a las ofertas emitidas en abierto, sin tener que incurrir en los costos de enganche y alquiler de un nuevo equipo descodificador.

En el caso del análisis del Internet Móvil como herramienta de desarrollo de la convergencia, debemos encontrar la forma de crear y gestionar, por medio de alguno de estos dos modelos de negocio existentes o de un híbrido entre ellos, cuestiones tales como un nuevo espacio de direcciones IP para Internet Móvil, modificar los sistemas de nombre de dominio, y todos los procedimientos para el establecimiento de protocolos. Además, podría ser necesaria la interconexión entre operadores a nivel de interred y aplicaciones, incluyendo todas las formas de acceso a este nuevo Internet Móvil.

Por otra parte, es indispensable el impulso regulatorio necesario para el acceso e interconexión a las redes de transporte, en especial el relativo a funcionalidades estrechamente vinculadas al acceso de banda ancha, debe favorecer la innovación, el despliegue de nuevas soluciones de redes y la disponibilidad y capacidad de estas redes de transporte. No obstante, el camino hacia el futuro de las redes de transporte está siendo visto de diversas maneras y empiezan a surgir desacuerdos entre los diferentes agentes intervinientes. Como ya afirmamos, la interoperabilidad y la estandarización son elementos que están íntimamente unidos, siendo necesaria una política proactiva de los Gobiernos para que intervengan directamente en la fase de estandarización de las soluciones convergentes, a fin de garantizar la competitividad y eliminar las barreras para un rápido desarrollo de la Sociedad de la Información. En segundo lugar, definir si debe existir una intervención o impulso político en la determinación del modelo de negocio a utilizar. Un modelo abierto como el de Internet, o un modelo cerrado y propietario que evite la competencia y la innovación, pero que a la vez este permita desarrollar y mantener el liderazgo en ciertas áreas como las telecomunicaciones y la TV digital.

Cuando se lanzó la iniciativa de la Convergencia en la UE, se consideró que era una acción para que Europa se conectara rápidamente en línea. Globalmente, ha sido un éxito y ha contribuido a que muchas personas y la mayoría de las empresas estén hoy conectadas. La evaluación comparativa ha puesto de manifiesto nuevos problemas relacionados con su uso: las conexiones son demasiado lentas y la banda ancha es necesaria para fomentar nuevos servicios y contribuir a acelerar el crecimiento del comercio electrónico. Las escuelas están conectadas pero Internet todavía no forma parte del proceso educativo. La administración electrónica tiene mucho camino por recorrer hasta hacer posible la totalidad de las transacciones electrónicas. Estos resultados indican que la UE debe continuar después de 2003 y centrarse en el uso y la disponibilidad eficaces de Internet.

En cuanto a la regulación de contenidos en el ámbito de la convergencia de servicios, nos encontramos con una serie de políticas tendentes a:

- a) Efectuar estudios complementarios sobre las repercusiones de la televisión digital en la Sociedad de la Información, el empleo y el crecimiento económico en Europa;
- b) Establecer y promover medidas que refuercen la competitividad de la industria europea de contenidos en la era digital, fomentando al mismo tiempo la sinergia entre los instrumentos comunitarios pertinentes;
- c) Apoyar iniciativas para combatir la marginación sociocultural en este contexto;
- d) Promover iniciativas destinadas a fomentar la cooperación y el intercambio de información a nivel europeo sobre el paso de la televisión analógica a la digital;
- e) Supervisar cuidadosamente la cuestión del acceso a los contenidos, incluida la implantación de guías electrónicas de programas;
- f) Emprender un análisis más profundo y facilitar mayor información sobre el modo de fomentar la diversidad cultural en el nuevo entorno digital dentro de la población.
- g) Fomentar la autorregulación del sector y los mecanismos de supervisión de los contenidos como por ejemplo los relativos a la pornografía infantil o aquellos que inciten al odio por motivos de raza, sexo, religión, nacionalidad u origen étnico.
- h) Alentar al sector a ofrecer medios de filtro y sistemas de clasificación que permitan a padres y profesores seleccionar los contenidos apropiados para la educación de los menores a su cargo, y a los adultos decidir a qué contenidos lícitos desean tener acceso.
- i) Mejorar entre los usuarios el conocimiento de los servicios ofrecidos por el sector, especialmente entre padres, educadores y menores, para que puedan entender y aprovechar mejor las oportunidades que ofrece Internet.

La convergencia es en el punto de aparición y desarrollo espectacular de nuevos servicios, donde se debe plantear una nueva perspectiva de intervención jurídica, que resulte adecuada para la protección de los derechos legítimos de las distintas partes intervinientes en este mercado, como son los proveedores de servicios, de contenidos, los operadores de telecomunicaciones y los usuarios tanto empresariales como residenciales, individuales como colectivos. Y es en este punto donde el Gobierno debe vigilar con sumo cuidado la posible creación de una brecha tecnológica que pueda crear grupos de individuos o personas desfavorecidas socialmente, las cuales seguirán estando rezagadas en cuanto a la formación informática y el acceso a los ordenadores. Por ello, fomentar la e-integración debe seguir siendo una prioridad de la acción del Gobierno. Las posibilidades de acceso a los sistemas de información y comunicaciones para las personas discapacitadas deberá ser una de las preocupaciones concretas en la regulación.

## **CONFERENCIAS**

---

III Congreso Binacional de Estudiantes de Derecho  
San Cristóbal, abril 2004



# El nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones en Venezuela

José Araujo - Juárez\*

---

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamento constitucional de la regulación. 3. Rango orgánico de la regulación. 4. Objetivos principales de la regulación. 4.1. La calificación jurídica del sector. 4.2. El estatuto de operadores y usuarios. 4.3. La dominialidad del espectro radioeléctrico. 4.4. La convergencia de telecomunicaciones. 4.5 El ente regulador. 4.6. La participación ciudadana 5. Regímenes especiales de la regulación. 5.1. El objeto de la regulación. 5.2. El ámbito de la regulación. 5.3. Los títulos administrativos habilitantes. 5.4. El marco institucional. 5.5. Los recursos limitados. 5.6. La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones. 6. Regulación tributaria. 6.1. El impuesto especial. 6.2. Las tasas y contribuciones especiales. 7. Régimen sancionatorio. 7.1. Las infracciones y sanciones administrativas. 7.2. Los delitos, faltas y sanciones penales. 8. Régimen transitorio. 8.1. La transformación de los títulos. 8.2. El régimen especial para los operadores de telecomunicaciones. 8.3. La apertura de los servicios de telefonía básica. 8.4. La regulación tarifaria. 8.5. La regulación tributaria. 8.6. El régimen de selección de operador. 8.7. El régimen de señalización S7. 9. Consideraciones finales. 10. Anexo: marco regulatorio

## Resumen

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones vigente introduce un nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones. Las razones del cambio han sido jurídicas, ideológicas y sobre todo económicas. La profundidad de esta reforma radica en la apertura del sector a la iniciativa económica privada y a la libertad de competencia. El artículo nos a va a permitir valorar la evolución de la regulación del sector, identificando los objetivos principales del nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones en sus aspectos básicos, como son la eliminación de la titularidad o reserva, el régimen jurídico de las telecomunicaciones como actividad de interés general y, por ende, actividad regulada, que justifica una potestad regulatoria por parte del Estado, mediante las técnicas

---

Recibido: 25/04/2004 • Aceptado: 15/05/2004

\* Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo y Derecho de las Telecomunicaciones. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo.

*Revista Derecho y Tecnología* N° 4/2004

ISSN: 1317-9306

65-91

tradicionales como las novedosas de intervención pública en la ordenación de la actividad de telecomunicaciones en un contexto de liberalización.

**Palabras clave:** Telecomunicaciones. Regulación. Liberalización. Actividad de interés general. Derecho a la comunicación.

### **Abstract**

The current “Telecommunications Organic Law”(1) introduces a new “regulatory model” of the telecommunication market. The reason for the changes have been of legal, ideological and mainly economic nature. The depth of the reforms consists in the opening of the sector to private initiative and free competition. This article will allow us to assess the evolution of regulation in the sector, identifying the main goals of this new “regulatory model” of the telecommunications market in its basic considerations, like elimination of the ownership or reservation, the legal establishment of the telecommunication market as an activity of public interest and; therefore, regulated activity, which justifies a regulatory jurisdiction by the State using traditional practices as well as newer ones such as public intervention in the regulation of the telecommunication activity in a liberalization framework.

**Keywords:** Telecommunication. Regulation. Liberalization. Activity of general interest. Right of communication.

(1) Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

## **1. Introducción**

Los cambios profundos que está experimentando la sociedad en general en los últimos años y a una velocidad vertiginosa, hasta ahora no conocida, suponen una importante transformación de la misma y sientan las bases de lo que será el presente milenio.

Las nuevas tecnologías de la industria, la informática y las telecomunicaciones, unidas a los cambios sociales y políticos que se reflejan de modo particular en el nuevo modelo de ordenación económica, así como la apertura de los países y la globalización de los mercados, son fenómenos que determinan nuestra sociedad actual, de los que somos conscientes, pero cuyas consecuencias últimas son difíciles a calibrar.

La circunstancia de que Venezuela haya sido protagonista de importantes cambios en el mundo de las telecomunicaciones, planteó la necesidad de que la legislación que regía dicho sector desde el año 1940, demandara una impostergable renovación, puesto que el contenido de la misma se tornó anacrónico. Así las cosas, el Estado a través de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), a partir de 1991 se impuso el objetivo de que se dictara una nueva regulación de las telecomunicaciones, que fue

finalmente sancionada por la Asamblea Legislativa Nacional con la denominación de Ley Orgánica de Telecomunicaciones (en lo adelante LOTEL), el 1 de junio de 2000 y promulgada el 12 de junio de 2000 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36970, de fecha 12 de junio de 2000), la cual introduce un nuevo “modelo de regulación” de las telecomunicaciones. Las razones del cambio han sido jurídicas, ideológicas y sobre todo económicas. La profundidad de esta reforma radica en la apertura del sector a la concurrencia de la empresa privada y a la libertad de competencia. Inspirada en la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998, la LOTEL participa así de la tendencia mundial hacia la *liberalización* de los servicios públicos tradicionales.

Esta es una exposición sobre “regulación” de las telecomunicaciones -en cuanto instrumento de ordenación económica- término que, por definición, reviste un carácter jurídico, pero que habitualmente se califica, en el mundo anglosajón (donde tiene su origen esta expresión) como regulación “económica”.

## **2. Fundamento constitucional de la regulación**

De acuerdo con el artículo 156, numeral 28 de la Constitución vigente, corresponde al Poder Público Nacional, “*el régimen del servicio del correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético*”, esto es, se le ha adjudicado sobre la materia de las telecomunicaciones, la *reserva legal* material; por consiguiente, todo lo que tiene que ver con la regulación de las telecomunicaciones le compete única y exclusivamente, dentro de la división vertical (descentralización territorial) del Poder Público en Venezuela, al Poder Público Nacional.

De lo anterior deriva que la competencia del Poder Público Nacional es plena sobre la materia de telecomunicaciones y del espectro electromagnético, y comprende todas las funciones (competencia en sentido horizontal), es decir, la función legislativa, la función ejecutiva, incluida lógicamente la función jurídica de *regulación*.

## **3. Rango orgánico de la regulación**

La principal *fuerza jurídica* de regulación de las telecomunicaciones es la LOTEL, a quien la Comisión Legislativa Nacional decidió calificar de *orgánica* y, en consecuencia, por mandato expreso del artículo 203 C fue remitida en fecha 5 de junio de 2000 a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto se requiere su pronunciamiento para que tal calificación sea jurídicamente válida.

El carácter orgánico que le fue atribuido por la Comisión Legislativa Nacional fue ratificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 12 de junio de 2000 (Exp. No. 00-1.799, sentencia 537)., con fundamento en tres (3) de los motivos que consagra el mencionado artículo 203 C, de carácter material los dos (2) primeros y técnico-formal el último, así: *primero*, se trata de una ley que prescribe la organización o estructuración de

órganos del Poder Público Nacional; *segundo*, desarrolla parcialmente los derechos constitucionales a la comunicación y de acceso a la información; y, *tercero*, contiene una prescripción general sobre la materia que regula, mediante principios normativos válidos para las otras leyes que se sancionen en materia de telecomunicaciones (*principio de preeminencia*).

#### **4. Objetivos principales de la regulación**

La regulación del sector de las telecomunicaciones es un área nueva del Derecho público que junto a otros sectores está siendo objeto de una transformación profunda. Así, es conveniente saber de dónde venimos y a dónde vamos, lo que nos va a permitir valorar la evolución de la regulación del sector, identificando los *objetivos principales* del nuevo “*modelo de regulación*” de las telecomunicaciones en sus aspectos básicos, que son los siguientes:

##### **4.1. La calificación jurídica del sector**

###### **1. El acto de “despublicatio” (o despublicación)**

El régimen anterior a la entrada en vigencia de la LOTEL estuvo caracterizado por la asunción de la titularidad o reserva de la actividad de telecomunicaciones por el Estado, mediante la declaración formal de *servicio público* en sentido técnico. Tal calificación implicaba la asunción de competencias por parte de la Administración Pública bajo reglas, criterios y principios propios del Derecho Administrativo. Por su parte, el nuevo “*modelo de regulación*” elimina la titularidad pública o reserva del Estado, a través de la técnica de la “*despublicatio*” o despublicación, esto es, la derogación del modelo de regulación de servicio público declarado por la legislación anterior, mediante un acto jurídico-público de contrario imperio y que produce la transformación del concepto y del *régimen jurídico* del servicio público a que antes hemos hecho referencia, lo cual viene a revolucionar las bases jurídicas rectoras del sector, planteando nuevos principios y contenidos normativos, donde el Derecho privado predomina en la base jurídica del nuevo sistema, y el Derecho público es una regla de excepción..

Se trata, pues, de una suerte de *privatización material* de la actividad de telecomunicaciones dentro de las diversas modalidades del fenómeno de privatización a que alude la doctrina, y que tiene como consecuencia el traslado de la titularidad jurídica a los particulares, salvo por lo que respecta a los servicios de telecomunicaciones para la *seguridad y defensa nacional* que quedan reservados al Estado, previa calificación del Presidente de la República en Consejo de Ministros, oída la opinión del Consejo de Defensa de la Nación (artículo 8, LOTEL).

Se pasa así del concepto tradicional de servicio público en sentido técnico, caracterizado por prerrogativas especiales de la Administración Pública, concesiones discrecionales, derechos de exclusividad, regulación detallada en

casi todos los aspectos técnicos, financieros, comerciales y demás aspectos de la actividad, a un modelo de "regulación orientado al mercado", también llamado "modelo de competencia regulada", presidido por la libertad de empresa, bajo régimen de habilitación administrativa (la técnica *autorizatoria*).

## 2. La "actividad de interés general"

Dentro de las distintas modalidades básicas de configuración jurídica de los sectores económicos, la nueva regulación opta por el modelo de la *actividad regulada* y disciplinada al calificar a las telecomunicaciones como "actividad de interés general". En tal sentido, es de señalar que la relevancia de tal cuestión es muy importante, pues es sabido que la calificación de una actividad determina el *régimen jurídico real* al que estarán sometidos tanto los agentes que operan en el sector como el propio Estado, y a los condicionamientos constitucionales: la actuación administrativa necesita un título válido de intervención.

Sin embargo, la calificación jurídica de las telecomunicaciones como actividad de interés general, no excluye las medidas públicas de intervención en garantía de la satisfacción de las necesidades del "interés general" que encierran, mediante la novedosa técnica regulatoria de las *obligaciones o cargas de "servicio público"*, entre otras, el "servicio universal" (*regulación social*), cuya asignación será sometida, en cada caso, a procesos de selección abiertos en el que podrán participar voluntariamente los operadores interesados (artículo 52, LOTEL).

Con el concepto de servicio universal se quiere significar, la garantía de suministro de un conjunto definido de prestaciones de telecomunicaciones que se consideran básicas o esenciales para la vida individual y social, con independencia de la localización geográfica, es decir, prestaciones permanentes en todo el territorio nacional.

En mérito a lo anterior, se prevé un "Fondo de Servicio Universal" para el financiamiento de las prestaciones definidas por el Derecho positivo dentro del concepto de servicio universal (artículo 54, LOTEL), si bien dicha calificación es desde luego contingente y variable, ya que depende de una valoración sociopolítica en cada momento histórico.

## 3. La libertad de competencia

La competencia, como principio rector de la economía mixta o social de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra Constitución (artículos 112, 113 y 299) y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa.

En tal sentido, la LOTEL introduce la *libertad de competencia* entre los operadores de telecomunicaciones, por lo que se establecen una serie de reglas que favorecen la igualdad de condiciones entre ellos (obligación de interconexión, derechos de vía, etc.), para que no existan conductas que puedan

falsear la competencia y, a su vez, que la lucha por la competencia no conduzca a comportamientos desleales.

Finalmente, se instrumenta una acentuada potestad regulatoria de la actividad de telecomunicaciones por parte del Estado (*regulación económica*), mediante técnicas de intervención más o menos intensas empleadas por el Derecho positivo, en cuyo marco se produce la libre competencia. Es evidente que la declaratoria de "*interés general*" no supone un cheque en blanco para el Estado, por lo que se supone que habrán de respetarse tanto los requisitos formales necesarios para la concreción de lo que supone el interés general, y de los límites materiales que protegen el "contenido esencial" de los derechos fundamentales a que hemos hecho anteriormente referencia.

#### **4.2. El estatuto de operadores y usuarios**

Se crea un *estatuto* de operadores y usuarios, con lo cual se establecen derechos y obligaciones recíprocos. En particular, los derechos constitucionales y demás derechos subjetivos de los usuarios quedan especialmente protegidos.

La *relación jurídica* entre el operador y el usuario de telecomunicaciones es de carácter contractual y, por consiguiente, el instrumento del cual emana es un contrato de naturaleza indiscutiblemente privado. Sin embargo, es un contrato privado regulado por la Administración Pública, pues en la contratación de los servicios de telecomunicaciones se han de utilizar los modelos de contratos previamente autorizados por CONATEL (artículo 12, numeral 8, LOTEL).

#### **4.3. La dominialidad del espectro radioeléctrico**

El espectro radioeléctrico es declarado "*bien del dominio público*", en razón de lo cual su uso y explotación se sujeta a concesión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o del Ministerio de Infraestructura, según sea el caso (la técnica de la *dominialidad pública*). Sin perjuicio de algunos supuestos de adjudicación directa, el otorgamiento de las concesiones sobre el dominio público radioeléctrico se rige en general por un procedimiento de subasta pública, transparente y no discriminatorio.

En este orden de ideas, se ha de mencionar la figura de la "*migración*", esto es, la potestad pública mediante la cual se decide el desplazamiento, salida o migración de un operador de telecomunicaciones de la porción del espectro radioeléctrico previamente otorgada en concesión de uso y explotación, en los casos y condiciones contemplados de manera expresa en el artículo 74, LOTEL.

#### **4.4. La convergencia de telecomunicaciones**

Se promueve la *convergencia* tecnológica y de servicios de telecomunicaciones, siempre que con ello no se desmejore el acceso a los servicios y su calidad (artículo 24, LOTEL).

En este sentido, el rol que desempeñará CONATEL en el marco de la convergencia está fundamentalmente enfocado hacia el logro de dos objetivos: por una parte, definir el escenario en que se desarrollarán los nuevos mercados, así como el marco de la regulación que regirán tal desarrollo; y por la otra, promover el desarrollo de nuevos productos y de los mercados mismos.

#### **4.5. El ente regulador**

El nuevo modelo, paralelamente a las estructuras y órganos administrativos tradicionales, exige una especial autoridad con una competencia y autonomía suficiente e independencia de aquellos, capacitado para ejercer el poder regulatorio. En los países donde ha florecido esta categoría organizativa, se les conoce como agencias, comisiones, superintendencias o simplemente administraciones independientes.

En tal sentido, la LOTEL fortalece la *autoridad del ente regulador* de las telecomunicaciones, mediante la conversión del anterior CONATEL que ostentaba el carácter de “*servicio autónomo sin personalidad jurídica*”, en un ente descentralizado funcionalmente, específicamente, un Instituto Autónomo, dotado de personalidad jurídica, independencia económica y amplias potestades: regulatoria, normativa, ejecutiva, contralora, arbitral, cautelar, sancionatoria y tributaria, todo ello para lograr la eficiencia y la eficacia del proceso regulatorio.

Por lo que respecta a la *independencia* orgánica y funcional, la LOTEL consagra disposiciones que atentan contra la autonomía que debe ostentar CONATEL en el ejercicio de funciones que son eminentemente técnicas, entre otras, la falta de estabilidad administrativa de los miembros del Consejo Directivo quienes son de libre remoción (artículo 40, LOTEL), lo cual comporta la posibilidad de que se produzca el denominado “*riesgo de captura*”.

#### **4.6. La participación ciudadana**

Con ocasión del ejercicio de sus competencias normativas, se obliga al ente regulador a recurrir a procedimientos de *consulta pública*, que tienen por finalidad asegurar la oportuna información de los interesados y la posibilidad de que aporten sugerencias o recomendaciones dentro de los mismos (Art. 11, LOTEL)

Posteriormente, CONATEL dictó la Resolución No. 143 del 8 de noviembre de 2000, contentiva de los Mecanismos de Consulta Pública Previa Adelantados por CONATEL (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.073 del 8 de noviembre de 2000), dentro de los procesos de formación y modificación de los actos normativos que sean de su competencia.

### **5. Regímenes especiales de la regulación**

A continuación presentamos un resumen de las disposiciones más relevantes del nuevo orden de regulación que introduce la LOTEL.

### 5.1 El objeto de la regulación

La LOTEL tiene por objeto "establecer el marco legal de la regulación general de las telecomunicaciones", en tanto actividades económicas de interés general (artículos 1 y 5, LOTEL). En este sentido, la LOTEL entiende que si bien las actividades de telecomunicaciones constituyen actividades económicas susceptibles de ser emprendidas por el sector privado, con o sin fines de lucro, diversas razones justifican una acentuada regulación por parte del Estado. En especial, la LOTEL hace alusión al "derecho humano de las personas a la comunicación (sic)" (*ius communicationis*) "y a la realización de actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo" (*libertad de empresa*), bienes jurídicos primordiales en función de cuya garantía se instrumenta todo el nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones (artículo 1, LOTEL). El obligado respeto al *contenido esencial* de tales derechos fundamentales, impone no sólo su protección, sino también mantenerlos con un contenido suficiente para que sigan siendo reconocibles como tales derechos.

En consecuencia, todo lo que en la LOTEL se regule debe ser interpretado a la luz de la declaración que se contiene en relación con el objeto de la misma. En esa perspectiva, la disposición contenida en el artículo 1, *eiusdem*, deberá cumplir una función interpretativa del alcance del nuevo "orden de regulación" en su aplicación, función que debe servir, en caso de duda, para dotar a todas y a cada una de las demás disposiciones de la LOTEL de un sentido y alcance que sea congruente con la declaración de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 1, *eiusdem*.

### 5.2. El ámbito de la regulación

El ámbito de aplicación de la LOTEL comprende, pues, dos (2) actividades fundamentales: (i) el establecimiento o explotación de redes de "hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines, inventados o por inventarse", que tengan por objeto la "transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza"; así como (ii) la prestación propiamente dicha de los servicios de telecomunicaciones (artículos 4, 5, 6 y 16, LOTEL).

De este extenso ámbito de aplicación, la LOTEL excluye especialmente la regulación del contenido de las transmisiones y comunicaciones cursadas a través de los distintos medios de telecomunicaciones (artículo 1, LOTEL). Sin embargo, existen algunas disposiciones de la LOTEL que aluden directamente al contenido de las telecomunicaciones, estableciéndose una suerte de régimen transitorio que ha determinado la regulación por vía reglamentaria que estaría en vigencia hasta tanto se produjese la promulgación de la legislación específica. Este régimen ha sido objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo de Justicia.

### 5.3. Los títulos administrativos habilitantes

Hemos afirmado más arriba que el término "*actividad de interés general*" sustituye en la actualidad al modelo de regulación de servicio público tradicional, y alude a dos (2) ideas: (i) que la actividad se desarrolla a través del ejercicio de la *libertad de empresa*; y (ii) que en virtud de su vinculación con el interés general, puede el Estado *intervenir* en su ejercicio, siempre y cuando exista una previa norma de rango legal (*principio de legalidad*), como referiremos más adelante.

El establecimiento o explotación de redes, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones constituyen "*actividades de interés general*", para cuyo ejercicio se requiere la obtención previa de una *habilitación administrativa* y, adicionalmente, en caso de uso y explotación del espectro radioeléctrico, de una *concesión administrativa* (artículo 5, *eiusdem*). De este modo, la LOTEL condiciona el ejercicio de la libertad de empresa en el sector de telecomunicaciones, a la obtención previa de un título administrativo habilitante que comprende dos (2) tipos: por una parte, la *habilitación administrativa*, que no es otra cosa sino lo que se conoce en doctrina como "*autorización administrativa*", entendida como el acto a través del cual la Administración consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente.

De consiguiente, la autorización administrativa actúa sobre actividades que la norma considera como propias de los particulares, lo cual es suficiente para distinguir las autorizaciones de las concesiones, que son dos categorías dogmáticas diferenciadas ya que les corresponde un régimen jurídico diferente; por otra parte, adicionalmente a la *habilitación administrativa*, será necesaria una *concesión administrativa* del dominio público radioeléctrico, en caso de que la actividad de telecomunicaciones a realizarse implique el uso y explotación del espectro radioeléctrico.

Por efecto de la profunda transformación del nuevo "*modelo de regulación*" aplicable a las telecomunicaciones, al dejar de ser un servicio público pasó a ser una actividad de titularidad jurídica, ya no del Estado sino privada -de los particulares-, no obstante sometida, por supuesto, a lo que los franceses llaman "*cargas de servicio público*", o como también las llaman los españoles "*obligaciones de servicio público*", o finalmente en el ámbito de la literatura de la Organización Internacional de las Telecomunicaciones (OIT) como "*obligaciones de servicio universal*". De manera que el nuevo "*modelo de regulación*" no desatiende el concepto de "*interés general*", pues como sostiene la más moderna doctrina, tan sólo se hubo redimensionado en el sector de las telecomunicaciones.

#### 1. La habilitación administrativa

La habilitación administrativa es una autorización administrativa de carácter *reglado* o vinculado, es decir, corresponde a un sistema de controles

administrativos formales establecido en resguardo de las exigencias de “*interés general*” envueltas en una actividad donde el sector privado tiene, en principio, el derecho de iniciativa económica. En la práctica, esto significa que la discrecionalidad del ente regulador en materia de habilitaciones administrativas no existe; su competencia para otorgar estos títulos administrativos es una “*competencia reglada*”: si el particular solicitante cumple con los requisitos previamente definidos, el ente regulador debe otorgar la habilitación administrativa, pues se trata sólo del levantamiento de un obstáculo legal para el ejercicio de un derecho que ya existe en la esfera jurídica del particular, sin que aquél pueda negarla por razones de oportunidad o conveniencia.

A su vez, las actividades y servicios concretos que pueden prestarse bajo el amparo de una habilitación administrativa constituyen los “*atributos*” de la misma, los cuales varían en función de los distintos tipos de habilitación administrativa (artículo 16, LOTEL). La tipología de las habilitaciones administrativas y la definición de los atributos que pueden corresponder a cada especie, fue establecida tanto por el Reglamento sobre Habilitaciones y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico (en adelante RHAC) (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.085 del 24 de noviembre de 2000) que desarrolla la LOTEL (artículo 17, LOTEL), como por la Resolución No. 041 contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas del 31 de mayo de 2001 (en adelante RA) (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.215 del 8 de junio de 2001).

En principio, pues, para la realización de las actividades de telecomunicaciones se requiere la obtención previa de una habilitación administrativa. Las únicas excepciones que admite esta regla se refieren a las actividades especificadas en el artículo 23, LOTEL, y que están sometidas sólo a registro o notificación (artículos 25 y ss., RHAC).

Asimismo, la LOTEL exige del establecimiento de personería jurídica en el país, así como de la solicitud de título administrativo, a las entidades internacionales establecidas al amparo de tratados o convenios internacionales suscritos y ratificados por la República que sean propietarias de satélites, cuando éstos sirvan a la operación de empresas debidamente habilitadas al efecto (artículo 125, LOTEL).

## **2. La concesión administrativa**

Por su parte, la concesión administrativa sobre el espectro radioeléctrico es un acto administrativo unilateral que confiere a su titular, la condición de concesionario para el uso y explotación de una determinada porción del espectro radioeléctrico, previo cumplimiento de los requisitos de ley. En este sentido, el título de intervención del Estado es el dominio público, mediante las concesiones de naturaleza administrativa que tienen como único objeto, autorizar el uso privativo por parte de un operador de telecomunicaciones de un bien del dominio público -el espectro radioeléctrico-. La adopción de la figura concesional, como título administrativo que habilita para el uso y explotación del espectro

radioeléctrico, obedece a esta condición de bien del dominio público propiedad del Estado, que no puede ser de ninguna manera enajenado o gravado.

En cuanto al orden de prelación que debe seguirse para la obtención de habilitaciones y concesiones administrativas, en caso de ser ambas necesarias, la LOTEL dispone que conjuntamente con el otorgamiento de la concesión para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, CONATEL otorgará la habilitación administrativa asociada a la misma (artículo 110, LOTEL).

Finalmente, el artículo 75, LOTEL, establece en qué casos no se requerirá concesión para el uso del espectro radioeléctrico.

#### **5.4. El marco institucional**

La regulación de las actividades de telecomunicaciones, su supervisión y la tutela del “*interés público*” envuelto en ellas, corresponde en primer lugar al Ministerio de Infraestructura (MI). En segundo lugar, la LOTEL crea un ente regulador llamado Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). Por último, la LOTEL instrumenta un sistema de cooperación muy estrecha entre CONATEL y la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-Competencia), ente regulador de la libre competencia.

##### **1. El Ministerio de Infraestructura (MINFRA)**

Según la LOTEL, el MINFRA es el órgano rector de las telecomunicaciones del Estado. Su función es esencialmente de supervisión y tutela -de CONATEL (artículo 35, LOTEL)-, así como de dirección de la política general del sector de las telecomunicaciones (artículo 34, LOTEL). Además, la LOTEL le atribuye una serie de funciones y potestades propiamente administrativas, por ejemplo, el otorgamiento de habilitaciones administrativas de radiodifusión sonora y televisión abierta (artículo 104, LOTEL).

##### **2. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)**

CONATEL es un Instituto Autónomo adscrito al MINFRA a los efectos del control de tutela administrativa, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio e independientemente del Fisco Nacional, con autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa en el ejercicio de sus atribuciones (artículo 35, LOTEL). Tiene a su cargo la regulación, supervisión, fiscalización y control de las actividades de telecomunicaciones. La LOTEL le otorga un conjunto de atribuciones específicas, las cuales se sistematizarían en diversas potestades, así: regulatoria, normativa, ejecutiva, arbitral, cautelar, sancionatoria y tributaria.

La dirección de CONATEL estará a cargo de un Consejo Directivo conformado por cinco (5) miembros, de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República (artículo 40, LOTEL).

Las decisiones que adopte el Consejo Directivo de CONATEL serán recurribles directamente ante el MI o ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, a opción del interesado (artículo 204, LOTEL).

Por último, el patrimonio de CONATEL estará integrado por: (i) los ingresos provenientes de su gestión y de la recaudación de los derechos y tributos; (ii) 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; y (iii) los demás bienes, derechos y obligaciones de cualquier naturaleza que haya adquirido o adquiera en la realización de sus actividades o sean afectados a su patrimonio. En cuanto a los recursos correspondientes al Fondo de Servicio Universal, los mismos serán administrados por CONATEL como patrimonio separado, en la forma y para los fines determinados en la LOTEL (artículo 38, LOTEL).

### **3. La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Competencia (Pro-Competencia)**

La LOTEL prevé la intervención de Pro-Competencia, en tanto Ente Regulador de la libre competencia, con motivo del ejercicio de las potestades de control atribuidas a CONATEL, específicamente en los casos de: (i) operaciones de concentración económica (artículo 195, LOTEL); (ii) cambios de control: adquisición y fusión de empresas operadoras, así como su escisión, transformación o la creación de filiales (artículo 198, LOTEL); (iii) o simplemente en caso de presentarse algún hecho que pudiera ser violatorio de disposiciones de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (Gaceta Oficial de la República de Venezuela No 34.880 del 30 enero de 1992) o sus Reglamentos (artículo 196, LOTEL). Así, se establecen múltiples mecanismos de coordinación y cooperación entre ambos organismos, de modo de mantener la autonomía de cada uno en el ejercicio de sus funciones respectivas.

Una característica común puede constatarse en todos los procedimientos de consulta a Pro-Competencia que prevé la LOTEL: el procedimiento de consulta constituye un mecanismo de coordinación y cooperación entre CONATEL y Pro-Competencia, capaz de garantizar la autonomía de cada uno de ellos en el ejercicio de sus funciones, establecido en función de un objetivo de economía procesal y celeridad.

#### **5.5. Los recursos limitados**

La LOTEL califica como "*recursos limitados*" al espectro radioeléctrico, al recurso de numeración, al recurso órbita-espectro y a las vías generales de telecomunicaciones. Para cada uno de estos recursos se establece un régimen particular, orientado principalmente a garantizar el acceso a los mismos por parte de los operadores de telecomunicaciones, en términos de igualdad, transparencia y no discriminación.

## 1. El espectro radioeléctrico

Según el artículo 4, LOTEL, el espectro radioeléctrico se define 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*".

La administración, regulación, ordenación y control del espectro radioeléctrico corresponde a CONATEL (artículo 69, LOTEL), sin perjuicio de la facultad del Ministro de Infraestructura para otorgar por adjudicación directa, concesiones sobre el dominio público radioeléctrico en el caso de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta (artículo 104, LOTEL).

En este sentido, entre las competencias más importantes de CONATEL como administrador del espectro, figuran la elaboración y publicación del CUNABAF (Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencia) (artículo 71, LOTEL).

## 2. La numeración (o espacio público numérico)

Según la LOTEL, por *numeración* o espacio público numérico debe entenderse "*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*." (Artículo 111, LOTEL). La mayoría se pregunta ¿por qué la numeración en telecomunicaciones es un "*recurso limitado*", si de hecho la numeración en general tiende a ser infinita? Pues lo cierto es que lo "*limitado*" no es la cantidad de números y combinaciones en sí misma, sino la capacidad de las centrales telefónicas que procesan dichos números. En este sentido, los organismos internacionales (UIT) se vieron en la necesidad de suscribir nuevos acuerdos mundiales, a los fines de adicionar uno o dos dígitos a las combinaciones de números y prefijos geográfico y no geográficos, los cuales eran insuficientes en razón del incremento exponencial en el número de usuarios y servicios a nivel mundial.

La administración, control y regulación del recurso limitado de numeración corresponde a CONATEL, quien está facultado para: (i) dictar el Plan Nacional de Numeración y su respectiva normativa, así como decidir sobre su modificación (artículos 111 y 114, LOTEL); (ii) otorgar, modificar o suprimir atributos de numeración, en condiciones, objetivas, transparentes y no discriminatorias (artículo 112 y 113, LOTEL); y (iii) requerir de los operadores la información necesaria para evaluar la eficiencia de los sistemas de numeración y el adecuado uso de los recursos asignados (artículo 116, LOTEL).

En materia de numeración, la LOTEL impone a los operadores una obligación de especial relevancia, cual es la "*portabilidad numérica*". Al respecto, dispone el artículo 117, LOTEL que los operadores de telecomunicaciones deberán garantizar, en los casos, términos, condiciones y plazo que determine CONATEL, que sus clientes puedan conservar el número que les hubiere sido asignado. En todo caso, se impone como obligación mínima 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.

### 3. El recurso órbita-espectro

El uso privativo 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, están sujetos a un régimen especial. En este sentido, la LOTEL, tras precisar que tales recursos sólo podrán explotarse mediante concesión, establece algunas obligaciones particulares que deben cumplir los operadores de redes satelitales y confiere algunas potestades especiales al ente regulador en relación con estos servicios.

### 4. Las vías generales de telecomunicaciones

Las *vías generales de telecomunicaciones* son los "*elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones*" (artículo 126, LOTEL). Se trata, pues, de cualquier infraestructura física que sea susceptible de soportar la instalación de redes o equipos de telecomunicaciones. Con esta definición amplia, la LOTEL alude a las canalizaciones subterráneas, postes de tendido eléctrico, corredores de servidumbres e incluso a las azoteas de edificios, consciente de que tales medios constituyen facilidades esenciales para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Al igual que la interconexión, el acceso a las vías generales de telecomunicaciones es un presupuesto fundamental para aquellos operadores que se propongan establecer y explotar redes de telecomunicaciones.

En consecuencia, la LOTEL impone a toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones, la obligación de permitir el acceso o utilización de la misma a los operadores de telecomunicaciones que así lo soliciten, a cambio de una contraprestación económica que las partes procurarán fijar de mutuo acuerdo (artículos 126 y 128, LOTEL).

Este derecho de acceso no es, sin embargo, absoluto, ya que está sometido a una serie de condiciones particularmente rigurosas. El acceso a una vía general de telecomunicaciones sólo es obligatorio para quien la posee o controla cuando concurren todas las circunstancias que enumera el artículo 126, LOTEL.

Asimismo, la LOTEL precisa que el uso de las vías generales de telecomunicaciones debe ser racional y no discriminatorio, por lo que sus titulares deben abstenerse dar un tratamiento privilegiado a determinados operadores en detrimento de otros. CONATEL queda encargada de hacer cumplir esta obligación (artículo 127, LOTEL).

## 5.6. La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones

La LOTEL y el Reglamento de Interconexión (en adelante RI) del 24 de noviembre de 2000 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.085 del 24 de noviembre de 2000), recogen los derechos y obligaciones de los operadores de telecomunicaciones en todo lo referente a la *interconexión* de sus redes públicas de telecomunicaciones, definiendo además las competencias de CONATEL como Ente Regulador.

En este sentido, a continuación se destacan algunas disposiciones fundamentales:

### 1. La obligación jurídica

Los operadores de redes públicas de telecomunicaciones tienen la *obligación jurídica* de interconectarse con los demás operadores de redes públicas de telecomunicaciones. En este sentido, deberán adoptar diseños de arquitectura abiertas de red, para permitir la interconexión e interoperabilidad de sus redes. La interconexión se hará de acuerdo con los principios de neutralidad, buena fe, no discriminación, e igualdad de acceso entre operadores.

### 2. El contrato de interconexión

El régimen del *contrato de interconexión* (artículos 132 y 133, LOTEL y 18 a 37, RI) está signado por el *principio de autonomía de la voluntad* de las partes, tanto en la fijación de los cargos de interconexión, así como el resto de las condiciones económicas, técnicas y legales del acuerdo. Sin embargo, la LOTEL y el RI fijan un contenido mínimo objeto de regulación de los contratos, lo que los convierte en una especie de “*contratos normados*”, aunque cierta parte de la doctrina los califica como “*contratos forzosos*”, ya que de no llegar a un acuerdo entre las partes, y una vez transcurrido el lapso legal, será CONATEL quien a través de una “*orden de interconexión*” fije las condiciones del acuerdo.

### 3. La responsabilidad

La interconexión entre redes de telecomunicaciones no deberá afectar los servicios originalmente prestados ni su calidad. En todo caso, la *responsabilidad* del servicio recaerá sobre el operador contratado por el usuario, salvo que demuestre causas no imputables a él.

### 4. El procedimiento de negociación

La interconexión puede ser solicitada por cualquier operador de redes públicas de telecomunicaciones. Al efecto, la LOTEL y el RI prevén un *procedimiento de negociación* que comprende las siguientes etapas: (i) solicitud de interconexión; (ii) los mecanismos de negociación, el cual no podrá exceder de

60 días continuos, contados desde la fecha en que se recibió la solicitud; (iii) dentro de los 5 días hábiles siguientes a la suscripción, notificación a CONATEL los acuerdos de interconexión; (iv) en todo caso, de no lograrse un acuerdo entre las partes en el plazo previsto, el asunto será decidido por CONATEL dentro de los 30 días siguientes, quien podrá ordenar se realice la interconexión solicitada y fijar las condiciones técnicas y económicas de la misma.

#### **5. El arbitraje administrativo**

En cuanto a las controversias que puedan surgir en relación con un contrato de interconexión, se establece un procedimiento similar al anterior: las partes procurarán resolver de mutuo acuerdo sus diferencias, en defecto de lo cual se prevé la intervención de CONATEL mediante el *arbitraje administrativo*. En todo caso, precisa la LOTEL, las controversias que surjan en relación con un contrato de interconexión, no podrán dar lugar a la desconexión unilateral de las redes por los operadores.

#### **6. Regulación tributaria**

La LOTEL, siguiendo la Ley de Telecomunicaciones de 1940, impone a los operadores de telecomunicaciones una serie de cargas tributarias, y si bien representa una disminución en comparación con el régimen derogado, sin embargo, son significativamente mayores respecto al resto de los sectores de la economía, bajo la modalidad de impuestos, tasas y contribuciones. En total, la carga tributaria que debe asumir regularmente una empresa de telecomunicaciones (con excepción de aquellas que sólo se dedican a prestación de servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta) sería del 4,8% de sus ingresos brutos. Esta *regulación tributaria* que entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2001, fue posteriormente desarrollada por el Reglamento sobre los Tributos Establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones del 14 de enero de 2003 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.37.069, del 14 de enero de 2003), y en la Resolución sobre las Normas y Requisitos para declarar y pagar los tributos de telecomunicaciones de fecha 9 de marzo de 2004 (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.37.894, del 9 de marzo de 2004).

Adicionalmente, la LOTEL establece expresamente que las actividades de telecomunicaciones no estarán sujetas al pago de tributos estatales o municipales (Art. 156, LOTEL), disposición que junto con el Art. 147, LOTEL, ha sido objeto de varias impugnaciones por presunta inconstitucionalidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia.

##### **6.1. El impuesto especial**

Los operadores de telecomunicaciones que presten servicios con fines de lucro deben pagar trimestralmente al Fisco Nacional, un *impuesto especial*

calculado sobre la base de los ingresos brutos correspondientes al trimestre anterior, obtenidos por la explotación de tales servicios. La alícuota de este impuesto varía según el servicio prestado: 1% en el caso de quienes presten servicios de radiodifusión sonora y televisión abierta; 2,3% para quienes presten cualquier otro servicio de telecomunicaciones (artículo 147, LOTEL).

## **6.2. Las tasas y contribuciones especiales**

### **1. La contribución especial para el funcionamiento de CONATEL**

Para el funcionamiento de CONATEL, los operadores de telecomunicaciones pagarán adicionalmente una *contribución especial* trimestral de 0,5% de los ingresos brutos derivados de la explotación de sus actividades de telecomunicaciones. Esta contribución será liquidada y pagada trimestralmente.

### **2. La tasa por concepto de administración y control del espectro radioeléctrico**

Quienes exploten o hagan uso del espectro radioeléctrico, deberán pagar anualmente a CONATEL una *tasa* por concepto de administración y control del mismo, que no podrá exceder de 0,5% de sus ingresos brutos. En el caso de servicios de radiodifusión sonora y de televisión abierta, el porcentaje máximo es de 0,2% (artículo 148, LOTEL).

Quedan exceptuados del pago de esta tasa los entes de la Administración central y descentralizada, siempre y cuando hagan uso de frecuencias reservadas al sector oficial y sus actividades estén dirigidas a la satisfacción de sus propias necesidades comunicacionales.

### **3. El aporte al Fondo de Servicio Universal**

Quienes presten servicios de telecomunicaciones con fines de lucro deberán un *aporte* al Fondo de Servicio Universal, el uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos. Quedan exceptuados de esta obligación, los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, sólo por lo que respecta a los ingresos brutos que obtengan por dichas actividades (artículo 151, LOTEL).

### **4. El aporte al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones**

Con excepción de los prestadores de servicios de radiodifusión sonora o de televisión abierta, todos los operadores de telecomunicaciones deben también efectuar un *aporte* al Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones, el 0,5% de sus ingresos brutos (artículo 152, LOTEL).

## **5. Las tasas especiales por trámites que requieren la intervención de CONATEL**

Los trámites relativos a solicitudes 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 geográficos o no geográficos, causará el pago de *tasas especiales* 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.), según lo establecido en el Reglamento sobre Tributos antes referido (artículo 153, LOTEL).

## **7. Régimen sancionatorio**

### **7.1. Las infracciones y sanciones administrativas**

La LOTEL cataloga las *infracciones* según la severidad de las sanciones que acarrearán (artículos 164 y ss., LOTEL). Las *sanciones administrativas* consisten en amonestación pública, multa, comiso, revocatoria, cesación o inhabilitación de la correspondiente habilitación administrativa o concesión (artículo 159, LOTEL), según sea el caso; las sanciones penales, por su parte, se traducen en medidas de privación de la libertad. En este sentido, cursa ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia una demanda de nulidad del artículo 171 numeral 6 y del artículo 208 intentada por las diferentes emisoras de televisión abierta que se vieron afectadas por la apertura de un procedimiento administrativo sancionatorio en su contra por parte de MINFRA.

### **7.2. Los delitos, faltas y sanciones penales**

Además de las sanciones administrativas, la LOTEL prevé sanciones penales con penas de prisión -en el rango de 4 meses a 4 años-, por la comisión de una serie de delitos y faltas (artículos 188 a 190, LOTEL).

## **8. Régimen transitorio**

El régimen transitorio de la LOTEL regula diversas situaciones, que pueden agruparse en torno a los siguientes temas:

### **8.1. La transformación de los títulos**

La LOTEL se refiere a los mecanismos de *transformación* o conversión de los títulos administrativos (concesiones y permisos) otorgados bajo la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas y concesiones sobre el dominio público radioeléctrico (Art. 210, LOTEL).

La transformación de los títulos administrativos habilitantes deberá en todo caso ajustarse a los principios siguientes: (i) los derechos de uso y explotación del espectro radioeléctrico otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOTEL se mantendrán en vigencia; (ii) el nuevo título deberá recoger los términos y condiciones establecidos en el título anterior, no pudiendo conferir más facultades para la prestación de servicios al público que éste; (iii) se respetará el objeto, la cobertura y el lapso de vigencia de las concesiones o permisos anteriores; (iv) 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, sin que tengan derecho a obtener financiamiento del Fondo de Servicio Universal; (v) sólo se establecerán las limitaciones que resulten compatibles con los principios de la LOTEL y sus Reglamentos; (vi) los operadores que no procedan a solicitar la transformación de sus títulos habilitantes en los plazos establecidos por CONATEL, se entenderá que han renunciado a las concesiones o permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOTEL.

La transformación de los actuales concesiones y permisos otorgados de conformidad con la legislación anterior, en las habilitaciones administrativas y concesiones a que se refiere la LOTEL, debería llevarse a cabo dentro de los plazos que establezca CONATEL en el "*cronograma especial de transformación*", los cuales no podían exceder de dos (2) años contados a partir del 12 de junio de 2000, para lo cual se dictó la Resolución No. 93 contentiva del Cronograma de Transformación de los Títulos de Concesión o Permiso otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOTEL (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.342 del 10 de diciembre de 2001). Sin embargo, el proceso de transformación de títulos se extendió hasta el 23 de marzo de 2004, fecha de la última publicación en prensa contentiva de la lista de operadores que aun no habían solicitado la transformación, quedando en esta fecha más de 1500 empresas operadoras fuera del proceso y entendiéndose como desistida su solicitud, de conformidad con la Resolución N° 357 contentiva del plazo adicional para la consignación de la solicitud de transformación de los títulos (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.725 del 4 de julio de 2003).

Mientras la adecuación no ocurra, se mantienen vigentes las concesiones y permisos otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la LOTEL, en todos sus términos y condiciones.

## **8.2. El régimen especial para los operadores de telecomunicaciones**

Los operadores de telecomunicaciones establecidos antes de la entrada en vigencia de la LOTEL, quedan sujetos a las obligaciones siguientes: (i) 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; (ii) en un plazo no mayor de dieciocho

(18) meses, 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; y (iii) en un plazo no mayor de tres (3) años, adecuar sus redes y sistemas a fin de cumplir con las obligaciones previstas en los artículos 117 y 118, en materia de numeración.

### **8.3. La apertura de los servicios de telefonía básica**

La LOTEL ratificó los términos del régimen de "*concurrentia limitada*" estipulado en el contrato de concesión suscrito entre la República y la CANTV: ninguna empresa distinta de la CANTV podría prestar el servicio de telefonía básica antes del 28 de noviembre del año 2000, fecha esta a partir de la cual comenzó a regir la *apertura* de segunda generación – pues la de primera generación tuvo lugar con la profunda reestructuración que se llevó a cabo en la etapa 1990 /2000 - y plena libertad de competencia.

Adicionalmente, se establecieron una serie de restricciones relacionadas con los servicios de televisión por suscripción y en materia tarifaria.

En este sentido, establece la LOTEL que la CANTV sólo podrá prestar el servicio de televisión por suscripción a partir del 28 de noviembre del año 2000, siempre y cuando cumpla con una condición fundamental, aplicable hasta el 28 de noviembre de 2002: que garantice, a satisfacción de CONATEL, 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.

Asimismo, quedó prohibido hasta el 28 de noviembre de 2002, que las empresas operadoras de telefonía o vinculadas a éstas, existentes en el país antes de la entrada en vigencia de la LOTEL, directa o indirectamente adquieran, controlen, se fusionen, se constituyan en consorcios o de alguna manera se asocien con empresas operadoras de televisión por suscripción.

### **8.4. La regulación tarifaria**

La LOTEL exceptúa las disposiciones especiales que en materia de la regulación tarifaria se establezcan en el Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica (RASTB) (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.085 de 24 de noviembre de 2000), del límite temporal de vigencia (1 año) establecido de manera general para los mecanismos tarifarios existentes actualmente. En tal sentido, la *regulación tarifaria* aplicable a los servicios básicos se mantendrá en vigencia hasta tanto Pro-Competencia determine que existe una competencia efectiva en el mercado relevante respectivo.

En materia de precios y tarifas, la LOTEL establece un principio general de libertad en la fijación de los mismos; por tanto, la regulación de precios y tarifas es excepcional. Sólo procede por lo que respecta a los servicios prestados en

función de una obligación de servicio universal o en caso de que 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, circunstancia que corresponde a Pro-Competencia apreciar.

Este principio de libertad de fijación de precios y tarifas por parte de los operadores de telecomunicaciones entró en vigencia a partir del 12 de junio de 2001, salvo por lo que respecta a los servicios básicos los cuales aún continúan siendo fijados por CONATEL, a través de un mecanismo de "Resoluciones de Topes Tarifarios" que establecen un precio máximo de los servicios de acuerdo con índices económicos compuestos que toman como factores de cálculo el IPC y el valor del dólar.

#### **8.5. La regulación tributaria**

La contribución especial para el funcionamiento de CONATEL, establecida en el artículo 148, LOTEL, se aplicará progresivamente a las operadoras de radiodifusión y televisión abierta, según una escala progresiva.

Por otra parte, se establece un impuesto especial, adicional a los establecidos en el Título IX, LOTEL, o en los respectivos contratos de concesión, a las empresas que exploten servicio de telefonías móvil celular.

#### **8.6. El régimen de selección de operador**

La LOTEL establece que los operadores de telecomunicaciones garantizarán, en los casos, términos, condiciones y plazos que determine CONATEL, que los usuarios puedan seleccionar, según su conveniencia, entre los operadores de telecomunicaciones que presten servicios de telefonía de LDN (Larga Distancia Nacional) y LDI (Larga Distancia Internacional), cuál de ellos utilizar, sin que esta obligación desmejore la disponibilidad y calidad del servicio (Art. 118, LOTEL), a los fines de garantizar la apertura del mercado a los operadores de LDN y LDI entrantes.

En tal sentido, se dictó la Resolución No. 125 del 14 de marzo de 2002, para el Acceso de los Abonados de los Servicios de Telefonía Fija Local a los Servicios de Telefonía de Larga Distancia mediante Selección por Previa Suscripción (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.407 del 19 de marzo de 2002), con el objeto de establecer los casos, términos condiciones y plazos en los cuales los operadores deberán asegurar que sus abonados puedan seleccionar al operador de su preferencia, mediante el mecanismo de selección de previa suscripción.

#### **8.7. El régimen de señalización S7**

Los operadores establecidos están en la obligación de adecuar sus sistemas de señalización (Canal común S7), a los fines de garantizar la interoperabilidad de las redes y la prestación de nuevos servicios, en un plazo no mayor de dieciocho

(18) meses contados a partir de la publicación de la LOTEL, lo cual hasta la presente fecha en mucha de las centrales analógicas no ha ocurrido.

## 9. Consideraciones finales

La experiencia que se puede contar a partir de los años 90, es una prueba de que los cambios que se han producido en Venezuela tienen su origen en el proceso de reestructuración y liberalización de las telecomunicaciones y, por supuesto, se espera que se intensifique con la entrada en vigencia del nuevo modelo de “*regulación orientado al mercado*” de las telecomunicaciones en un contexto liberalizado.

Tras el análisis del nuevo “*modelo de regulación*” de las telecomunicaciones en Venezuela, se deducen las conclusiones fundamentales siguientes.

La *primera*, que surge una nueva configuración jurídica del sector de las telecomunicaciones como *actividad regulada*, que rompe totalmente con los moldes tradicionales del Derecho público para la configuración de las actividades de prestación o de garantía prestacional.

La *segunda*, que el cambio profundo en los *principios básicos de regulación* se traduce en una configuración jurídico-material muy diferente, resultante del papel que los agentes económicos (operadores y usuarios) y el propio Estado desempeñan en uno y otro modelo, y donde la libertad, el mercado y la competencia económica son presupuestos del nuevo modelo de regulación...

La *última*, que el proceso de reforma requiere también un cambio de cultura y un nuevo modo de regular por parte de CONATEL, puesto que subsisten muchos problemas sin resolver, y donde van a surgir conflictos que van a poner a prueba el *equilibrio* entre la función de regulación y el mercado de telecomunicaciones. Y ello, porque el nuevo “*modelo de regulación*” que establecen la LOTEL, los Reglamentos y demás normas que la desarrollan hasta el presente -y que se mencionan en el Anexo-, es un proceso complejo y de gestación continua, que dará mucho trabajo a reguladores, empresarios, técnicos y abogados, y que debe ser presidido por una pluralidad de técnicas de intervención, no sólo las tradicionales (actos imperativos, coacción, etc.), sino también por las nuevas (dirección, orientación, acuerdos, etc.) y, por último, el enraizamiento en la realidad jurídica, técnica, económica y cultura empresarial del sector de telecomunicaciones en nuestro país.

## **10. Anexo: marco regulatorio**

### **A) Leyes**

#### 1) General

*Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 36.970 de fecha 12 de Junio de 2000).

#### 2) Especial

*Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas* (Decreto con Fuerza de Ley N° 1.204 de fecha 10 de febrero de 2001)

*Ley Sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones* (Gaceta Oficial No. 34.863 de fecha 16 de Diciembre de 1991).

*Ley Especial contra los Delitos Informáticos* (Gaceta Oficial N° 37.313 de Fecha 30 de Octubre de 2001)

### **B) Reglamentos y Normas**

#### **1) Consulta Pública**

- a) *Resolución sobre Mecanismos de Consulta Pública Previa adelantados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.073 de fecha 08 de Noviembre de 2000).

#### **2) Equipos de telecomunicaciones**

- a) *Resolución sobre Condiciones para la Calificación de los Equipos de Uso Libre* (Gaceta Oficial No. 37.635 de fecha 19 de Febrero de 2003).
- b) *Resolución sobre Lista de Entes u Organismos Extranjeros Recomendados para la Homologación y Certificación de Equipos de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.698 de fecha 27 de Mayo de 2003).
- c) *Providencia Contentiva de las Listas de Marcas y Modelos de Equipos y Aparatos Homologados* (Gaceta Oficial No. 37.821 de fecha 19 de Noviembre de 2003).

#### **3) Espectro Radioeléctrico**

- a) *Resolución de Bandas de Frecuencias* (Gaceta Oficial No. 36.946 del 09 de Mayo de 2000).
- b) *Resolución sobre Porciones del Espectro Radioeléctrico* (Gaceta Oficial No. 37.233 de fecha 04 de Julio de 2001).
- c) *Resolución sobre Cuadro Nacional de Atribución de Bandas de Frecuencias (CUNABAF)* (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 5.592 de fecha 27 de Junio de 2002).

#### **4) Habilitaciones Administrativas**

- a) *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de Uso y Explotación del Espectro Radioeléctrico* (Decreto No. 1.094, Gaceta Oficial No. 37.085 de 24-11-2000).
- b) *Resolución Contentiva de los Atributos de las Habilitaciones Administrativas* (Gaceta Oficial No. 37.215 de fecha 08 de Junio de 2001).

- c) *Resolución N° 93 contentiva del cronograma de transformación de los títulos en concesión o permiso otorgados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.* (Gaceta Oficial N° 37.342 de fecha 10 de diciembre de 2001)
  - d) *Resolución N° 45 relativa al “Censo Nacional de Operadores de Telecomunicaciones y de Radiodifusión”* (Gaceta Oficial N° 37.320 de fecha 29 de junio de 2001)
- 5) **Interconexión**
- a) **Reglamento de Interconexión** (Gaceta Oficial No. 37.085 de fecha 20 de Noviembre de 2000).
  - b) *Resolución sobre Valores Referenciales para la Determinación de los Cargos de Interconexión* (Gaceta Oficial No. 37.184 de fecha 25 de abril de 2001).
  - c) *Informe sobre el Estudio de Comparación Internacional para los Cargos de Interconexión (BENCHMARKING)* (Gaceta Oficial No. 37.184 de fecha 25 de Abril de 2001).
- 6) **Numeración**
- a) **Resolución sobre Reforma Parcial del Plan Nacional de Numeración para los Servicios de Telefonía y Servicios de Radiocomunicaciones Móviles Terrestres** (Gaceta Oficial No. 37.676 de fecha 24 de Abril de 2003).
  - b) **Resolución Contentiva del Plan Nacional de Numeración para Redes de Modo de Transferencias Asíncrono (ATM)** (Gaceta Oficial No. 37.800 de fecha 20 de Octubre de 2003).
- 7) **Radiocomunicaciones**
- a) *Reglamento de Radiocomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 3.336 Extraordinario de fecha 01 de febrero de 1984). (*Parcialmente Derogado Ley Orgánica de Telecomunicaciones*)
  - b) *Resolución mediante la cual se establece que las Embarcaciones que en ella se señalan deberán estar provistas de una Estación Radiotelefónica* (Gaceta Oficial No. 33.217 de fecha 07 de Mayo de 1985).
- 8) **Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta**
- a) *Inclusión de 50% de la Programación Musical Nacional en las Transmisiones Diarias* (Decreto No. 598, Gaceta Oficial No. 30.569 de fecha 09 de enero de 1975).
  - b) *Reglamento sobre Radiodifusión Sonora en Frecuencia Modulada* (Decreto No. 329, Gaceta Oficial No. 3.463 Extraordinaria de fecha 09 de Noviembre de 1984).
  - c) *Reglamento para Explotar el Sistema de Televisión por Suscripción* (Decreto No. 2.701, Gaceta Oficial No. 34.135 del 12 de Enero de 1989).
  - d) *Régimen y Control de las Concesiones de Televisión* (Decreto No. 2.497, Gaceta Oficial No. 35.034 de fecha 25 de agosto de 1992).
  - e) *Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión* (Decreto No. 2.625, Gaceta Oficial No. 35.996 de fecha 20 de Noviembre de 1992).

- f) *Reglamento sobre la Operación de las Estaciones de Radiodifusión Sonora* (Decreto 2.771, Gaceta Oficial No. 4.530 Extraordinario del 10 de Febrero de 1993).
  - g) *Resolución N° 703, de fecha 06 de marzo de 1969 mediante la cual se regula los programas de concurso* (Gaceta Oficial N° 28.883, de fecha 23 de marzo de 1969).
  - h) *Decreto N° 1200 de fecha 11 de septiembre de 1981, mediante el cual se prohíbe la transmisión de publicidad de bebidas alcohólicas* (Gaceta Oficial N° 32.310 de la misma fecha).
  - i) *Reglamento sobre la Operación de las Estaciones de Radiodifusión Sonora dictado mediante Decreto N° 2771 de fecha 21 de enero de 1993* (Gaceta Oficial Ext. 4530 de fecha 10 de febrero de 1993).
  - j) *Decreto N° 996 de fecha 19 de marzo de 1981 referido a la prohibición de la transmisión de publicidad directa o indirecta de cigarrillo y manufactura del tabaco* (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.192, de fecha 20 de marzo de 1981).
  - k) *Decreto N° 849 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*, (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 32.116, del 21 de noviembre de 1980).
  - l) *Decreto N° 2.625 del 5 de noviembre de 1992, contentivo del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión publicado*, (Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.996, del 20 de noviembre de 1992).
- 9) Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta Comunitarias de Servicio Público**
- a) *Reglamento de Radiodifusión Sonora y Televisión Abierta Comunitarias de Servicio Público, sin Fines de Lucro* (Gaceta Oficial No. 37.359 de fecha 08 de enero de 2002).

**10) Servicios de Telecomunicaciones**

- a) Telefonía Fija Local
  - *Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica* (Decreto N° 1.095, Gaceta Oficial N° 37.085 de fecha 24 de noviembre de 2000).
  - *Reglamento sobre la Prestación de los Servicios Básicos de Telecomunicaciones* (Resolución No. 573, Gaceta Oficial No. 34.975 de fecha 01 de Junio de 1992).
  - *Reglamento sobre la Operación de Equipos Terminales Públicos de Telecomunicaciones* (Decreto No. 1.875. Gaceta Oficial No. 34.821 de fecha 16 de Octubre de 1991) *(Parcialmente derogado por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)*.
- b) Telefonía móvil
  - *Reglamento sobre la Operación de Telefonía Móvil Celular* (Decreto No. 1.584, Gaceta Oficial no. 34.721 de fecha 24 de Mayo de 1991). *(Parcialmente Derogado por la LOTEL)*.
  - *Resolución contentiva de las Condiciones bajo las cuales los Operadores de los Servicios Móviles de Telecomunicaciones podrán ofrecer Intinerancia o Roaming a sus Abonados* (Gaceta Oficial No. 37.907 de fecha 26 de Marzo de 2004).

- c) Servicios de Internet
  - *Decreto No. 825 sobre Internet* (Gaceta Oficial No. 36.955 de fecha 22 de mayo de 2000).
- d) Radiomensajes
  - *Reglamento de Radiomensajes Personales* (Decreto No. 939, Gaceta Oficial No. 34.534 de fecha 20 de Agosto de 1990).
- e) Radioaficionados
  - *Reglamento sobre el Servicio de Radioaficionados* (Decreto No. 2.836, Gaceta Oficial No. 284.221 de fecha 21 de abril de 1993).
- f) Telefonía de Larga Distancia
  - *Resolución sobre la Creación del Comité de Operadores de Servicios de Telefonía de Larga Distancia* (Gaceta Oficial No. 37.192 de fecha 08 de mayo de 2001).
  - *Resolución: Designación como Administrador de la Base de Datos a la empresa NCS Pearson Venezuela, C.A.* (Gaceta Oficial No. 37.264 de fecha 20 de Agosto de 2001).
  - *Resolución sobre Acceso de los Abonados de los Servicios de Telefonía Fija Local a los Operadores de Telefonía de Larga Distancia mediante Selección por Previa Suscripción* (Gaceta Oficial No. 37.407 de fecha 19 de marzo de 2002).

#### **11) Servicio Universal**

- *Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.781 de fecha 23 de Septiembre de 2003).

#### **12) Tarifas**

- *Resolución sobre Topes Tarifarios para el Operador Establecido* (Gaceta Oficial No. 37.454 de fecha 30 de Mayo de 2002).
- *Resolución sobre Topes Tarifarios para los Servicios de Telefonía Básica Ofrecidos por los Operadores de Servicios de Telecomunicaciones Rurales* (Gaceta Oficial No. 37.497 de fecha 02 de Agosto de 2002).
- *Resolución Modificatoria de los Topes Tarifarios para las Llamadas Fijo-Móvil del Operador Establecido* (Gaceta Oficial No. 37.506 de fecha 15 de Agosto de 2002).
- *Resolución sobre Topes Tarifarios para el Operador Establecido* (Gaceta Oficial No. 37.669 de fecha 10 de Abril de 2003).

#### **13) Tributos**

- *Reglamento sobre los Tributos establecidos en Ley Orgánica de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.609 de fecha 14 de enero de 2003).
- *Decreto No. 1.522 mediante el cual se exonera del pago de todos los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a los operadores debidamente habilitados para la prestación de servicios de Radiodifusión Sonora Comunitaria o Televisión Abierta Comunitaria* (Gaceta oficial No. 37.359 del 08 de Enero de 2002).

- *Resolución contentiva de las Normas para el Registro de Contribuyentes de los Tributos de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.894 de fecha 09 de Marzo de 2004).
- *Resolución contentiva de los Requisitos para Declarar y Pagar los Tributos de Telecomunicaciones* (Gaceta Oficial No. 37.894 de fecha 09 de Marzo de 2004).



# Propiedad intelectual y nuevas tecnologías<sup>1</sup>

Carlos S. Álvarez Cabrera\*

---

SUMARIO: 1. Introducción 2. Propiedad intelectual y piratería. 2.1 Generalidades sobre la propiedad intelectual. 2.2. Formas de violación de la propiedad intelectual. a. *Warez groups*. b. *Organizaciones terroristas*. c. *El portafolio de Interpol*. d. *Las Triadas y los discos ópticos falsificados*. e. *Piratería punto a punto*. 3. La lucha contra estos delitos. 3.1. El *enforcement* de estos delitos en Estado Unidos. 3.2. La Ley de Prevención de la piratería punto a punto. 3.3. La respuesta estatal. 4. Conclusiones.

## Resumen

Los grupos terroristas han descubierto en la piratería una forma eficaz de financiar sus actividades. Controlando mercados internacionales han creado un nuevo reto para los estados, que deben unificar sus legislaciones en temas como extradición y en apoyo investigativo y probatorio. Las nuevas tecnologías, usadas como medio para cometer estos delitos, son un reto adicional para los países: o capacitan a su personal policial y le dan herramientas de trabajo similares a las usadas por los terroristas, o declaran de antemano que esta lucha está perdida.

**Palabras clave:** Propiedad intelectual. Piratería. Grupos terroristas. Prevención

## Abstract

The terrorist groups have discovered that piracy is an excellent way to finance their activities. By controlling international markets they have created a new challenge for the international community, that must unify all legislations in matters such as extradition, investigative efforts and evidentiary issues. New technologies, used as means for committing such crimes, are an additional challenge: or law enforcement officers are trained and provided with the proper working tools, or this antipiracy war can be declared a lost war.

**Keywords:** Intellectual Property. Piracy. Terrorist groups. Prevention

---

Recibido: 30/04/2004 • Aceptado: 20/05/2004

<sup>1</sup> El presente artículo es opinión, y responsabilidad, exclusiva y personal de su autor. No es la posición oficial de Sony Music ni la compromete en manera alguna.

\* Business Affairs Manager. Colombia – Ecuador – Venezuela. Sony Music Entertainment. Miami Electronic Crimes Task Force. Correo electrónico: carlos.alvarez@cxpo.net

## 1. Introducción

Las nuevas tecnologías nos presentan una realidad deslumbrante: hoy puedo conectar mi computador portátil al servidor ubicado a cien metros de distancia sin usar un solo cable, puedo enviar *emails* que aparenten provenir de cualquier remitente, puedo acceder sin permiso a cualquier equipo conectado a Internet sabiendo que es muy difícil ser detectado y puedo descargar a mi máquina obras intelectuales, a razón de varias por minuto, independientemente si están o no protegidas mediante dispositivos lógicos. En el uso de las nuevas tecnologías todo es excesivamente rápido, fácil y prácticamente inalcanzable para la ley.

Así, desde que es lanzado al mercado un nuevo dispositivo o un nuevo sistema de comunicaciones, hasta que todas las materias relacionadas con él son debidamente reguladas, pueden transcurrir varios años. El ejemplo más evidente es la Red; en nuestros países latinoamericanos el atraso legislativo en relación con ella es exagerado y es previsible que nunca llegue a estar al día, debido al constante surgimiento de tecnologías que la usan como medio, sumado a la incapacidad del legislador de estar siempre actualizado.

En Internet, como es sabido, es posible robar identidades ajenas, estafar, generar pánico económico, atacar y explotar sexualmente a menores, generar impactos de prensa y noticias falsas, robar la propiedad de otros, en fin. Y, frente a esta barbarie incruenta, tenemos servicios de policía que no cuentan con la preparación, ni con la tecnología, ni con los recursos financieros requeridos para reducir los índices de impunidad correspondientes.

Haciendo referencia específica al tema que nos ocupa, debemos decir que las nuevas tecnologías han, por una parte, permitido la creación de incontables obras protegidas por las normas de propiedad intelectual. Pero, por otra, también han facilitado enormemente la tarea de los piratas, quienes pueden reproducir ilegalmente obras con solo hacer un click; y, adicionalmente, han creado *piratas* de buena fe, quienes, por no ser expertos en tecnología, asumen erróneamente que el principio “si lo descargo y funciona, no es pirata” es definitivo e irrefutable.

Limitaremos el tema, Propiedad Intelectual y Nuevas Tecnologías, al relativo a los delitos de propiedad intelectual, o *IPCs (Intellectual Property Crimes)*. Para el efecto, desde una muy breve introducción a las generalidades de esta forma especial de propiedad<sup>2</sup> expondremos nuestro parecer respecto de cuáles son las formas actualmente más graves de piratería, agrupándolas en los mecanismos de financiación de organizaciones terroristas, las Triadas taiwanesas eminentemente piratas y los *warez groups*; posteriormente mencionaremos algunas políticas del gobierno de Estados Unidos, que va a la delantera mundial en la lucha contra todas las formas de piratería y que deberían servir de combustible y ejemplo para nuestros países.

La piratería es considerada muy frecuentemente como un delito sin dolientes. No en pocas ocasiones hemos escuchado comentarios de algunos funcionarios

<sup>2</sup> Asumimos que nuestro auditorio es formado en los aspectos básicos de la propiedad intelectual, razón por la que se hace innecesario explicar a fondo cada uno de sus conceptos y subespecies.

judiciales en Colombia (encargados de combatirla) afirmando que los trabajos antipiratería son, más que la defensa de intereses legítimos de nuestros nacionales, la defensa de intereses imperialistas y un medio para empobrecer más nuestras ya empobrecidas economías; además de haber, en incontables ocasiones, escuchado frases como “¡Pero es sólo una copia! ¿Por qué quedó detenido?”.

Pues bien, queremos presentar a nuestros lectores la realidad que está detrás de todas las formas de piratería: desde ser fuente de financiación para organizaciones como Hamas, Al-Qaeda, Hizbullah o los paramilitares en Colombia, llega a ser el grueso del negocio de las mafias taiwanesas conocidas como Triadas. La perspectiva de que la piratería es un delito poco importante porque no implica la puesta en peligro de vidas humanas, o de bienes materiales, está mandada a recoger.

Al presentar esta realidad aterradora, esperamos que el lector asuma su responsabilidad y entienda que la defensa de la propiedad intelectual es un asunto que empieza con un compromiso personal y trasciende, para convertirse en un tema de interés internacional, del que dependen tanto parte de la lucha contra el terrorismo como de la lucha contra la pornografía infantil.

## **2. Propiedad intelectual y piratería**

### **2.1. Generalidades sobre la propiedad intelectual**

Los regímenes legales de la mayoría de países han adoptado sistemas de protección de bienes intangibles, fruto del ingenio humano. Siendo un género, agrupa los derechos de autor y la propiedad industrial dentro de la que, a su vez, se encuentran las marcas, las patentes y los secretos comerciales.

En general, las leyes de propiedad intelectual, que dan a los autores e inventores un monopolio de explotación de sus obras en el mercado, premian su creatividad, nivel inventivo y, a veces, su brillantez. Tal reconocimiento los alienta a continuar generando nuevas creaciones, de las que, si no pudieran obtener ese provecho, seguramente nos veríamos todos privados.

En los Estados Unidos la Ley de Derechos de Autor protege a nivel federal la violación de los derechos de reproducción y distribución de obras originales, entre las que se encuentran el software, las obras literarias, las musicales y las audiovisuales<sup>3</sup>. Los usos de identidades comerciales o marcas están protegidos federalmente por la Ley de Marcas; la Ley Lanham<sup>4</sup> prohíbe su uso no autorizado y las define como cualquier palabra, nombre, símbolo o dispositivo que permita identificar y distinguir un bien de aquellos producidos y comercializados por terceras personas, además de permitir la identificación del origen de los bienes.

Las nuevas invenciones, que se ubican en la categoría de propiedad industrial, se suelen proteger mediante patentes, que son concedidas a cualquier proceso,

<sup>3</sup> 17 U.S.C. 102 (a)

<sup>4</sup> 15 U.S.C. § 1051 – 1127.

máquina, manufactura o composición de materia<sup>5</sup> siempre y cuando sean nuevos y útiles<sup>6</sup>. Las patentes no protegen las ideas; solamente procesos y productos.

Finalmente, los secretos comerciales se definen como cualquier fórmula, patrón, dispositivo o compilación de información utilizada en un negocio para obtener una ventaja frente a la competencia, que no puede acceder a ellos. El documento *Prosecuting Intellectual Property Crimes*<sup>7</sup>, publicado por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, ejemplifica esta forma de propiedad con el caso de la fórmula secreta de la Coca – Cola, que es protegida a través de este mecanismo legal desde 1920<sup>8</sup>.

Existe una novísima categoría de propiedad intangible, aún en formación, que consiste en la información de identificación personal. En Estados Unidos varias categorías de ésta han sido protegidas mediante la promulgación de nuevas leyes, como el *Fair Credit Reporting Act* y el *Children's Online Privacy Protection Act of 1998*.

La importancia de la protección legal a la propiedad intelectual fue resaltada por un juez de distrito, citado por Lamar Smith (Representante a la Cámara por el estado de Texas) en una ocasión en Washington D.C., quien afirmó que: “*El futuro de la nación depende en una gran proporción de la eficiencia de la industria, y ésta depende en gran medida de la protección de la propiedad intelectual*”.

## 2.2. Formas de violación de la propiedad intelectual

Los métodos usados por los piratas para violar los derechos de los titulares, tratándose de obras y medios tradicionales, son bien conocidos: la reprografía ilegal para el caso de las obras literarias, la copia y venta ilegales de música mediante el quemado de discos, la venta de ropa con marcas falsificadas, etc. Tratándose de tecnologías novedosas la situación es diferente: la copia de software sin autorización puede ser hecha de muchas formas, como la descarga desde sitios *warez*, la descarga en redes punto a punto, la compra de unidades en subastas en línea, la copia casi instantánea de programas a unidades portátiles de memoria (en el sitio de trabajo, por ejemplo), etc. Cada una de estas formas de piratería, si bien son obviamente similares, tienen sus propias particularidades: la transnacionalidad del delito en algunos casos, que implica la aplicación de diferentes leyes nacionales; reparos por eventuales violaciones a la intimidad de los delincuentes; dificultades probatorias a la hora de construir un caso en contra de un quemador masivo de programas; etc.

Es necesario tener en cuenta que en muchas legislaciones la violación de la propiedad intelectual es primeramente protegida por la ley civil; esto quiere decir que el afectado, antes que la cárcel, debe buscar que el responsable indemnice

5 *Composition of matter.*

6 35 U.S.C. 101.

7 En: <http://www.gipi.or.id/download/ipmanual2000.pdf>.

8 Ver: *Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co.*, 269 F. 796 (D. Del. 1920).

los daños que ha causado y cese la actividad infractora. Así que el recurso a la ley penal debería ser, idealmente, de *ultima ratio*; sin embargo, en la práctica legal colombiana la ineficiencia del sistema legal, que implica esperas de hasta seis meses para lograr una acción judicial desde que es solicitada al juez civil, junto con ocasionales y desafortunadas fugas de información de funcionarios de los juzgados hacia los piratas (permitiéndoles, por ejemplo, desinstalar todo lo ilegal con suficiente tiempo), hace necesario el recurso al aparato represivo estatal por vía de la ley penal, obteniendo la práctica de las pruebas y de las diligencias con una relativa mayor prontitud.

Volviendo sobre las particularidades de las violaciones de propiedad intelectual cometidas mediante el uso de nuevas tecnologías, John Malcolm, *Deputy Assistant Attorney General for the Criminal Division*, en una audiencia<sup>9</sup> ante el Subcomité de Cortes, Internet y Propiedad Intelectual – Comité en lo Judicial – de la Cámara de Representantes, explicaba cómo gracias a operativos de gran importancia, como *Bucaneer*, *Pirates with an attitude*, *Decrypt*, *Fastlane* y *Digital Piratez*, el Departamento de Justicia ha podido aprender que la piratería en línea se encuentra en manos de organizaciones estructuradas conocidas como *warez groups*, que son los responsables de publicar en línea cantidades masivas de programas de software, canciones y películas cada año, habiéndose convertido ya en un peligro real para los titulares de los derechos a nivel mundial.

a. *Warez groups*.

Los *Warez groups* de más alto nivel compiten entre sí buscando ser conocidos como los proveedores de los mejores programas (aplicativos, utilitarios, juegos de PC y consola y películas), con la más alta velocidad de descargas, y se especializan en ser los primeros en dar al público las nuevas versiones que aún no están en el mercado. Estas organizaciones cuentan con estructuras profesionales de seguridad y usan el estado del arte en tecnología para defenderse de sus propias víctimas y de los agentes de la ley a nivel mundial.

Están realmente organizadas y estructuradas para maximizar sus recursos humanos y la tecnología de la que disponen; cuentan, además, con jerarquías definidas y división del trabajo. La ubicación de una persona en una estructura de un *Warez group* depende de sus habilidades, de la calidad y amplitud del servicio que ofrezca al grupo y de la reputación con la que cuente en la comunidad *warez*. De acuerdo con Malcolm, la estructura típica de un grupo consiste en uno o dos líderes ubicados en cualquier lugar del mundo, que solamente se conocen por los apodos que usan en línea, dos o tres individuos que forman el Consejo, doce o quince más que forman el *staff* y los miembros simples, cuya cuantía puede oscilar entre veinte y ochenta.

El líder tiene autoridad absoluta sobre todos los temas y las actividades del grupo; el Consejo es responsable de las actividades diarias del grupo, incluyendo

<sup>9</sup> Copyright piracy and links to crime and terrorism. 13 de marzo de 2003. En: <http://www.cybercrime.gov/malcolmTestimony.htm>

la preparación de las nuevas publicaciones, el reclutamiento de nuevos miembros y el mantenimiento de su propia seguridad. El *staff* es el más activo en la preparación de las nuevas publicaciones y en el mantenimiento de los sitios FTP del grupo<sup>10</sup> desde los que se distribuye el software pirata.

Finalmente, los miembros colaboran proveyendo ocasionalmente al grupo con nuevo software, sirviendo de *hosts* para los sitios FTP<sup>11</sup> y facilitando hardware (portátiles, discos duros, routers y otros elementos) a otros miembros del grupo. Mientras una persona más colabora, más escala en la organización y más acceso tendrá al contenido pirata.

Malcolm continúa explicando cómo, a pesar de ser similares, los *Warez groups* tienen dos diferencias fundamentales respecto de las organizaciones criminales tradicionales: la primera consiste en que sus actividades delictivas se desarrollan exclusivamente en el mundo digital en línea, no en el mundo físico; y, la segunda, sorprendente, es que los grupos no *piratean* para obtener lucro. De hecho, los *Warez* que pretenden obtener ganancias económicas son criticados y rechazados.

Ahora, si bien su intención no es la de lucrarse, debe reconocerse de todas maneras que su actividad es perjudicial para los artistas y autores. Malcolm ejemplifica de la siguiente manera: un *Warez group* dedicado a la piratería de música tendrá en su poder copias ilegítimas de canciones por salir al mercado antes del lanzamiento; en cuestión de horas llegarán a canales de IRC<sup>12</sup> y a redes P2P (*Peer to Peer*). La divulgación de esas obras en formato MP3, mucho antes de que sean comercializados los CDs legales, genera un claro perjuicio patrimonial a los artistas.

#### b. Organizaciones terroristas

Varios estudios realizados por el Departamento de Justicia, el Departamento de Estado, el FBI y la *Motion Picture Association of America*, entre otras agencias, dan cuenta de un hecho aterrador: la piratería está siendo usada por las más temidas organizaciones terroristas como fuente de financiación. Entre éstas se cuentan Al Qaeda y Hizbullah, además de los separatistas Chechenos y, en Europa, los fundamentalistas radicales de África del Norte<sup>13</sup>. Estas organizaciones han entendido, desafortunadamente, que la propiedad intelectual es el motor de la economía actual; Henry Hyde, Representante a la Cámara por el estado de

<sup>10</sup> *File Transfer Protocol*: protocolo de transferencia de archivos usado para realizar *uploads* y *downloads* de archivos a sitios en Internet.

<sup>11</sup> Prestan espacio en línea al grupo, al igual que cualquier proveedor de servicios de Internet (ISP) al alojar una página Web para un cliente legal.

<sup>12</sup> *Internet Relay Chat*; vía de comunicación preferida por la gran cantidad de personas que se dedican a *jugar* en Internet, sin importarles el daño objetivo que pueden causar a otras personas con sus actividades.

<sup>13</sup> En Colombia, las industrias de propiedad intelectual han recibido información que indica que, al menos en los departamentos de Santander y Norte de Santander, los grupos paramilitares controlan el mercado de la música pirata, decidiendo ellos los precios, las cantidades y los nombres de los vendedores, recibiendo comisiones de las utilidades obtenidas.

Illinois, en audiencia ante el Comité de Relaciones Internacionales de ese órgano<sup>14</sup>, citando a *Business Software Alliance* afirmaba que solamente en 2001 los 118.000 empleos no generados a causa de la piratería en ese país, provocaron pérdidas netas por US\$ 5.6 billones y US\$ 1.5 billones en ingresos fiscales.

Los delitos contra la propiedad intelectual han sido considerados históricamente como de menor trascendencia; sólo hasta hace muy poco tiempo, al menos en Colombia, el Estado ha incrementado sus niveles de atención para combatirlos. Sin embargo, lo hecho por las autoridades de mi país y, en general, de los países vecinos, es insuficiente; un ejemplo de esto lo encontramos en el cono Argentino, Brasil y Paraguay que es utilizado por organizaciones como Hizbullah y Hamas para desplegar sus actividades de obtención de recursos económicos<sup>15</sup> mediante la venta de piratería, sin que las leyes locales y los cuerpos de policía competentes prevean sanciones o desplieguen acciones realmente efectivas.

Y este giro en la financiación de las organizaciones al margen de la ley se está dando porque ni las leyes son suficientemente duras a la hora de proteger la propiedad intelectual, ni los Estados cuentan con los recursos suficientes para combatir la piratería eficientemente. En otras palabras, la piratería genera muy altos rendimientos y la impunidad es la regla general.

Un ejemplo de esta tendencia recientemente descubierta es el caso de un militante de Hizbullah que fuera arrestado en Europa, durante el mes de febrero de 2000, por comercializar CDs piratas de música y juegos de Sega, Sony y Nintendo, como actividad de financiación de la organización terrorista. Entre los discos encontrados se hallaron varios con imágenes y películas cortas que mostraban ataques terroristas reales, además de entrevistas con terroristas suicidas (hombres bomba); la venta de estos elementos piratas era, además, usada como un medio para hacer propaganda a la organización.

<sup>14</sup> *Intellectual property crimes: are proceeds from counterfeited goods funding terrorism? Hearing before the Committee on International Relations House of Representatives. One hundred eighth Congress. First session. July 16, 2003. Serial No. 108-48.* Publicado en: [http://commdocs.house.gov/committees/intrel/hfa88392.000/hfa88392\\_0.htm](http://commdocs.house.gov/committees/intrel/hfa88392.000/hfa88392_0.htm)

<sup>15</sup> En nuestra experiencia profesional, tuvimos la oportunidad de conocer esta noticia: en las afueras de Asunción, Paraguay, debajo de una lujosa mansión, existía una fábrica completa de producción de software falsificado. La tecnología usada era la más nueva en el mercado y sus volúmenes de producción superaban los de algunos productores legales. Esto, sin embargo, no fue lo sorprendente del hallazgo; lo que en realidad causó desconcierto fue que esa fábrica pirata clandestina era usada para financiar actividades terroristas de grupos extranjeros.

c. *El portafolio de Interpol*<sup>16</sup>.

i. Irlanda del Norte.

La comercialización de productos falsificados cuesta al país una suma superior a los US\$ 167 millones anuales. En 2002 la policía incautó más de US\$ 11 millones en productos falsificados; es sabido que grupos paramilitares se financian a través de los IPC, incluyendo la falsificación de cigarrillos y controlando los mercados. No se conoce con exactitud el porcentaje que, de todas las ganancias de este negocio, va a manos de organizaciones terroristas.

ii. Kosovo

Una porción importante de todos los bienes vendidos (CDs, DVDs, ropa, zapatos, cigarrillos y software), en la provincia administrada por Naciones Unidas, es falsificada. La venta de las falsificaciones es abierta y prácticamente no hay represión policial debido a las enormes carencias de las leyes locales. En esta provincia es vieja la relación, familiar y social, entre las organizaciones piratas y los radicales extremistas albanos.

iii. Separatistas chechenos.

En 2000, un operativo conducido por la policía rusa, en colaboración con la industria privada, permitió la incautación de una planta completa de producción de CDs falsificados; esta planta era usada por los separatistas como fuente de financiación. Obtenían de la comercialización de los productos falsos entre US\$ 500.000 y US\$ 700.000 mensuales.

iv. Fundamentalistas norte africanos en Europa.

Los militantes de los grupos fundamentalistas contribuyen a la financiación de sus organizaciones, dándoles una participación de las ganancias de la venta de piratería, en la forma de *zakats*, o donaciones obligatorias para los musulmanes, y a través de los Imanes o de los Mosques amigos de esas causas radicales. Las transacciones se hacen en efectivo, razón por la que no quedan registros. Además de financiarse con la piratería, usan mecanismos de fraude de tarjeta de crédito.

v. Al-Qaeda.

Un caso documentado y publicitado por la prensa: bienes falsificados llevados de Dubai a Copenhague fueron interceptados por la policía danesa. El dueño de la carga era un conocido miembro de la red. Al-Qaeda, en un período de 10 años,

<sup>16</sup> Según informó Richard Knoble, Secretario General de Interpol, durante la mencionada audiencia ante el Comité de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes de Estados Unidos.

recibió contribuciones, indirectamente a través de *zakats* o como participación de utilidades, por una suma cercana a los US\$ 500 millones; de estos, solamente US\$ 50 millones se destinaron a operaciones mientras que el 90% restante se dirigió a fortalecer la influencia de Al-Qaeda y al pago de protección en Sudán y Afganistán.

vi. Hizbullah.

Libaneses radicados en América Latina han sido los encargados de obtener financiación para el movimiento a través del robo de propiedad intelectual. En junio de 2002, un individuo fue arrestado en Foz do Iguazú después de fugarse en octubre de 2001. Las fuentes policiales indican que numerosas organizaciones asociadas a Hizbullah le enviaron cartas de agradecimiento por la ayuda financiera aportada a la organización. El arrestado fue procesado por apoyar económicamente organizaciones terroristas y evasión de impuestos.

d. *Las Triadas y los discos ópticos falsificados*

Organizaciones criminales asiáticas y de la antigua Unión Soviética han dedicado muchos recursos a producir en cantidades masivas discos ópticos buscando el máximo lucro posible. Sofisticando a niveles insospechados su actividad, logran el control de canales internacionales de distribución y no dudan en amenazar o dañar a cualquiera que ose interferir en su negocio (en Asia han amenazado tanto a empresas como a funcionarios de los gobiernos que han intentado investigarlos).

En toda Asia existen fábricas operadas por estas organizaciones, que *piratean* todas las obras que tengan la desgracia de cruzarse en su camino: música, software, juegos de video, etc.; en realidad, copian ilegalmente todo aquello que pueda ser reproducido en discos ópticos y vendido en cualquier parte del mundo. Un fiscal de la *CCIPS*<sup>17</sup>, en un entrenamiento a oficiales de policía en Kuala Lumpur, Malasia, tuvo oportunidad de conocer de primera mano cómo las Triadas de Taiwan operan la mayoría de fábricas de producción de falsificaciones, no solamente en Malasia sino en Asia en general.

En los mercados abiertos, este *CCIPS* pudo ver cómo los vendedores exponen sus mercancías falsificadas sobre telas de colores: si es azul indica que el vendedor pertenece a X organización; si es roja, pertenece a la organización ZZ, y así sucesivamente. Situaciones similares se encuentran en algunas partes de la ex Unión Soviética y en Paraguay, país que es usado como punto de llegada de la mercancía falsa de Asia a América; la industria privada tiene pruebas que demuestran cómo desde Asia las triadas controlan el mercado de discos ópticos falsos a través de Ciudad del Este.

<sup>17</sup> *Computer Crime and Intellectual Property Section*, Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América.

e. *Piratería punto a punto*

Nos concentraremos, ahora, en los usuarios de las redes P2P. Solamente en Estados Unidos la cantidad de personas que ha descargado ilegalmente canciones y películas asciende a 50'000.000 y, de estos, 5'000.000 lo hacen con mucha frecuencia. Adicionalmente, a dos tercios de quienes descargan estas obras y a la mitad de los que las cargan (*uploaders*) no les importa que se trate de obras protegidas por los derechos de autor y que no hayan pagado las regalías debidas en justicia y en derecho.

John Malcolm, mencionado arriba, en una ponencia ante la Asociación de la Barra del Estado de Nueva York y la *International Bar Association*<sup>18</sup> ejemplificaba la situación de la piratería a través de estas redes de la siguiente manera: si una persona es arrestada por comercializar 500.000 CDs de música pirata, nadie estaría en contra de que esa persona fuera procesada penalmente y condenada a una pena privativa de la libertad; en cambio, si esa persona hubiera cargado (*uploaded*) esa misma cantidad de canciones en su computador para que cualquier otro usuario de la red P2P pudiera descargarlas gratuitamente, la percepción del público sería completamente diferente y mucho más favorable al pirata.

El razonamiento generalizado sobre esta forma de piratería suele culpar a los titulares de los derechos de autor, es decir, a las empresas productoras de discos y de software de no haber sido capaces de responder oportunamente a los avances de la tecnología y a la gratuidad de la piratería generalizada con rebajas en los precios, que no afectarían en nada sus grandes riquezas. Malcolm responde a este argumento con una sencilla pregunta: ¿quiere esto decir que podemos coger lo que queramos, en cualquier momento, solamente porque ahora disponemos de los medios para hacerlo? Y ejemplifica de nuevo: si me parece que la gasolina es muy costosa, entonces, ¿por qué no llenar el tanque de combustible de mi automóvil e irme sin pagar?.

Ahora bien, al intentar descargar obras ilegalmente a través de estas redes, el usuario se expone a diversos peligros que, no por ser virtuales, dejan de traer consecuencias sumamente dolorosas. Ese es el tema que desarrollaremos en el siguiente numeral.

i. Acceso a pornografía

Cualquiera que haya usado *Kazaa* o algún otro programa similar sabe que la primera tarea que se realiza es una búsqueda de archivos mediante palabras clave; así, si se quieren descargar canciones de Elvis Presley, basta con escribir su nombre y hacer click. Inmediatamente se despliegan los resultados de la búsqueda, que pueden ser descargados con otro simple click y tan rápido como lo permitan las conexiones de ambos usuarios (del *uploader* y del *downloader*).

<sup>18</sup> *Privacy and Intellectual Property - Legal Issues Related to Peer-To-Peer File. Sharing over the Internet*. Amsterdam, 23 de octubre de 2003.

Ahora bien, quienes distribuyen pornografía, tanto de adultos como de menores, suelen modificar los nombres de los archivos, bien de video, de imágenes o de texto, de manera que su detección por los filtros de contenido sea algo más difícil. Esto se traduce en que cualquier niña de 14 años, citando el ejemplo dado al respecto por Malcolm, al buscar por las palabras clave Britney Spears puede resultar descargando contenidos bastante inapropiados y lesivos.

Así que, frente a este punto, quienes descargan, así sea por una sola vez, canciones o películas ilegales a través de estas redes, pueden resultar accediendo a material de pornografía infantil, que es por definición un crimen de lesa humanidad que merece las mayores condenas. Baste mencionar que un miembro de la banda *Rolling Stones* está siendo investigado penalmente en Gran Bretaña por haber descargado imágenes de esta clase (no por haberlas cargado, solamente por haberlas descargado).

Como es sabido en los círculos de investigación de estos temas, los delincuentes que distribuyen este material lo suelen usar, o bien para generar tráfico hacia sus sitios Web, o bien, mediante técnicas de esteganografía, para hacer llegar mensajes a destinatarios puntuales (en estos casos se trata de organizaciones criminales estructuradas que usan material gráfico como un simple medio de comunicación). Si el usuario descarga un esteganograma (imagen que oculta un determinado contenido), al no impedir que sea inmediatamente cargado (*uploaded*) por su máquina, se convierte en colaborador de esa industria delictiva puesto que su propio computador empieza a ser usado como una herramienta de comunicación (tanto como prestar el teléfono a un delincuente para que llame a sus secuaces a la hora de definir la estrategia de robo).

## ii. La intimidad en riesgo.

Los usuarios de programas de *file sharing*, al instalarlos, instalan también, con muchísima frecuencia, códigos que no querrían tener en sus computadores: *spyware*, *malware*, *adware*, virus y caballos de troya. Estos pueden realizar diversas tareas, desde monitorear la actividad en línea de la persona hasta capturar conversaciones personales, incluyendo la diseminación de gusanos.

Con estos códigos, la máquina del usuario queda convertida en una ventana abierta a toda la información que contiene. Si ha recibido un troyano, podrá ser accedida, muy a pesar del *firewall* personal, por el atacante que lo haya incluido; si ha recibido *spyware*, alguien en otro hemisferio recibirá información privada que no debería escapar; si ha recibido un gusano, su máquina se convertirá en fuente de infección para muchas otras; en fin.

Las máquinas quedan al descubierto en la Internet, sobre todo en el momento en el que se realiza la descarga, en el que es conocible incluso su dirección IP. Según Malcolm, los usuarios de estas redes de alguna manera renuncian a la privacidad que los protegería de que terceras personas conocieran, sin su consentimiento, los archivos que guardan en su computador, además de su dirección IP; si un titular de derechos de autor detecta a un pirata en una red

P2P, no podrá el último alegar su derecho a la intimidad para evitar ser procesado, puesto que la ley no protege la anonimidad de los delincuentes.

### 3. La lucha contra estos delitos

#### 3.1. El *enforcement* de estos delitos en Estados Unidos

Acabamos de mencionar cómo un usuario puede ser detectado en una red P2P en el momento justo de descargar obras ilegalmente. Los agentes de la ley, al conocer su IP, pueden, mediante un *subpoena*, iniciar un proceso en contra de la persona en virtud del *Digital Millennium Copyright Act*.

A través de este procedimiento, la cantidad de personas procesadas criminalmente por este delito asciende cada vez más; el año anterior la *Recording Industry Association of America* inició procesos en contra de más de 250 personas por descargar ilegalmente canciones en las redes. También las autoridades de policía federales tienen la facultad de procesar a estos delincuentes sin que tengan que respetar esa privacidad alegada por ellos, que no es otra cosa que la anonimización del delincuente.

Cabe mencionar cómo la ley estadounidense protege fuertemente la privacidad de los usuarios de Internet, hasta el punto de que para conocer la identidad de un usuario de un proveedor de Internet, aun en casos de emergencia, es necesario requerir al último a través de un *subpoena* o una orden de una corte; para realizar monitoreos de actividades en línea es indispensable una orden de una corte. Las normas son más estrictas con los agentes de la ley, pues puede ser más fácil para una persona privada acceder a los registros que un proveedor de servicios guarda respecto de un suscriptor, que puede voluntariamente levantar el secreto (*disclose*) que existe sobre esa información para facilitársela a ésta, mientras que para un funcionario de policía es indispensable un *subpoena* o una orden de una corte.

#### 3.2. La Ley de Prevención de la Piratería Punto a Punto.

En julio de 2002, tres representantes a la Cámara en Estados Unidos, presentaron el correspondiente proyecto de ley. Mediante su promulgación, buscan evitar a los titulares de los derechos de autor responsabilidades civiles con motivo de sus actividades de prevención de la piratería punto a punto mediante el uso de herramientas tecnológicas. Citando el fallo de la Novena Corte de Circuito, en el caso Napster, el representante Howard Berman expone: “*Los usuarios de Napster violan al menos dos derechos de los demandantes: los de reproducción y distribución. Aquellos que cargan (upload) los índices de búsqueda con las obras protegidas para que puedan ser encontradas y descargadas por otros, violan los derechos de distribución; y, aquellos que los descargan, violan los de reproducción*”<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Howard Berman. The truth about the Peer to Peer Piracy Prevention Act. Publicado en FindLaws, [http://writ.news.findlaw.com/commentary/20021001\\_berman.html](http://writ.news.findlaw.com/commentary/20021001_berman.html). 1 de octubre de 2002.

La propuesta de estos congresistas se resume en el viejo dicho de “garrote y zanahorias”. Zanahorias, dando al público precios bajos y mecanismos amigables de acceso a contenido legal. Y, garrote, porque las zanahorias solas no alejarán a los piratas de las descargas ilegales, sobre todo teniendo en cuenta que su calidad y rapidez se incrementan constantemente.

Teniendo en cuenta que las acciones legales en contra de los *downloaders* no son suficientes, porque, a pesar de enviar un mensaje de advertencia, ellos saben bien que con casi total certeza no serán apresados, esta ley permite a los titulares de los derechos de autor *ayudarse ellos mismos*, dándoles inmunidad en cuanto a la responsabilidad patrimonial. Sin embargo, sabiendo que una inmunidad total, cuando se trata de ser uno su propio policía, puede servir para que se presenten muchos abusos, esa inmunidad se limita a evitar únicamente la distribución, exhibición, ejecución o reproducción no autorizadas de sus propias obras en redes punto a punto públicas.

Berman explica cómo, si un titular de derechos de autor logra acabar, tecnológicamente, la piratería de sus obras en una red pública P2P, sin hacer nada diferente a esto, no tendrá ninguna responsabilidad patrimonial. Sin embargo, si en su intento por defender sus derechos deteriora el servicio de acceso a Internet de una empresa, o elimina accidentalmente archivos, si deberá entrar a indemnizar los daños causados.

La ley expresamente prevé que un titular de derechos de autor no podrá modificar ni borrar archivos de un *file trader*, de manera que, intentando bloquear sus *uploads* y *downloads*, no podría ese titular enviarle un virus al delincuente. Finalmente, el titular perdería esa inmunidad en dos eventos: si con anterioridad no diera aviso al *Attorney General* (es decir, al fiscal competente) de cuál sería la tecnología antipiratería a usar en su propia defensa en las redes P2P; y, si no se identifica plenamente ante un *file trader* que le solicita hacerlo.

Una de las tecnologías antipiratería disponibles en el mercado para quienes desean evitar el robo de sus obras es la ofrecida por la empresa californiana *Audible Magic*. Ha sido probada en varias universidades, empresas y pequeños proveedores de acceso a Internet, su funcionamiento se basa en la instalación de una especie de *sniffer*, que captura toda la información que viaja a través de las redes y lee, *byte a byte*, el contenido de los paquetes de datos. Sin embargo, puesto que la herramienta no hace más que un monitoreo, ya está en diseño el complemento de bloqueo efectivo de transferencia de archivos.

### 3.3. La respuesta estatal

Es evidente que el Estado no cuenta con los recursos necesarios para combatir estos delitos; necesitaría leyes más agresivas, más recursos en términos de posibilidades financieras, capacitación, personal entrenado y acceso a tecnología de punta, entre otros. Sin embargo, para que estas falencias puedan ser llenadas debe surtir, primero, un proceso de concientización en todas las esferas del poder público acerca de la real gravedad de los *IPCs*.

El *íter criminis* de estos delitos traspasa fronteras y continentes; un primer paso en su lucha sería el desarrollo de más y mejor inteligencia. Adicionalmente, la colaboración de los gobiernos es fundamental, puesto que son delitos preparados y ejecutados en varios países, de manera que en todos ellos se requiere el concurso policial; si alguno no cuenta con el conocimiento o la voluntad de combatirlos, permitirá que continúe la impunidad.

Aún los países con el conocimiento y la voluntad de lucha pueden tener dificultades a la hora de enfrentar los *IPCs*, cuando quiera que, de acuerdo con Malcolm, no cuenten con suficientes recursos investigativos, sus leyes sean inadecuadas, el sistema judicial no imponga condenas altas o la corrupción haga del *enforcement* algo inexistente. En el caso de Estados Unidos, la estrategia de acercamiento a otros gobiernos es hecha desde un frente en el que participan varias entidades investigativas, entre las que están el Departamento de Justicia, el FBI, el *Customs Service*, la *Patent and Trademark Office*, la *Copyright Office*, el Departamento de Estado y el *U.S. Trade Representative*.

También es de mencionar, a manera de ejemplo, el surgimiento de la Iniciativa de los Derechos de Propiedad Intelectual, en 1999; formada por el FBI, el Departamento de Justicia y el *Customs Service*, busca combatir la piratería y la falsificación a nivel interno e internacional. Sus componentes principales son los siguientes:

- Elevar la prioridad de la investigación criminal de *IPCs*.
- Elevar el nivel de entrenamiento especializado para los investigadores y los fiscales.
- Desarrollar programas de entrenamiento para los oficiales de policía a nivel federal y estatal.
- Establecer puntos de apoyo provenientes de la industria privada a través de un sistema de comunicaciones eficiente.
- Incrementar los esfuerzos por aumentar las penas que la ley prevé para los casos de violación de derechos de propiedad intelectual.
- Resaltar las prioridades comerciales en la lucha internacional contra la piratería, definiendo países clave y proveyéndoles entrenamiento y asistencia técnica.

#### **4. Conclusiones**

Las nuevas tecnologías, usadas necesariamente para cometer los *IPCs*, imponen siempre nuevos retos a las autoridades y a la sociedad en general. Por una parte, hacen surgir las necesidades de dar más recursos a los investigadores y fiscales y de conseguir penas más altas para los delincuentes, entre otros temas; por otra, hacen pensar en una autorregulación por parte de todos los ciudadanos, de manera que, al no existir policía efectiva en Internet, cada cual sea guardián de lo ajeno y, o bien denuncie a los delincuentes, o al menos, no se convierta en uno por acción.

La anterior *Attorney General* Janet Reno exponía, en septiembre de 2000, cómo uno de los retos más grandes del Departamento de Justicia había sido la creación de una matriz que permitiera confrontar las leyes sobre propiedad intelectual vigentes en varios países, junto con tratados de extradición para los delitos relacionados; los beneficios de esta matriz serían tan concretos que permitirían el intercambio de ayuda judicial entre países, incluyendo evidencia admisible en las cortes de varias jurisdicciones. Puesto que numerosos países se niegan a colaborar en estos temas ya que en sus legislaciones no están contemplados los delitos de que se trate, es necesario que esas leyes sean robustecidas y apoyadas por tratados de extradición.

Es decir, es necesario lograr que los delitos contra la propiedad intelectual sean extraditables, al fin y al cabo, tal y como afirmó la Comisión Europea, el mercado de bienes falsificados está en crecimiento y se ha convertido en una industria global, similar a las que manejan el tráfico de drogas, el tráfico ilegal de armas y el lavado de dinero. Reno comentaba: “*Cuando los esfuerzos internacionales de lucha contra la piratería se dirijan a desactivar cada uno de los vínculos de las redes de delincuentes, éstos entenderán que ningún país es un lugar seguro*”<sup>20</sup>.

Y, siendo claro que la lucha contra la piratería siempre será concretada a nivel local, es necesario que el público y los ofendidos puedan responder fácilmente a la pregunta de a quién acudir cuando sus derechos sean violados. En Estados Unidos, comentaba Reno, a esa pregunta correspondía una respuesta de entre ocho y diez entidades diferentes; así que el gobierno del entonces Presidente Bush decidió crear el *National Intellectual Property Law Enforcement Coordination Council*, buscando aunar los esfuerzos de cada una de las fuerzas policiales.

Resumiendo, para combatir la piratería sería necesario:

- A nivel local: aumentar las penas por los delitos de propiedad intelectual; dotar de más recursos (financieros, tecnología, personal y capacitación) a las autoridades de policía y lograr que los sistemas de justicia sean efectivos.
- A nivel internacional: entrada en vigencia de acuerdos de extradición para delitos de propiedad intelectual, que permitan el intercambio de información sobre investigaciones, la ayuda probatoria internacional y la asistencia técnica entre naciones.

<sup>20</sup> Symposium of the Americas: protecting intellectual property in the Digital Age. 12 de septiembre de 2000. En: <http://www.cybercrime.gov/ipsymposium.htm> .



# Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano

Nelson Remolina Angarita\*

---

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Información y dato personal. 2.1. Usos y limitaciones. 3. Data protection: concepto y panorama internacional. 3.1. Concepto 3.2. El tratamiento de datos personales es una actividad y un negocio que involucra derechos humanos fundamentales. 3.3. Del uso de bases de datos como centrales universales. 3.4. Algunos riesgos latentes en el tratamiento de datos personales. 3.5. Panorama internacional del “Data protection”. 3.6. El data protection no se reduce únicamente a proteger el derecho a la intimidad de las personas. 3.7. ¿Cuándo se considera que un país garantiza un nivel adecuado de protección de los datos personales de sus ciudadanos? 4. El Habeas Data. 4.1. ¿De dónde venimos?: el administrador de bancos de datos personales venía operando “libremente”. 4.2. ¿Hacia dónde vamos?: a imponer reglas éticas y jurídicas a los administradores de bancos de datos que les implican mayores costos en su gestión. 4.3. El habeas data y la protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional. 5. Conclusiones.

## Resumen

“*La información lo es todo*”. Los datos sobre las personas así como el uso de bases de datos son “insumos” fundamentales para casi todas las actividades públicas y privadas. El habeas data y la protección de datos personales (data protection) son temas fundamentales que están en mora de ser regulados en Colombia y en otros países. Internacionalmente representan aspectos “sensibles” que han cobrado gran importancia en el contexto de la sociedad de la información. El artículo plantea la importancia de la protección de datos personales y de las bases de datos en una sociedad moderna. Puntualiza algunos riesgos

---

Recibido: 05/05/2004 • Aceptado: 25/05/2005

\* Abogado (1994) y Especialista en Derecho Comercial (1995) de la Universidad de los Andes. *Master of Laws* (2000) del *London School of Economics and Political Sciences* con énfasis en Derecho Informático y Económico. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Autor de artículos especializados en derecho informático y económico. Coautor y coordinador de los libros: “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones” (Editorial Legis, junio de 2002) y “Derecho de Internet & Telecomunicaciones” (Editorial Legis, noviembre de 2003). Fundador y Director del Grupo de Estudios en “Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones & Informática” (GECTI) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. [nremolin@uniandes.edu.co](mailto:nremolin@uniandes.edu.co)

que crea el tratamiento inadecuado de datos personales y recoge los desarrollos jurisprudenciales del habeas data que ha realizado la Corte Constitucional.

**Palabras clave:** Dato personal. Bases de datos. Centrales de Información Crediticia (CIC). Principios del tratamiento de datos personales.

### Abstract

The protection of human rights against the improper use of sophisticated information technology is a problem that remains unsolved. Each day new sophisticated information technologies create modern and previously unimaginable ways to challenge the protection of human rights. Modern computing technologies and the Internet have generated the capacity to gather, manipulate, and share massive quantities of data. Many Web sites, particularly e-commerce sites, for example, collect large amounts of personal information about individuals such as their e-mail address, home address and banking details.

Data protection governs the manner in which computerized data relating to individuals may be collected, held, processed, used, disclosed and transferred. This article presents an overview of the most common world-wide aspects related to data protection in the context of today's new technological reality with specially reference to the Colombia experience.

**Keywords:** Personal Data. Databases. Credit Information Centres. Personal data processing principles.

## 1. Introducción

La protección de los derechos humanos frente al uso inapropiado de los avances tecnológicos de información, así como el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad son dos de los grandes temas latentes de nuestro tiempo que aún no han sido solucionados. No es raro ver como en el mercado cada día se introducen sofisticadas tecnologías de información cuyo uso inadecuado, aunque no se perciba fácilmente, crea inimaginables e imperceptibles conductas que pueden comprometer negativamente la protección de los derechos humanos. De hecho, *Privacy Internacional* ha destacado que las nuevas tecnologías de información están significativamente aumentando caminos tendentes a erosionar el derecho a la intimidad de las personas<sup>1</sup>. Reconocidos autores en la materia, por su parte, coinciden en afirmar que las preocupaciones sobre la protección del derecho a la intimidad son más grandes ahora que en otro momento de la historia reciente<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Privacy Internacional. *Privacy and Human Rights 1999: An international survey of privacy laws and developments*. Londres y Washington, 1999.

<sup>2</sup> Davies, Simon. "Re-engineering the right to privacy: how has been transformed from a right to a commodity". Artículo publicado en: Agree and Rotenberg ed. *Technology and privacy: The new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997.

A partir de la expedición de la Carta Política Colombiana de 1991 y con ocasión de la presentación de numerosas acciones de tutela, nuestras Cortes, especialmente la Corte Constitucional Colombiana, han desarrollado a nivel jurisprudencial los alcances del Habeas Data. Pese a varios intentos por reglamentar esta materia, Colombia no cuenta con una ley estatutaria que regule la protección jurídica de datos personales frente a los eventuales abusos en su tratamiento por parte de terceros. Por ello, los desarrollos jurisprudenciales sobre el tema junto con la acción de tutela y el derecho de petición han sido las herramientas más importantes para exigir el respeto al habeas data en Colombia.

El presente artículo, sin pretender hacer un estudio exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos relacionados con la protección de datos personales, tiene como especial propósito destacar los principales tópicos sobre “Data Protection” a nivel internacional así como los lineamientos jurisprudenciales que se han desarrollado sobre la materia a partir de la expedición de la Carta Política de 1991.

## **2. Información y dato personal**

La información o los datos en general (incluida la información sobre las personas) es un bien constitucionalmente protegido. El artículo 20 de la Carta establece la garantía a toda persona para “informar y recibir información veraz e imparcial”. De esta manera, el derecho al acceso y a la difusión de la información es consistente con la Constitución siempre y cuando reúna dos condiciones: ser veraz e imparcial.

El dato personal es información sobre las personas. Este señala el marco de acción a partir del cual le corresponde al administrador o poseedor de dicha información adoptar una serie de medidas con miras a garantizar al titular del dato un tratamiento leal y lícito de su información. De acuerdo con un criterio internacional que ha tenido amplia acogida, el dato de carácter personal significa “*toda información concerniente a una persona física identificada o identificable (interesado)*”<sup>3</sup>. Para determinar si una persona es identificable, se debe considerar el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados por el administrador de un banco de datos o por cualquier otra persona, para identificar a dicha persona. La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo precisa que “*se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*”<sup>4</sup>. En otras palabras, el dato personal hace referencia a cualquier información sobre una

<sup>3</sup> Cfr. Literal a) del artículo 2 del Convenio para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, elaborado por el Consejo de Europa en 1981.

<sup>4</sup> Literal a) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995 “*relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*”. Esta Directiva precisa

persona independientemente del medio que se utilice para captarla, transmitirla, manejarla, registrarla, conservarla o comunicarla (escrito, sonido, imagen, huellas dactilares, etc.)

La gama de informaciones que se puede producir acerca de una persona es diversa. Ellas pueden estar relacionadas con: nuestras transacciones financieras, el consumo de estupefacientes, la situación familiar, nuestra solvencia económica, las creencias religiosas, la salud, los procesos y condenas criminales, nuestra raza, profesión, los títulos y grados académicos, el comportamiento sexual, las aficiones, los salarios, nuestras ideas políticas, etc.

El tratamiento jurídico de toda la información sobre una persona no es uniforme. Este depende de la naturaleza o de los riesgos o efectos que pueda ocasionar cada tipo de información personal. En otras palabras, la naturaleza jurídica del dato personal define los parámetros que deben observarse en su tratamiento por parte de terceros. La inobservancia de los mismos acarrea diversas consecuencias de naturaleza civil y penal. Así por ejemplo, si la información incorporada en un banco de datos es de carácter reservado y ésta se divulga indebidamente, eventualmente se estaría incurriendo en los delitos de “*divulgación y empleo de documentos reservados*” o “*utilización de asunto sometido a secreto o reserva*” consagrados en los artículos 194 y 419 en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000).

## 2.1 Usos y limitaciones

Generalmente, la información personal o los datos personales son la base de una decisión que afecta, directa o indirectamente, positiva o negativamente, a la persona.

El tratamiento de datos personales puede obedecer a diversos fines lícitos e ilícitos: seguridad nacional, tributarios, penales, comerciales, financieros, clínicos, laborales, estadísticos, encuestas, seguridad social, científicos, académicos, sociales, servicios públicos, delictivos (secuestros, extorsiones) etc. La entrega o adquisición de datos personales se justifica mediante distintos argumentos que en últimas apuntan a alcanzar, entre otros, los fines señalados.

La preocupación nacional e internacional radica no sólo en el uso ilegítimo de la información (ya sea para fines no autorizados por la ley o para realizar actividades delictivas) sino en la eventual negligencia o el abuso en que puedan incurrir los administradores de los bancos de datos o quien tenga poder de decisión sobre los mismos. Una gestión o tratamiento negligente, ilegal o antiética de datos personales puede traducirse en una violación de derechos fundamentales de la persona.

De conformidad con la doctrina<sup>5</sup>, el tratamiento automatizado de datos personales puede utilizarse de distintas formas para lesionar los derechos y

que las legislaciones relativas a la protección de las personas jurídicas respecto del tratamiento de los datos que las conciernan no son objeto de regulación por parte de la misma.

<sup>5</sup> Velásquez Bautista, Rafael. Protección jurídica de datos personales automatizados. Editorial Colex. Pág. 31. Madrid. 1993.

cercenar las libertades, a saber: tomando decisiones que afecten negativamente a los sujetos sin que ellos tengan conocimiento de por qué se resuelve de esa manera; elaborando perfiles incorrectos de las personas o un perfil de los individuos que permita un eficaz control sobre sus actividades; haciendo una simulación de las reacciones o comportamientos futuros de los individuos, fundamentándose para ello en sus datos; actuando negligentemente, no actualizando, borrando o complementando los datos registrados, etc.

En el actual contexto de la Sociedad de la Información, el suministro de información personal para innumerables propósitos se ha convertido en una actividad casi diaria o permanente de las personas. De hecho, cuando la persona busca empleo o desea adquirir un bien o servicio debe entregar información a un tercero, independientemente de los resultados que obtenga. Paralelamente, las empresas y entidades del sector público solicitan información personal para adoptar decisiones o prestar un servicio. Para algunas empresas el tratamiento de datos personales se constituye en su principal actividad o negocio. Este es el caso, por ejemplo, de las centrales de información crediticia (CIC).

En la práctica, los datos personales se han convertido en elementos "imprescindibles" para terceros y por eso la persona los entrega de manera voluntaria o en cumplimiento de algún mandato legal. El punto está en definir, tal y como lo plantea Velásquez Bautista, si el cumplimiento de una finalidad o el "funcionamiento del sistema" es razón suficiente para constreñir o anular el ámbito de la intimidad y demás derechos fundamentales? Esta cuestión, comenta el mencionado autor, hay que responderla de manera negativa, porque además de encarnar graves peligros para todos, tiene su origen en un falso dilema, ya que, *"no hay que optar por sacrificar con un sentido excluyente, sino más bien, por compatibilizar o armonizar, sin perjuicio de las necesarias preponderancias"*<sup>6</sup>.

La Constitución colombiana consagra límites en cuanto al acceso, circulación y el tratamiento de la información personal. El inciso segundo del artículo 15 ordena que *"en la recolección, tratamiento, y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución"*. Así, el derecho a la intimidad protege a las personas del acceso a datos personales que de manera aislada o en conjunto permiten conocer aspectos de la vida privada o familiar de las personas. El derecho al buen nombre supone que no debe circular información falsa, errónea, incompleta o desactualizada sobre las personas. El debido proceso exige que el tratamiento de datos personales se realice de manera leal y lícita observando el cumplimiento de ciertos mandatos legales, constitucionales o jurisprudenciales. La libertad personal reclama que la persona no sea detenida con fundamento en información errónea. La igualdad demanda evitar actos discriminatorios con base en el uso de información sobre las personas. El derecho de acceso a documentos públicos permite conocer sin restricciones la información que reposa en entidades del sector público, salvo la expresamente señalada por la ley.

6 Ídem, p 66.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de exigir al operador o administrador de una base de datos que realice su función de manera leal, lícita y ética para que no ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas. Por eso, la Corte Constitucional ha señalado como deber constitucional el administrar correctamente los sistemas de información, manuales o sistematizados, que contengan datos personales: “*En concepto de esta Corporación existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante*”<sup>7</sup>.

### 3. Data protection: concepto y panorama internacional

La protección de los derechos humanos frente al uso inapropiado de los avances tecnológicos de información, así como el conflicto entre la libertad de información y el derecho a la intimidad son dos de los grandes temas latentes de nuestro tiempo que aún no han sido solucionados. No es raro ver como en el mercado cada día se introducen sofisticadas tecnologías de información cuyo uso inadecuado, aunque no se perciba fácilmente, crea inimaginables e imperceptibles conductas que pueden comprometer negativamente la protección de los derechos humanos. De hecho, *Privacy Internacional* ha destacado que las nuevas tecnologías de información están significativamente aumentando caminos tendentes a erosionar el derecho a la intimidad de las personas<sup>8</sup>. Reconocidos autores en la materia, por su parte, coinciden en afirmar que las preocupaciones sobre la protección del derecho a la intimidad son más grandes ahora que en otro momento de la historia reciente<sup>9</sup>.

Como resultado de la XIII Cumbre Iberoamericana, el 15 de noviembre de 2003 los Jefes de Estado y de Gobierno de los países Iberoamericanos suscribieron la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”. En ella no sólo se reitera que la revolución informática y tecnológica abre mayores posibilidades de participación social, económica y política sino que “*la protección de datos personales es un derecho fundamental de las personas*” y se destaca la importancia de “*las iniciativas regulatorias iberoamericanas para proteger la privacidad de los ciudadanos contenidas en la Declaración de La Antigua por la que se crea la Red Iberoamericana de Protección de Datos, abierta a todos los países de nuestra Comunidad*”.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>8</sup> Privacy International. *Privacy and Human Rights 1999: An international survey of privacy laws and developments*. Londres y Washington, 1999.

<sup>9</sup> Davies, Simon. “*Re-engineering the right to privacy: how has been transformed from a right to a commodity*”. Artículo publicado en: Agree and Rotenberg ed. *Technology and privacy: The new landscape*. Cambridge: MIT Press, 1997.

### **3.1 Concepto<sup>10</sup>**

Mediante el término *data protection* se designa el conjunto de normas y principios que regulan el tratamiento de datos personales en todas sus etapas (recolección, almacenamiento, circulación, publicación y transferencia nacional e internacional). Según Millard y Ford, “data protection” hace alusión a la manera como la información de las personas es recolectada, almacenada, procesada, utilizada, divulgada y transferida<sup>11</sup>. Se considera como una forma de proteger el derecho a la intimidad porque busca establecer un punto de equilibrio entre dicho derecho y la necesidad de utilizar la información personal por parte de terceros y el derecho a la información.

La protección de datos personales es un fenómeno que prácticamente está latente en todos los países del mundo. El flujo transfronterizo de los mismos se ha convertido en un elemento importante para el desarrollo del comercio electrónico y de otras actividades en las que la información juega un rol esencial.

### **3.2 El tratamiento de datos personales es una actividad y un negocio que involucra derechos humanos fundamentales**

En pleno desarrollo de la era digital y de una economía basada en el conocimiento, la información juega un rol esencial en muchas actividades y es en un factor de poder. De hecho, algunos expertos afirman que “*la información lo es todo*”. Nuestros datos personales (sensibles, públicos, privados, semiprivados, financieros, públicos, etc.) se han convertido en un factor esencial para la toma de decisiones de los sectores público y privado de cualquier sociedad.

La importancia de la información, sumada al fácil y expedito tratamiento (recolección, almacenamiento, circulación, publicación y transferencia) de la misma, gracias a la tecnología, han convertido los datos personales en un bien valioso cuyo uso o comercialización constituye el principal negocio de muchas empresas. Así, por ejemplo, *ChoicePoint Online*<sup>12</sup> es una compañía que ofrece el servicio de acceder rápidamente, vía Internet, a más de 14 billones de datos. El 13 de abril de 2003 se publicó en la página Web de la CNN en español un artículo titulado “*Programa secreto de EE.UU tiene fichados a millones de latinoamericanos*”. Allí se puso de presente que dicha empresa adquirió los siguientes datos personales de más de 31 millones de colombianos: “*datos de identificación de ciudadanos de todo el país, incluyendo la fecha y lugar de nacimiento de cada habitante, su número de pasaporte y de identificación*”

<sup>10</sup> Cfr. Remolina Angarita, Nelson: Data protection: Panorama nacional e internacional. Capítulo de libro publicado en la obra “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones” (Legis, junio de 2002).

<sup>11</sup> Millard, Christopher y Ford, Mark. Data protection Laws of the world. Sweet & Maxwell. Londres. 1999.

<sup>12</sup> [www.choicepointonline.com](http://www.choicepointonline.com)

*nacional, su familia y su descripción física*<sup>13</sup> Recientemente, un periódico colombiano afirmó que “*por esta información y las de muchos otros países en la región, la compañía recibió tan sólo el año pasado más de 11 millones de dólares*”<sup>14</sup>.

Todo lo anterior pone de presente no sólo la importancia de la información en toda actividad, sino la facilidad con que los datos personales de los ciudadanos son cedidos o vendidos por considerables sumas de dinero y de manera masiva a empresas nacionales e internacionales, para diversas finalidades no conocidas ni autorizadas por los titulares de los datos.

### 3.3 Del uso de bases de datos como centrales universales.

La interconexión de bases de datos permite la recopilación masiva, instantánea e indiscriminada de datos sobre una persona desde cualquier parte del mundo. En efecto, las bases de datos pueden actuar como una central de registro universal de la información personal o como parte de una red global de la cual se alimenta dicha central de registro. Lo anterior es así porque es fácil incorporar información personal en bases de datos, y transferirla a terceros u otras bases de datos ubicadas en cualquier parte del mundo. Gracias a la tecnología, toda la información que una persona ha suministrado a diferentes bases de datos en diversas partes del mundo puede ser unida o compilada en una central de registro. Como resultado de lo anterior, una persona, en cualquier momento podría tener acceso a un sinnúmero masivo de toda clase de datos personales de un tercero, la cual podría ser utilizada para fines diversos y desconocidos por el titular de la misma.

En fin, actualmente no es difícil que en cuestión de segundos y con el número de cédula o de pasaporte de una persona, por ejemplo, se obtenga una cantidad masiva e indiscriminada de la información de cualquier persona, que repose en bases de datos o en archivos públicos y privados nacionales o internacionales. Dicha información puede hacer referencia a cualquier aspecto de la persona. Veamos: (i) datos biográficos (nombre, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, nacionalidad, raza y sexo, entre otros); (ii) datos sobre el domicilio (dirección, teléfono, barrio, estrato socio económico, entre otros); (iii) datos familiares (estado civil; nombre de padres y hermanos, número y nombre de hijos, entre otros); (iv) datos laborales (nombre del empleador, nombre del jefe, cargo, salario, responsabilidades, dirección, fax, teléfono, dirección electrónica, horario de trabajo, entre otros); (v) información financiera (ingresos, seguros, saldo promedio, número de cuentas de ahorro o corriente; número de tarjetas de crédito, comportamiento financiero, entre otros); (vi) información médica (grupo

<sup>13</sup> |Sobre este aspecto, el 12 de mayo de 2003 se publicó en el periódico El Tiempo el artículo “*Estados Unidos Compró base de datos del Registro Nacional de Colombia.*” (Págs 1, 2 y 3). Según oficio DP1296 del 26 de Mayo de 2003 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, dicha entidad presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la República para que se investigue y determine si hubo violación a los archivos y a la información sujeta a reserva de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

<sup>14</sup> El Tiempo. Lunes 12 de mayo de 2003. Pág. 1-2.

sanguíneo, enfermedades, alcoholismo, uso de medicamentos, entre otros); (vii) información ideológica (pertenencia a partidos políticos y sindicatos, comportamiento respecto a la frecuencia a votar, religión, entre otros); (viii) información académica (colegios y universidades, títulos obtenidos, calificaciones, investigaciones disciplinarias, entre otros); (ix) información policiaca (infracciones, licencia de conducir, detenciones preventivas, entre otros); (x) pasatiempos (actividades deportivas, tipos de lectura preferida, programas de televisión, hobbies, lugares visitados en vacaciones, entre otros); (xi) hábitos (lugares normalmente frecuentados, clase de libros adquiridos, tipo de ropa utilizada, entre otros); (xii) información sobre viajes y comunicaciones (uso de transporte público, aerolínea o empresa de transporte frecuentemente utilizada, celular, bipper, sitios preferidos para pasar las vacaciones); y (xiii) información patrimonial (bienes inmuebles y muebles, obligaciones pecuniarias, ubicación de bienes, actividad económica que desarrolla, entre otros).

### **3.4 Algunos riesgos latentes en el tratamiento de datos personales**

La peligrasidad del uso inadecuado de las tecnologías de la información para algunos derechos humanos se pone de manifiesto, básicamente, a través de las siguientes circunstancias: (1) La publicación de datos que por su naturaleza pertenecen a la esfera íntima de la persona o que pueden ser tomados como elementos para prácticas discriminatorias; (2) La publicación de información errónea, inexacta, incompleta, desactualizada, parcializada, etc.; (3) La potencialidad de la informática para recopilar y almacenar masivamente datos de cualquier naturaleza sobre las personas y la facilidad para acceder a esa información; (4) La manipulación y/o “cruce” de los datos almacenados que permiten crear perfiles virtuales de las personas (conocer sus pautas de comportamiento, sus tendencias políticas, religiosas, sexuales, entre otras), que pueden resultar valoradas, bien o mal, para las más diversas actividades públicas o privadas; (5) el riesgo de que la información de las personas sea conocida y manipulada por grupos ilegales para diferentes fines (terrorismo, chantajes, extorsiones<sup>15</sup>, saboteos, discriminaciones, etc.) y (6) La utilización de la información para fines no permitidos por la ley o no autorizados por el titular del dato.

<sup>15</sup> Un caso de la historia colombiana que ilustra este problema es lo sucedido con alias “Simón Trinidad”, quien, según la prensa, cuando ingresó a las filas de la guerrilla se llevó consigo información sobre los clientes del Banco del Comercio de Valledupar, la cual utilizó posteriormente para decidir qué personas serían objeto de extorsiones y secuestros con fines económicos: “*Con él se llevó una larga lista de las transacciones realizadas por los millonarios de la región, que después utilizaría para extorsionar y secuestrar a comerciantes y agricultores a nombres de las FARC*”, “no sólo sabía quién era cada quien sino cuánto tenía cada uno”. Como consecuencia de lo anterior, señala la prensa, muchas familias, entre otras, fueron condenadas al exilio (en algunos casos luego de que la guerrilla les secuestraba algún familiar) y otras entraron en crisis o ruina económica.

La vulneración directa sobre los derechos fundamentales de una persona puede ser ocasionada por el inadecuado tratamiento de sus datos personales. Un caso estudiado por la Corte Constitucional, demostró, entre otros, los graves perjuicios que puede sufrir una persona por la negligencia de un administrador de un banco de datos en la no eliminación inmediata de datos negativos. La sentencia T-310 del 10 de abril de 2003 trata el tema de órdenes de captura que, a pesar de haber perdido su vigencia, permanecen registradas en las bases de datos o sistemas de información de la Fiscalía y las entidades encargadas de la preservación del orden público y la seguridad ciudadana.

Según los hechos relatados en la sentencia, un ciudadano estuvo vinculado a un proceso de carácter contravencional por lesiones en accidente de tránsito, del cual conoció el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín. El Juez decretó la terminación del proceso por indemnización integral y el 9 de febrero de 1998, mediante oficio dirigido al Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación, ordenó la cancelación de orden de captura.

Pese a lo anterior, la cancelación de la orden de captura sólo fue efectivamente eliminada de la base de datos del DAS cuatro (4) años después de emitida la orden por parte de un Juez. Durante esos cuatro años, el ciudadano fue privado de la libertad "20 veces aproximadamente". Relata el ciudadano que *"cada retención se ha prolongado por términos que oscilan entre cinco (5) y noventa y dos (92) horas, siendo maltratado física y verbalmente en varias ocasiones"*.

La Corte señaló que la cancelación de órdenes de captura es una obligación del Estado que, de no cumplirse de manera oportuna, da lugar a que se presenten detenciones arbitrarias e ilegales por parte de los diferentes organismos de seguridad y policía, vulnerando el derecho fundamental a la libertad: *"Es evidente que la permanencia de una orden de captura en los registros de la Fiscalía, el DAS o la DIJIN, cuando ha perdido su vigencia y debe ser cancelada, es contraria a todas luces a la Constitución y va en contra de los principios que orientan la administración de datos personales"*.

La Corte concluyó lo siguiente:

- El incumplimiento del DAS de mantener actualizados sus registros y archivos, trajo como consecuencia la vulneración del derecho al habeas data y, en su momento, la violación de los derechos fundamentales a la dignidad, libertad, debido proceso, intimidad, buen nombre, honra y trabajo.
- *"Es preocupante, que existiendo una normatividad tan completa y coherente en materia de registro de órdenes de captura y su cancelación, sigan sucediendo en el país casos como el presente, en los cuales la negligencia de las entidades administradoras de base de datos y de los despachos judiciales, lleguen hasta el punto de atentar contra la dignidad humana de las personas"*.
- *"La protección al derecho al habeas data en todas sus expresiones es una obligación del Estado que debe cumplirse de manera efectiva, sin dilaciones injustificadas, pues como se ha podido determinar, además de ser de naturaleza fundamental, constituye una garantía de protección para otros derechos fundamentales como la libertad, debido proceso, buen nombre, la honra e intimidad, así como del respeto por el principio de la dignidad humana"*.

### **3.5 Panorama internacional del “Data protection”**

Organismos internacionales como la ONU, la OECD, el Parlamento Europeo y otros, han expedido principios y reglamentaciones relacionadas con el habeas data y el data protection. Muchos de ellos están incorporados en leyes sobre la materia alrededor del mundo y se pueden resumir en los principios de *legalidad* y *lealtad* al recabar los datos, al tratarlos, al utilizar el resultado de su tratamiento y al, en su caso, cederlos a terceros, y los de *pertinencia*, *adecuación* al fin y *obligaciones del responsable del tratamiento de los datos* (el administrador de la base de datos), complementados con los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación (elementos integrantes del habeas data) que se constituyen en una constante en el articulado de las diferentes normas.

Desde la década de los sesenta se han desarrollado documentos internacionales que incorporan principios tendentes a proteger los datos personales y algunos derechos fundamentales (intimidad, buen nombre, honra, honor, debido proceso y libertad, entre otros) de cara al contexto de la Sociedad de la Información. Dentro de los documentos internacionales más representativos sobre la materia encontramos los siguientes:

- Resolución 509 de 1968 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre “los derechos humanos y los nuevos logros científicos”;
- Resolución 3384 del 10 de noviembre de 1975 de la Asamblea General de la ONU: “Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad”;
- Guía para la protección de la privacidad y transferencia del flujos de información personal elaborada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) el 23 de noviembre de 1980;
- Convención No. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Suscrita en Estrasburgo el 28 de enero de 1981;
- Resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990 de la Asamblea General de la ONU: “Principios rectores para la reglamentación de ficheros de datos personales”;
- Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos;
- Directiva 97/66/CE sobre el tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones
- *International Safe Harbor Privacy Principles* suscrito el 21 de julio de 2000 por el Departamento de Comercio de Estados Unidos.
- Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas
- Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000

Si bien existen diferencias entre unos y otros, dado que poseen ámbitos de aplicación diferentes y grados de obligatoriedad distintos, los documentos coinciden en señalar una serie de principios, derechos, deberes y obligaciones en cabeza de todos los actores que intervienen en la recolección, tratamiento y circulación de datos personales.

Los documentos citados se han constituido en la base de numerosas legislaciones de países en el mundo<sup>16</sup>. Muchos de ellos han acogido las pautas plasmadas en la resolución 45/95 de 1990 de la ONU, así como la visión europea sobre el tema, la cual, entre otros, dispone que los datos personales sean:

“a) tratados de manera leal y lícita;

“b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; (...)

“c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente;

d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas;

“e) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. (...)”<sup>17</sup>.

### 3.6 El *data protection* no se reduce únicamente a proteger el derecho a la intimidad de las personas.

El *data protection* propende por el tratamiento adecuado de los datos de las personas. Aunque frecuentemente se ha ligado al derecho a la intimidad, su campo de acción es mucho más amplio ya que a través del mismo también se protegen otros derechos como el buen nombre, la información, la libertad, el honor y la honra. Adicionalmente, el tratamiento de datos personales exige que el mismo esté rodeado de un debido proceso que debe observar tanto la fuente de la información (diferente al titular del dato) como el administrador y/o responsable del tratamiento de dicha información.

La Carta de Derechos Humanos de la Unión Europea de 200, busca “*reforzar la protección de los derechos fundamentales, dotándolos de mayor presencia, a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos*”<sup>18</sup> (destaco). Por eso, se introdujo la protección de

16 Por ejemplo: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Portugal, España, Suecia, Reino Unido, Argentina, Chile, Canadá, entre otros.

En [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/privacy/law/implementation\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/law/implementation_en.htm) se puede consultar un informe sobre el estado de implementación de la Directiva 95/46/CE en Europa.

17 Cfr. Art. 6 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 P. 0031 – 0050).

18 Cfr. Considerando No. 4 del preámbulo de la Carta

datos personales como un derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad para proteger al ciudadano frente al tratamiento de sus datos personales bajo el contexto de la sociedad de la información:

*“Artículo 8. Protección de datos de carácter personal: Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”<sup>19</sup>.*

### **3.7 ¿Cuándo se considera que un país garantiza un nivel adecuado de protección de los datos personales de sus ciudadanos?**

Según el “Grupo de Trabajo Protección sobre de Datos”<sup>20</sup> de la Unión Europea, es necesario que la regulación de un país contenga no sólo unos “principios” de contenido y “procedimientos” de protección de datos personales, sino mecanismos y autoridades que efectivamente velen por la protección de dicha información<sup>21</sup>.

Los principios de la protección tienen su expresión, por una parte, en las distintas obligaciones que incumben a las personas, autoridades públicas, empresas, agencias u otros organismos que efectúen tratamientos de datos personales: obligaciones relativas, en particular, a la calidad de los datos, la seguridad técnica, la notificación a las autoridades de control y las circunstancias en las que se puede efectuar el tratamiento. De otra parte, también se manifiestan en los derechos otorgados a las personas cuyos datos sean objeto de tratamiento: derecho de ser informadas acerca de dicho tratamiento, de poder acceder a los datos, de poder solicitar su rectificación o incluso de oponerse a su tratamiento en determinadas circunstancias.

Cualquier persona debe disfrutar del derecho de acceso a los datos que le conciernan para cerciorarse, en particular, de su exactitud y de la licitud de su tratamiento. Si el tratamiento indebido de datos personales causa perjuicios a la persona, ésta debe contar con una acción legal para que obtenga del responsable la reparación pertinente.

<sup>19</sup> Señalan los antecedentes de la norma que ella se basa en el artículo 286 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y en la Directiva 95/46/CE, así como en el artículo 8 del CEDH y en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos personales de 1981.

<sup>20</sup> El Grupo de Trabajo, creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, es un órgano consultivo independiente de la UE sobre protección de datos y vida privada. Sus funciones se definen en el artículo 30 de citada Directiva y en el artículo 14 de la Directiva 97/66/CE.

<sup>21</sup> Ver: Dictamen 4/2002 sobre el nivel de protección de datos personales en Argentina, adoptado el 3 de octubre de 2002.

En el campo de la transferencia de datos personales entre países, se debe exigir que los datos únicamente se transfieran a países que garanticen un nivel de adecuado de protección.

Todo tratamiento de datos personales se debe efectuar de forma lícita y leal con respecto al interesado. Para ser lícito el tratamiento de datos personales debe basarse en el consentimiento informado del interesado. Adicionalmente, los datos personales deben ser: (a) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; (b) adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente; (c) exactos y actualizados; (d) conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente.

La protección de los derechos y libertades de los interesados en lo que respecta al tratamiento de datos personales exige la adopción de medidas técnicas y organizacionales apropiadas, tanto en el momento de la concepción del sistema de tratamiento como en el de la aplicación de los mismos, sobre todo con el objeto de garantizar la seguridad e impedir, por tanto, todo tratamiento no autorizado o uso inadecuado de la información.

Finalmente, la existencia de una autoridad de control de los administradores de bancos de datos que ejerza sus funciones con plena independencia constituye un elemento esencial de la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

Aunque este modelo europeo de protección de datos personales se considera estricto frente a la política norteamericana sobre la materia, los europeos consideran que el nivel brindado por la Directiva 95/46 es bajo. En efecto, en mayo de 2003 el “Grupo Europeo de Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales” puso de presente que según una encuesta realizada el 44,9% de las personas consideró que el nivel de protección de la Directiva es mínimo. El 81% de los entrevistados, estimó que el nivel de sensibilización sobre protección de datos es insuficiente<sup>22</sup>.

#### 4. El habeas data<sup>23</sup>

Según el artículo 15 de la Constitución Colombiana: *"Todas las personas (...), tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas"*.

22 Ver: Grupo Europeo de Protección de las Personas en lo que respecta al Tratamiento de Datos Personales. Primer informe sobre la aplicación de la Directiva sobre Protección de Datos (95/45 CE). /\*COM/2003/265: Mayo de 2003.

23 Para mayor detalle sobre este tema, se sugiere consultar el siguiente texto: Remolina Angarita, Nelson: Data protection: Panorama nacional e internacional. Capítulo de libro publicado en “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones” (Legis, junio de 2002)

Dado que mediante la informática y otros avances tecnológicos se facilita la recolección, clasificación, almacenamiento y circulación de datos referentes a todos los aspectos de la vida de las personas, el constituyente colombiano de 1991, ha dispuesto en el segundo inciso del artículo citado que: *"En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y las demás garantías consagradas en la Constitución"* Este inciso, según la Corte Constitucional, *"define el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente, el proceso informático. Según este marco general, existen unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo. Las mencionadas reglas se derivan de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático"*<sup>24</sup>.

Al igual que el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos de 2000, la Constitución concibe el Habeas Data como un derecho fundamental autónomo<sup>25</sup> diferente del derecho a la intimidad y como un mecanismo de protección de otros derechos fundamentales (derechos conexos) frente a la eventual negligencia o a los posibles excesos en el tratamiento de datos personales. En efecto, así como el Constituyente consagró el Habeas Corpus para garantizar la libertad de las personas, de la misma forma, elevó a canon constitucional el Habeas Data como garantía y mecanismo de protección de derechos fundamentales (intimidad, información, buen nombre, honor, honra) dando cumplimiento al principio de efectividad de los derechos y deberes sociales, erigido a la categoría de fin esencial del Estado y razón de ser de las autoridades.

#### **4.1 ¿De dónde venimos?: el administrador de bancos de datos personales venía operando "libremente".**

Por mucho tiempo no existió en la legislación colombiana una norma que de manera explícita exigiera u obligara al administrador de datos personales observar determinadas reglas respecto de su gestión. En la sentencia T-414 de 1992 de la Corte Constitucional se puso presente la realidad colombiana. Aunque se trata de datos de hace 12 años los mismos reflejan de alguna manera la situación actual sin perjuicio de los desarrollos jurisprudenciales sobre el habeas data y los múltiples casos llevados a debate frente a los jueces de la República. En dicha sentencia se destacó, entre otros, lo siguiente:

- El ciudadano se encuentra en estado de desprotección frente a las entidades que organizan y administran bancos de datos.
- No existe una entidad de control de los administradores de bancos de datos personales.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307/99.

<sup>25</sup> El habeas data es "además, un derecho fundamental autónomo que tiene la función primordial de equilibrar el poder entre el sujeto concernido por el dato y aquel que tiene la capacidad de recolectarlo, almacenarlo, usarlo y transmitirlo" (Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-1085/01; T-307/99; T-578/01 y T-257/02 entre otras)

- El ordenamiento nacional carece de instrumentos adecuados para proteger la libertad de los ciudadanos contra el uso abusivo de las nuevas tecnologías de información.
- *“Los clientes del sector financiero, no con poca frecuencia, elevan quejas ante esta entidad relacionadas con el manejo de la información de los bancos de datos que por parte de las entidades financieras se lleva a cabo”* (Oficio de la Superintendencia Bancaria citado en la sentencia T-414 de 1992).
- 640 y 2535 empresas oficiales y privadas procesan datos personales (DANE<sup>26</sup>, censo 1987).
- Las empresas productoras y almacenadoras de datos han venido operando, hasta hoy, en un ambiente de "absoluta" libertad, precisamente frente a derechos que conceptualmente no aparecían claros en la legislación vigente pudiendo ser desconocidos por la vía de la interpretación. (Oficio de la Procuraduría General de la Nación citado en la sentencia T-414/92)

El tema de habeas data sigue cobrando gran importancia y preocupación para los ciudadanos. En efecto, según presentación realizada por la Superintendencia Bancaria a finales de mayo de 2004 en el III Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, en el período comprendido entre junio de 2003 y marzo de 2004 se ha incrementado considerablemente el número de quejas de los usuarios del sector financiero respecto del tratamiento de sus datos por parte de entidades vigiladas por la Superbancaria. En marzo de 2004, por ejemplo, se presentaron un poco más de 120 quejas.

#### **4.2 ¿Hacia dónde vamos?: a imponer reglas éticas y jurídicas a los administradores de bancos de datos que les implican mayores costos en su gestión**

El tratamiento de datos personales es un negocio bueno. De no ser así, no existirían empresas nacionales y extranjeras cuyo objeto principal es, precisamente, la comercialización de datos personales.

La implementación de una ley sobre el tema implicará que las empresas que se han dedicado a este tema incurran en mayores costos enfocados a propender por el tratamiento adecuado de los datos personales de los ciudadanos. Esto, desde luego, afecta inicialmente el margen de utilidad del negocio, aunque, en últimas, esos costos serán asumidos por quienes pagan a dichas empresas por el suministro de la información.

Es importante la participación y opinión de los administradores de bancos de datos pero mucho más lo es el tener siempre en cuenta que en este tema, el sujeto privilegiado es la persona. No es un secreto que algunos administradores de bancos de datos privados vengán implementando desde hace algunos años

26 Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

estrategias de “lobby” en el Congreso para procurar que la futura ley estatutaria favorezca sus intereses. ¿Quién hará “lobby” en el Congreso para proteger los derechos de los ciudadanos?

### **4.3 El habeas data y la protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional**

Pese a que desde hace un poco más de 18 años se han presentado al Congreso de la República proyectos de ley para regular la protección de datos personales<sup>27</sup>, Colombia aún no cuenta con una ley sobre la materia. En ausencia de legislación, la acción de tutela y el derecho de petición son las únicas herramientas con que cuentan los colombianos para exigir el respeto al habeas data en Colombia.

Los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre el habeas data y la protección de datos personales se han plasmado en no menos de 104 sentencias. Estos se constituyen en un insumo importante que se debería considerar a la hora de fijar una política pública o privada respecto del tratamiento de datos personales porque no sólo representan un esfuerzo de más 13 años para precisar el alcance y campo de acción del artículo 15 de la Constitución, sino que también son acordes con los principios internacionales sobre el tratamiento de datos personales.

En virtud de lo anterior, a continuación se destacan los principales desarrollos jurisprudenciales sobre el tema:

#### **4.3.1 Del deber constitucional de administrar correctamente y proteger los archivos o bases de datos que contengan información personal.**

En la práctica, los datos personales se han convertido en elementos "imprescindibles" que se utilizan para, entre otros, mejorar el funcionamiento y los servicios de las entidades públicas y privadas. No obstante, la consecución de dichos fines no debe comprometer derechos fundamentales de las personas que pueden vulnerarse con ocasión de un tratamiento inadecuado, negligente, ilegal, abusivo o poco ético de los datos personales de los ciudadanos.

Todo lo anterior pone de manifiesto la necesidad de exigir al operador o administrador de una base de datos que realice su función de manera leal, lícita y ética para que no ponga en peligro los derechos fundamentales de las personas. Por eso, la Corte Constitucional ha señalado como deber constitucional el administrar correctamente los sistemas de información, manuales o

<sup>27</sup> Un panorama sobre los intentos de legislación en Colombia se puede encontrar en los siguientes documentos: 1) “*Hacia la regulación de los bancos de datos personales: una experiencia colombiana*”, artículo del profesor Ciro Angarita Barón y publicado en la Revista “Derecho y Tecnología Informática” No. 4. Editorial Temis. Págs. 9-42. Bogotá, mayo de 1990.; 2) Gaceta del Congreso No. 234 del 30 de mayo de 2003. Proyecto de ley No. 2003 de 2003 Cámara “*Por la cual se regula integralmente el derecho fundamental al habeas data y demás libertades y derechos fundamentales de las personas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales a través de bases de datos públicas y privadas, y se dictan otras disposiciones*”

sistematizados, que contengan datos personales: “*En concepto de esta Corporación existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante*”<sup>28</sup>.

Existen disposiciones en el ordenamiento jurídico que, entre otras, apuntan a exigir el deber de administrar correctamente los datos personales. El artículo 95 de la Ley 270 de 1996<sup>29</sup>, por ejemplo, ordena que los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán (...) “*la confidencialidad, privacidad y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley*” (Subrayo).

Las “Entidades de Certificación”, por su parte, están obligadas a:

- “*garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el suscriptor*”<sup>30</sup>.
- “*respetar las condiciones de confidencialidad y seguridad de acuerdo con las normas vigentes respectivas*”<sup>31</sup>, y
- “*Garantizar la confidencialidad de la información que no figure en el certificado*”<sup>32</sup> (subrayo).

\* El artículo 7.1.2 de la Resolución 575 de la CRT obliga a los operadores de telecomunicaciones a adoptar todas las medidas de seguridad requeridas para garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones y de los datos personales de los usuarios.

\* La Circular Básica Contable y Financiera (C.E. 100 de 1995) de la Superintendencia Bancaria obliga a las entidades vigiladas a cuidar que información financiera y crediticia proveniente de centrales de riesgo sea veraz, completa y actualizada. Para este propósito las entidades deben diseñar y establecer los mecanismos idóneos que aseguren el adecuado flujo de la información de manera tal que, en todo momento, se garantice la efectiva protección de los derechos constitucionales consagrados en favor de los titulares de tal información”.

Adicionalmente la citada Circular señala que la entidades vigiladas tienen el deber de diseñar e implementar los mecanismos operativos que resulten necesarios para que se garanticen de manera eficaz el derecho fundamental al habeas data en favor de los usuarios del sistema financiero.

28 Corte Constitucional, sentencia T-227 del 17 de marzo de 2003. M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

29 “Estatutaria de la administración de justicia”

30 Literal c del artículo 32 de la ley 527 de 1999

31 Art. 25 del decreto 1747 de 2002

32 Literal 11 del artículo 13 del decreto 1742 de 2002

#### **4.3.2 Concepto, finalidad, alcance y vulneración del habeas data.**

El habeas data es la “herramienta constitucional” con que cuenta el ciudadano para controlar el tratamiento de sus datos personales. Le confiere a la persona derechos de acceso, control y corrección sobre su información y deja en cabeza del ciudadano algunas facultades para exigirle al administrador del un banco de datos o archivo un tratamiento adecuado, leal y lícito de sus datos personales.

Se trata de un derecho fundamental en sí mismo y de una garantía de protección de otros derechos fundamentales<sup>33</sup>. El Habeas Data, constituye un derecho fundamental, de las personas jurídicas<sup>34</sup> y de las personas naturales, claramente diferenciado del derecho a la intimidad, el buen nombre y otros derechos fundamentales<sup>35</sup> que les permite “*conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan registrado sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*”<sup>36</sup> Este derecho otorga a la persona la posibilidad jurídica de impedir que terceras personas usen datos falsos, erróneos o reservados y desvirtúen así su identidad o abusen del derecho a informar<sup>37</sup>.

Se ha concebido el Habeas Data o la “autodeterminación informativa” para contrarrestar el abuso del poder informático<sup>38</sup> y los peligros del desarrollo de la informática que, junto con la electrónica y las telecomunicaciones, hacen posible la difusión ilimitada de datos de la persona<sup>39</sup>. Este “*derecho-garantía*” tiene

<sup>33</sup> Cfr. Corte Constitucional. T-310/03

<sup>34</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-426/97 y T-676 de 2003. En ésta última, la Corte reitera que las personas jurídicas son titulares del habeas data: “(i) las personas jurídicas sí cuentan con derechos fundamentales, (ii) es indispensable que el juez de tutela evalúe en cada caso si resulta procedente la protección invocada por la persona jurídica en relación con la acción u omisión de una autoridad pública o un particular, (iii) empero, es claro que ciertos derechos, como los citados, y también los derechos a la honra, al buen nombre, al habeas data y a la igualdad, son siempre predicables de las personas jurídicas, y (iv) esta clase de personas cuenta con las garantías constitucionales y con los medios de defensa judicial esenciales tanto para el ejercicio como para obtener la protección eficaz y oportuna de tales derechos” (Subrayo)

<sup>35</sup> Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-176/95 y T-552/97.

<sup>36</sup> Sentencias T-667/03, T-578/01, T-1427/00, T-303/98, SU-082/95, T-197/94, SU-008/93, T-414/92, entre otras.

<sup>37</sup> Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-443/94; T-414/92; T-008/93 y T-022/93.

<sup>38</sup> La Corte y la doctrina han puesto de presente que “quien tiene la posibilidad de acopiar, ordenar, utilizar y difundir datos personales adquiere un poder de facto, denominado “poder informático”, en ejercicio del cual puede influir decisivamente, por ejemplo, en la definición de perfiles poblacionales que servirán de base para decisiones de política económica, o en la clasificación de una persona, según criterios predeterminados, a fin de definir si debe ser sujeto de una determinada acción pública o privada. Como se puede advertir, el abuso o la negligencia en el ejercicio de este enorme poder, apareja un serio riesgo, entre otros, para los derechos fundamentales a la personalidad, a la identidad, a la igualdad, a la intimidad, a la honra, al buen nombre o al debido proceso del sujeto concernido” (Cfr. Corte Constitucional sentencias T-307/99 y T-414/92, entre otras).

<sup>39</sup> Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-443/94; T-414/92; T-008/93, T-022/93 y T-307/99, entre otras.

*dos dimensiones distintas pero complementarias. De una parte, les confiere a las personas el poder jurídico para conocer e incidir sobre el contenido y la difusión de la información personal que les concierne y que se encuentra archivada en un banco de datos. Adicionalmente, establece un conjunto de principios en torno a los cuales debe girar todo el proceso de acopio, uso y transmisión de datos personales*<sup>40</sup>.

Para que exista una vulneración del derecho al Habeas Data, la información contenida en el archivo debe (i) haber sido recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato, o (ii), ser errónea, o (iii) recaer sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente<sup>41</sup>.

#### **4.3.3 Principio de utilidad**

Este principio se orienta a restringir la posibilidad de mantener información personal sin una función jurídicamente amparable. Por eso, según la Corte, *“el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales debe cumplir una función específica, que implica la satisfacción de un interés legítimo determinado por la importancia y utilidad de la información”*. En virtud de lo anterior, señala la Corte que no es admisible *“el acopio, procesamiento y divulgación de datos personales que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable o que no esté protegida por el ordenamiento jurídico”*<sup>42</sup>.

#### **4.3.4 Titularidad del dato personal**

Desde la sentencia T-414 del 16 de junio de 1992, la Corte Constitucional ha aclarado que la persona, y no el administrador del banco de datos, es el titular y propietario del dato personal. En dicha sentencia, la Corte precisó que frente al dato personal no puede aplicarse en todo su rigor el derecho clásico de la propiedad y que la sola búsqueda o hallazgo de un dato no significa que se ha producido simultáneamente su apropiación exclusiva y, por tanto, la exclusión de toda pretensión por parte del sujeto concernido en el dato.

Lo anterior también significa que los datos personales contenidos en bases de datos o centrales de información no son bienes o activos del administrador del banco de datos.

40 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-307/99 y 857/99, entre otras.

41 Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-176/95 y T-552/97.

42 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-185/03. En esta sentencia, la Corte, con ocasión de una demanda parcial de inconstitucionalidad del artículo 54 del Decreto Ley 1250 de 1970, analizó si la norma demandada, al establecer la obligación de certificar las inscripciones canceladas que constituyen información considerada como negativa (principalmente la que revela la existencia de embargos) desconoce los principios de utilidad y de temporalidad de la información, propios del derecho al habeas data, o si, por el contrario, constituye un desarrollo constitucionalmente legítimo de los principios de publicidad de la función pública registral y de seguridad jurídica.

#### 4.3.5 Autorización

Se ha establecido como principio fundamental del tratamiento de datos personales la obligación del administrador del banco de datos de obtener previamente la autorización del titular del mismo para que ellos sean incluidos en la base de datos. De lo contrario, esos datos se deben borrar inmediatamente<sup>43</sup>. En otras palabras, para considerarse lícita la recolección de datos personales, es necesario obtener la autorización de la persona.

La autorización deber ser libre, previa y expresa, de tal forma que se encuentra prohibida la obtención y divulgación de los datos sin la misma<sup>44</sup>. Al titular del dato se le debe garantizar la verdadera opción de suscribir o no su autorización, sin que su negativa le genere contratiempos o sea una barrera para acceder a servicios. Sobre el particular ha expresado la Corte:

*“Lo expuesto en esta providencia, en relación con el derecho a la información y la legitimidad de la conducta de las entidades que solicitan información de sus eventuales clientes, a las centrales de información que para el efecto se han creado, así como la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones con ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar.*

*Autorización que debe ser expresa y voluntaria por parte del interesado, para que sea realmente eficaz, pues de lo contrario no podría hablarse de que el titular de la información hizo uso efectivo de su derecho. Esto significa que las cláusulas que en este sentido están siendo usadas por las distintas entidades, deben tener una forma y un contenido que le permitan al interesado saber cuáles son las consecuencias de su aceptación”<sup>45</sup>.*

Recientemente, la Corte ha ratificado no sólo que el consentimiento del titular de la información es esencial para salvaguardar los derechos del titular de la información sino que el receptor de la información (administrador del banco de datos) debe informar al titular de la información cómo, ante quién, desde cuándo y por cuánto tiempo su autorización será utilizada<sup>46</sup>.

El principio de autorización no es absoluto. Existen casos en los que debido a las funciones legales que deben cumplir algunas entidades del Estado, no es necesaria la autorización del titular del mismo. En efecto, mediante sentencia T-310 del 10 de abril de 2003, la Corte señaló que el registro de órdenes de captura “se debe efectuar de manera obligatoria cuando una autoridad judicial expide

43 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-002/93.

44 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-082/95; T-097/95; T-552/97; T-527/00; T-578/00; T-729/02; 814/02 y T310/03.

45 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-082/95

46 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-592 del 17 de julio de 2003.

*la orden de captura, información que puede y debe ser divulgada a solicitud de autoridad competente, luego para su registro y divulgación no media el consentimiento libre, previo y expreso de la persona sobre la cual recae la orden de captura”.*

El artículo 5 de la ley 79 de 1993, por su parte, obliga a los ciudadanos a suministrar al DANE los datos solicitados en el desarrollo de Censos y Encuestas. El incumplimiento de esta obligación puede ser sancionado por el DANE con multas que oscilan entre uno (1) y cincuenta (50) salarios mínimos mensuales<sup>47</sup>.

En el plano internacional, de manera excepcional se citan algunos casos en los cuales no es necesaria la autorización del titular del dato para poder realizar el tratamiento del dato. El artículo 7 de la Directiva 95/46/CE, por ejemplo, precisa que el tratamiento de datos personales no sólo puede efectuarse cuando se cuenta con el consentimiento del titular del dato:

*“Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si:*

- a) el interesado ha dado su consentimiento de forma inequívoca, o*
- b) es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o*
- c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o*
- d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o*
- e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o*
- f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.*

El legislador colombiano debe considerar este común denominador de las legislaciones internacionales pero es necesario que tenga cuidado con miras a evitar que la aplicación de las excepciones no se conviertan en la regla general y, por ende, desaparezca el principio de autorización. En efecto, a través de la implementación de excepciones como las citadas, la autorización del titular prácticamente desaparecería o, por lo menos, pasaría a un segundo plano perdiéndose una garantía importante para el ciudadano. En la práctica la autorización del ciudadano puede ser la única forma con que cuente para saber que sus datos son objeto de tratamiento. Si el ciudadano no sabe del tratamiento de sus datos, es prácticamente imposible que el mismo haga uso de los derechos de actualización y corrección o que, en términos generales, tenga algún control sobre lo que suceda con su información personal.

<sup>47</sup> Cfr. Art. 6 de la ley 79 de 1993 *“por la cual se regula la realización de los Censos de Población y Vivienda en todo el territorio nacional”.*

La supresión de la autorización se traduciría en promover el tratamiento de datos a espaldas de la persona, dejándola en una situación desventajosa o de indefensión porque quedaría a la merced del comportamiento o política que adopte el administrador del banco de datos sin que el ciudadano tenga la posibilidad de controlar activamente lo que se hace con su información. Es posible que, ni siquiera, el titular del dato se entere que su información personal está siendo utilizada por terceros como un bien comercial o como fundamento para adoptar decisiones o crear perfiles sobre la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el plano internacional se procura que el ciudadano conozca, entre otros, quién está tratando sus datos personales y cuál es el objetivo de dicho tratamiento. Así por ejemplo, los artículos 10 y 11 de la citada Directiva ordenan que independientemente si los datos fueron recabados del propio interesado o de otra fuente, el administrador del banco de datos (o responsable del tratamiento de datos personales) informe al titular del dato lo siguiente:

- “a) la identidad del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante;*
- “b) los fines del tratamiento de que van a ser objeto los datos;*
- “c) cualquier otra información tal como:*
  - “- los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos,*
  - “- el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias que tendría para la persona interesada una negativa a responder,*
  - “- la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos que la conciernen, en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado”.*

Cuando los datos no hayan sido recabados del interesado, dice el artículo 11, el administrador del banco de datos debe, desde el momento del registro de los datos o, en caso de que se piense comunicar datos a un tercero, a más tardar, en el momento de la primera comunicación de datos, comunicar al interesado por lo menos la información que se enumeró en el párrafo anterior así como la categoría de los datos objeto de tratamiento.

La Directiva precisa que lo anterior no tiene aplicación en el tratamiento de datos con fines estadísticos o de investigación histórica o científica, o cuando dicha información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados para su comunicación.

#### **4.3.6 Derecho de acceso**

Este comprende las facultades que confiere el artículo 15 de la Constitución al habeas data: *“las personas tienen derecho no solamente a conocer y a rectificar, sino a actualizar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas. Lo primero implica la posibilidad que tiene el ciudadano de saber en forma inmediata y completa,*

*cómo, por qué y dónde aparece cualquier dato relacionado con él; lo segundo significa que, si la información es errónea o inexacta, el individuo puede solicitar, con derecho a respuesta también inmediata, que la entidad responsable del sistema introduzca en él las pertinentes correcciones, aclaraciones o eliminaciones, a fin de preservar sus derechos fundamentales vulnerados; lo tercero implica que el dato debe reflejar la situación real de aquel a quien alude”<sup>48</sup>.*

En el plano internacional, el derecho de acceso va más allá del simple conocimiento, actualización o rectificación de la información por parte del titular del dato. Adicionalmente, implica una serie de obligaciones correlativas en cabeza del administrador del banco de datos. Así por ejemplo, el artículo 12 de la Directiva 95/46/CE dispone lo siguiente:

*“Los Estados miembros garantizarán a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento:*

*a) libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos:*

*- la confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos;*

*- la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos;*

*- el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en los casos de las decisiones automatizadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 15;*

*b) en su caso, la rectificación, la supresión o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la presente Directiva, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos;*

*c) la notificación a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación, supresión o bloqueo efectuado de conformidad con la letra b), si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado”.*

#### **4.3.7 Exactitud y veracidad de la información**

El artículo 20 de la Carta Política de 1991 consagra el derecho de informar y recibir información “*veraz e imparcial*”. Estas condiciones de veracidad e imparcialidad también deben predicarse en el tratamiento de datos personales. Es por eso que la Corte Constitucional ha señalado que: “*Los datos personales*

<sup>48</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-110/93; T-303/98 y T-321/00, entre otras. En la sentencia T-309 de 1999 se agregó que: “...el derecho al habeas data, incluye la facultad de toda persona de solicitar y obtener, en un tiempo razonable, la corrección, complementación, inserción, limitación, actualización o cancelación de un dato que le concierne”

*deben obedecer a situaciones reales, deben ser ciertos, de tal forma que se encuentra prohibida la administración de datos falsos o erróneos*<sup>49</sup>.

La información que se encuentre en un banco de datos debe ser veraz, imparcial y completa, lo que implica que debe ser permanentemente actualizada introduciendo en forma íntegra todas las actuaciones y situaciones relacionadas con los datos contenidos en los archivos<sup>50</sup>. La actualización y la rectificación de los datos contrarios a la verdad, son, en principio, obligaciones de quien maneja el banco de datos<sup>51</sup>. En cuanto al alcance de los términos “*rectificar*” y “*actualizar*”, la Corte ha precisado que la expresión “*rectificación*” se refiere a la concordancia del dato con la realidad, mientras que el término “*actualización*” “*hace referencia a la vigencia del dato de tal manera que no se muestren situaciones carentes de actualidad*”<sup>52</sup>.

Así como la incorporación de un dato en una base de datos se produce rápidamente, lo mismo debe suceder con su retiro, especialmente cuando se trata de un dato negativo o adverso que afecta el buen nombre de la persona. Por ende, la rectificación se debe producir sin demoras por parte del administrador, pues “*el problema radica, desde el punto de vista del afectado, en que la rapidez con que se consigan los datos negativos sobre él no es la misma que se aplica a su retiro, o a su rectificación, cuando objetivamente carecen de sustento o cuando las circunstancias han cambiado*”<sup>53</sup>.

#### **4.3.8 Relevancia y finalidad del dato**

*Para la Corte, todo dato se debe recolectar para una finalidad constitucionalmente legítima*<sup>54</sup>, “*definida de manera clara, suficiente y previa; de tal forma que queda prohibida la recopilación de datos sin la clara especificación acerca de la finalidad de los mismos así como el uso o divulgación de datos para una finalidad diferente a la inicialmente prevista*”<sup>55</sup>.

*La persona no sólo tiene derecho a autorizar la circulación de sus datos sino a limitar el uso de los mismos. Por lo tanto, la autorización debe ir acompañada de específicas y restrictivas finalidades dentro de las cuales la persona otorga su consentimiento. En otras palabras, los datos deben ser, de una parte, recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no deben ser tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines*<sup>56</sup> y, de otra parte,

49 Cfr. Corte Constitucional, T-729/02

50 Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-615/95; T-176/95; T-443/94; T-094/95; T-094/95; SU-089/95; T-443/94; T-552/97; T-096<sup>a</sup>/95; T-086/96; T-097/95; T-414/1992; T-008/93, T-022/93 y T-060/03.

51 Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: SU 082/95, SU-089/95 y T-310/03.

52 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-578/01 y t-268/02, entre otras.

53 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-303/98.

54 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-307/99

55 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-729/02

56 La Legislación colombiana ha introducido y exigido el respeto del principio de finalidad del dato, tal y como se desprende del artículo 5 de la Ley 79 de 1993 que prohíbe al Departamento

*adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben*<sup>57</sup>.

En la legislación colombiana existen casos en los que se incorpora expresamente el principio de finalidad. En primer lugar, el artículo 5 de la ley 79 de 1993 ordena al DANE no utilizar la información que recolecta para fines diferentes a los estadísticos: *“Los datos suministrados al Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, en el desarrollo de los censos y encuestas, no podrán darse a conocer al público ni a las entidades u organismos oficiales, ni a las autoridades públicas, sino únicamente en resúmenes numéricos, que no hagan posible deducir de ellos información alguna de carácter individual que pudiera utilizarse para fines comerciales, de tributación fiscal, de investigación judicial o cualquier otro diferente del propiamente estadístico”*. (Subrayo)

El decreto 1524 de 2002 reglamenta el artículo 5 de la Ley 679 de 2001 con miras a establecer medidas técnicas y administrativas destinadas a prevenir el acceso de menores de edad a cualquier modalidad de información pornográfica, y a impedir el aprovechamiento de redes globales de información con fines de explotación sexual infantil u ofrecimiento de servicios comerciales que impliquen abuso sexual con menores de edad. Dentro de las medidas técnicas, el artículo 6 del citado decreto, ordena a los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) *“implementar en su propia infraestructura, técnicas de control, basadas en la clasificación de contenidos que tengan como objetivo fundamental evitar el acceso a sitios con contenidos de pornografía infantil”* y faculta a los prestadores de servicios de alojamiento para utilizar herramientas tecnológicas *“de monitoreo y control sobre contenidos alojados en sitios con acceso al público en general que se encuentran en su propia infraestructura”*

El parágrafo prohíbe utilizar la información que se obtenga, con ocasión del uso de esas medidas técnicas, para fines diferentes a los autorizados por la ley 679 de 2001: *“Para todos los efectos la información recolectada o conocida en desarrollo de los controles aquí descritos, será utilizada únicamente para los fines de la Ley 679 de 2001, y en ningún caso podrá ser suministrada a terceros o con detrimento de los derechos de que trata el artículo 15 de la Constitución Política”* (Subrayo)

Mediante sentencia del 31 de octubre de 2001, la Corte Constitucional entró a desarrollar el alcance de estos principios. Según la Corte es necesario asegurar que la información no sea inapropiadamente utilizada, *“lo cual supone que su almacenamiento y destinación, necesariamente temporales, se limitará a la*

Administrativo Nacional de Estadística (DANE) suministrar los datos que obtiene en los censos para que sean utilizados para fines comerciales, tributación fiscal, de investigación judicial o cualquier otro diferente del propiamente estadístico.

<sup>57</sup> En este sentido, la Corte ha precisado que la *“...información solicitada por el banco de datos, debe ser la estrictamente necesaria y útil, para alcanzar la finalidad constitucional perseguida. Por ello, los datos sólo pueden permanecer consignados en el archivo mientras se alcanzan los objetivos perseguidos. Una vez esto ocurra, deben desaparecer”* (Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307/99, entre otras).

*recolección de datos precisos, veraces y completos que resulten relevantes para los fines de información e inspección para los que se solicitan*"<sup>58</sup>.

De este modo, para la Corte es importante que la información que reposa en las bases de datos no sólo sea veraz, completa y actualizada, sino que resulte conducente para los fines que se solicita. Adicionalmente, precisa la Corte que *"el núcleo esencial del derecho a la intimidad se vería vaciado si, en aras de conocer datos sobre el desenvolvimiento comercial de ciertos sujetos, se permitiera a la Administración inmiscuirse en la órbita privada del individuo"*. En consecuencia, la información que se requiera para incorporar en una base de datos debe *"ser la directamente relevante y estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones"*.

Según la Corte, el principio de relevancia supone: *"(i.) que sólo puede requerirse y revelarse la información que esté relacionada con las funciones legalmente atribuidas a la entidad que la solicita (...)y, (ii.) debe existir un vínculo directo entre los datos requeridos y la cuestión materia de análisis que justifica su recopilación"*<sup>59</sup>. Así, las entidades y recolectores de datos personales deben justificar la pertinencia de tales datos, de manera tal que se demuestre la relación directa entre lo que se solicita y la materia que es objeto de estudio, en aplicación del principio de relevancia.

El principio de la finalidad, por su parte, según el fallo citado, exige que la información requerida y revelada sea *"(i.) estrictamente necesaria para cumplir los fines (...), y (ii.) sólo sea utilizada para los fines autorizados por la ley (...)"*<sup>60</sup>.

#### **4.3.9 Derecho al olvido o la caducidad del dato adverso**

La Corte ha reconocido validez al principio de caducidad o de temporalidad de la información negativa o adversa, lo cual implica que la información personal desfavorable al titular de la misma debe ser retirada<sup>61</sup> de las bases de datos siguiendo criterios de razonabilidad y de oportunidad: *"Ha sido jurisprudencia"*<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1147 del 31 de octubre de 2001.

<sup>59</sup> En sentencia T-440 del 29 de Mayo de 2003, la Corte Constitucional hizo alusión al principio de relevancia. En esa sentencia, la Corte entró a resolver el siguiente problema jurídico: *¿Se configura una vía de hecho cuando, durante el trámite procesal de una acción de grupo dirigida contra una entidad bancaria y encaminada a obtener la indemnización colectiva de los daños y perjuicios causados por cobros efectuados a sus usuarios, el juez decreta algunas pruebas que implican la revelación de datos confiados por estos últimos al banco?*

<sup>60</sup> En este sentido también se ha pronunciado la Corte en la sentencia T-307/99

<sup>61</sup> Sobre el alcance de la obligación de retirar la información negativa, la Corte, en sentencia T-022 de 1993, afirmó que una vez satisfechos los presupuestos para solicitar la cancelación de los datos, *"...ésta deberá ser total y definitiva. Vale decir, la entidad financiera no podrá trasladarlos ni almacenarlos en un archivo histórico. Tampoco limitarse a hacer una simple actualización del banco de datos cuando lo procedente es la exclusión total y definitiva del nombre del peticionario favorecido con la tutela. Porque ello no sólo iría en menoscabo del derecho al olvido sino que se constituiría en instrumento de control apto para prolongar injerencias abusivas o indebidas en la libertad e intimidad de su titular"*.

<sup>62</sup> Sobre el tema se pueden consultar las siguientes sentencias: SU-089 de 1995, T-527 de 2000, T-856 de 2000, T-578 de 2001 y C-687 de 2002.

de esta Corte que la información negativa u odiosa, es decir aquella que asocia una situación (no querida, perjudicial, socialmente reprobada o simplemente desfavorable) al nombre de una persona, esté sometida a un término de caducidad bajo la idea de su permanencia limitada en el tiempo<sup>63</sup>.

Desde la sentencia T-414 de 1992, la Corte ha sostenido que los datos por su naturaleza misma y por su relación con derechos fundamentales, tienen vigencia limitada, “no pueden tener el carácter de inmodificables”<sup>64</sup> y los datos negativos no pueden tornarse perennes<sup>65</sup> ni mantenerse indefinidamente<sup>66</sup>. Así, por ejemplo, en materia de penal, la Corte ha precisado que “el dato sobre la cancelación de una orden de captura debe desaparecer tan pronto la autoridad judicial competente así lo haya ordenado o haya certificado que ha operado la prescripción”<sup>67</sup>.

En virtud de lo anterior, los administradores de bancos de datos están obligados de manera ineludible y oficiosa a realizar una permanente actualización de ellos, a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales. Resulta de particular importancia el aspecto del límite temporal de los datos, ya que de no ser así se estaría calificando o encasillando a una persona en un mismo sentido a perpetuidad o prolongando indefinidamente dicho perfil, sin oportunidad de modificarlo, actualizarlo o mejorarlo. En síntesis, la vigencia del dato hace relación a que éstos no deben estar incorporados en bases de datos de manera indefinida sino durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos<sup>68</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha creado en cabeza del titular del dato el denominado “derecho al olvido”<sup>69</sup>, que está íntimamente relacionado con la vigencia del dato y se refiere a un fenómeno de tiempo, en el sentido de que una vez desaparecidas las causas que le dieron nacimiento a un dato (sobre todo a los datos negativos de la persona), éste debe desaparecer. De lo contrario, las sanciones o informaciones negativas tendrían vocación de perennidad: “Pero, claro está, no siendo un derecho absoluto (refiriéndose al derecho a la información), encuentra sus límites en los derechos de las personas afectadas por los datos, las cuales no pueden permanecer indefinidamente registradas bajo un dato negativo que, hacia el futuro, les niega el acceso al

63 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-185/03.

64 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-303/98

65 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-527/00; T-856/00 y T-268/02, entre otras.

66 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-414/92; T-110/93, T-303/98; T-729/02, T-814/02 y T-060/03, entre otras.

67 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-310/03. Sobre el tema de habeas data en materia penal (antecedentes penales, órdenes de captura, reseñas, etc.) se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T-444/92; T-008/93; T-958/00 y T-310/03.

68 El derecho al olvido y la caducidad del dato además de ser una creación jurisprudencial y doctrinaria, son, en mi opinión, un desarrollo de los artículos 28 y 34 de la Constitución Política, los cuales prohíben las penas y medidas de seguridad imprescriptibles así como las penas de destierro y prisión perpetua (guardando las proporciones del caso).

69 Cfr. T-414/92

*crédito y les causa graves perjuicios. Esto da lugar al derecho al olvido, sostenido por esta Corte desde la Sentencia 414 del 6 de junio de 1992, según el cual las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo*<sup>70</sup>.

La Corte también ha puesto de presente que la permanencia de un dato negativo causa daños al titular de dicha información. Para la Corte, *“es evidente que la permanencia del dato negativo equivocado causa, minuto a minuto, enorme daño a la persona, por lo cual es indudablemente contraria a la Constitución y altamente ofensiva para la dignidad del individuo*”<sup>71</sup>.

En virtud del límite temporal de la información, toda persona puede solicitar la “caducidad del dato”, lo cual conlleva a que desaparezcan los datos negativos: *“Existe, además, el derecho a la caducidad del dato negativo, no consagrado expresamente en el artículo 15 de la Constitución, pero que se deduce de la misma autodeterminación informática, y también de la libertad informática*”<sup>72</sup>.

En cuanto al término de la caducidad del dato negativo respecto de los deudores morosos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dividido en dos etapas: Desde 1992 hasta 1995 sostuvo que el dato permanece vigente mientras no desaparezcan las causales que dieron origen al mismo. Una vez desaparezcan, el dato negativo debe ser eliminado inmediatamente. Así, si una persona es reportada como deudor moroso, una vez pague su deuda con los intereses de mora respectivos, el dato sobre su condición de moroso debe desaparecer automáticamente.

A partir de la sentencia SU-082 de 1995, la Corte ha sostenido que así la persona pague la deuda y los respectivos intereses de mora, su condición de morosa debe permanecer por un tiempo razonable determinado según pautas fijadas por dicha Corporación. En efecto, a falta de norma legal, *“La Corte ha establecido, de manera provisional, unos límites a la permanencia del dato en los archivos, en el entendido de que la reglamentación del habeas data es facultad del legislador. A juicio de esta Corporación, la mala conducta comercial pasada no debe ser mantenida en el archivo a perpetuidad. (...) Por lo tanto, esta Corporación ha fijado como parámetros de razonabilidad para la permanencia de los datos en los archivos históricos de las entidades que recogen información en los bancos de datos, los siguientes:*

*“a) En el evento de un pago voluntario, sin que se haya presentado nuevo incumplimiento, el transcurso es de dos años.*

*b) En el evento de que el tiempo de mora sea inferior a un año y concurriendo las dos primeras circunstancias del numeral anterior, el término de caducidad es igual al doble del de la mora.*

<sup>70</sup> Cfr. La siguiente sentencia de la Corte Constitucional: T-176/95; T-119/95.

<sup>71</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-303/98. En este mismo sentido ver T-527/00 y Tg-310/03

<sup>72</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia U-082/95

c) De producirse, el pago dentro de un proceso ejecutivo la caducidad es de cinco años.

d) Por último, en el evento de darse el pago tras la notificación del mandamiento de pago, el término de caducidad del dato negativo es de dos años<sup>73</sup>.

Desafortunadamente, se han registrado casos en los que pese a que se cumplan los términos de vigencia del dato negativo señalados anteriormente, las personas continúan registradas en los bancos de datos como deudores morosos. La sentencia T-814 del 13 de septiembre de 2002, por ejemplo, destaca el caso de una señora que fue morosa durante 7 meses. Según las pautas jurisprudenciales de la Corte, la condición de morosa sólo debería mantenerse hasta 14 meses. Pese a lo anterior, a la fecha en que interpuso la acción de tutela, habían transcurrido más de 48 meses sin que se hubiese eliminado de un banco de datos la condición de morosa de dicha ciudadana<sup>74</sup>.

Recientemente, el artículo 31 de la ley 863 del 29 de diciembre de 2003<sup>75</sup>, el cual modifica el artículo 799-1 del Estatuto Tributario, retomó el criterio predominante en la Corte durante el período 1992-1995, en el sentido de que una vez desaparezca la causa que dio origen a una información adversa, ésta se debe eliminar inmediatamente del banco de datos: "*Información a las centrales de riesgo. La información relativa al cumplimiento o mora de las obligaciones de impuestos, anticipos, retenciones, tributos y gravámenes aduaneros, sanciones e intereses, podrá ser reportada a las centrales de riesgo por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.*

*Tratándose de contribuyentes morosos, se reportará su cuantía a partir del sexto (6) mes de mora.*

*Una vez cancelada la obligación por todo concepto, esta entidad deberá ordenar la eliminación inmediata y definitiva del registro en la respectiva central de riesgo." (Subrayo)*

<sup>73</sup> Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-176/95; S.U.-082/95; SU-089/95. T-199/95 ; T-176/95 ; T-097/95. ; T-096<sup>a</sup>/95; T-094/95; T-303/98; T-527/00 ; T-856/00, T-268/02 y T-060/03, entre otras.

<sup>74</sup> En este caso se encontró que el Banco de Occidente no comunicó a Computec S.A. los datos exactos sobre la fecha en que la ciudadana pagó la obligación. Por eso, la Corte estimó pertinente precisar que "*las entidades del sector financiero están obligadas a suministrar a los bancos de datos la información exacta, completa y oportuna, así como las novedades que registren sus clientes con el fin de que tales entidades puedan registrar en sus archivos toda la historia del individuo y poder brindar una información veraz y completa. La omisión en el cumplimiento de dicha obligación trae consecuencias tanto para el cliente como para los bancos de datos*".

<sup>75</sup> Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas.

#### **4.3.10 Comunicación de información adversa al titular del dato antes de su circulación o de su conocimiento por parte de terceros**

Una vez se ponga a circular información errónea sobre la persona se causa daño a la misma y se vulneran algunos de sus derechos humanos (buen nombre). Una rectificación posterior respecto del error cometido no es suficiente para recuperar la integridad del derecho vulnerado. Por eso, es necesario focalizar esfuerzos para exigir medidas tendentes a evitar circular a terceros este tipo de información. Es necesario exigir un control de calidad de la información que se incorpora en las bases de datos de manera que, a través de una política preventiva, se evite al máximo lesionar los derechos de las personas.

En virtud de lo anterior, resulta fundamental que el administrador del banco de datos notifique o comunique a la persona concernida o afectada por un dato negativo o adverso sobre la existencia del mismo con miras a que, en un término muy corto, ésta tenga la oportunidad de presentar las observaciones o pruebas que considere pertinentes para evitar la incorporación o circulación de esa clase de datos en una base de datos o archivo. Para disminuir el riesgo de vulneración de derechos fundamentales de las personas (buen nombre), esta comunicación se debe realizar con anterioridad al momento en que el operador comunique dichos datos a terceros.

Lo anterior ha sido avalado recientemente por la Corte Constitucional. En efecto, en sentencia T-592 del 17 de julio de 2003 se precisó que el administrador de un banco de datos está obligado a respetar los derechos de los titulares del dato durante todas las etapas del tratamiento de la información personal, “i) manteniéndolos al tanto de la utilización de su autorización<sup>76</sup>, y ii) permitiéndoles rectificar y actualizar la información, en especial antes de que llegue a conocimiento de terceros” (Subrayo)

#### **4.3.11 No discriminación y datos sensibles**

Como complemento del principio de la licitud del dato, la Corte ha manifestado que todo dato se debe recolectar para una finalidad constitucionalmente legítima, lo cual significa, entre otras, “*que no puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación*”<sup>77</sup>.

Debe anotarse que internacionalmente constituye regla general la prohibición del tratamiento de datos personales (sensibles) que revelen el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, así como el tratamiento de los datos relativos a la salud

<sup>76</sup> Lo que se quiere con esto es que el titular del dato sea informado por el administrador sobre lo que está haciendo con la información personal que mediante autorización le proporcionó para incorporar en una base de datos.

<sup>77</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-307/99

o a la sexualidad<sup>78</sup>. No obstante, esta regla no es absoluta. Este se puede realizar bajo determinadas y excepcionales condiciones. Usualmente, es obligatorio garantizar un cuidado extremadamente especial en el almacenamiento y circulación de este tipo de datos. Su tratamiento únicamente puede realizarse por entidades autorizadas por la ley y para los fines indicados en la misma.

#### 4.3.12 De la responsabilidad del administrador del banco de datos

Los administradores de bancos de datos o centrales de información están sometidos a una responsabilidad social que implica que la información que difundan sea veraz e imparcial y no atente contra los derechos fundamentales de los ciudadanos<sup>79</sup>. Mediante sentencia T- 729 de 2002, la Corte Constitucional señaló, de manera general, que *“la función de administrar una base de datos debe fundamentarse en los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad”*<sup>80</sup>.

El administrador de un banco de datos debe tener claro que su acción u omisión en el tratamiento de datos personales puede significar la automática vulneración de derechos fundamentales de las personas. Por tal motivo, al administrador se le deben exigir las más altas calidades humanas y profesionales en el desarrollo de su labor para evitar que por su negligencia<sup>81</sup>, abuso o dolo lesione los derechos de las personas cuyos datos están incorporados en la base de datos a su cargo.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los responsables de los bancos de datos están obligados, de manera oficiosa y profesional, a actualizar la información contenida en ellos: *“Ha venido sosteniendo de manera sistemática la Corte, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Carta Política, las entidades públicas o privadas que se encarguen de la recolección, tratamiento y circulación de informaciones en bancos de datos y archivos de las entidades públicas y privadas, están en la obligación de garantizarle a las personas que los datos que sobre ellas se recojan o almacenen, deberán actualizarlos”*<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> Cfr. Art. 8 de la Directiva 95/46/CE

<sup>79</sup> Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional : T-512/92 ; T-603/92; T- 609/92; T-048/93; T-050/93; T- 080/93 ; T-332/93; T-369/93; ST-479/93; C-488/93; ST-259/94; SU-056/95; ST-074/95; T-206/95; ST-602/95 y T-472/96

<sup>80</sup> En este mismo sentido ver la sentencia T-310/03, en la que la Corte, entre otras, analiza la incidencia de los principios que orientan la administración de datos personales en el caso específico del registro de las órdenes de captura y su cancelación.

<sup>81</sup> La Ley Sueca de información crediticia, sanciona de la siguiente manera al administrador negligente: *“El que ejerciere la actividad de información sobre la solvencia crediticia deberá indemnizar los daños que, como consecuencia de la actividad, se causaren a alguna persona por efecto de una intrusión indebida de su integridad personal o por haber sido facilitadas noticias inexactas acerca de la misma, si el que ejerciere la actividad no pudiese probar que se ha observado la debida diligencia y prudencia. Para enjuiciar si se han causado daños y en qué medida lo hayan sido, se tendrán en cuenta la afección y otras circunstancias de importancia distinta de la meramente económica”*.

<sup>82</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-157/94.

La Corte ha condenado y rechazado la conducta negligente de algunos administradores de datos colombianos que no obran con el cuidado y diligencia que impone la responsabilidad propia de sus actividades<sup>83</sup>. Por ejemplo, se ha descalificado la conducta de administradores que han admitido y registrado datos suministrados por particulares respecto de otros sin verificar si había sido judicialmente definido el conflicto entre las partes, haciéndose responsable también por el daño al buen nombre de la persona afectada: *“Admitir como válida la conducta que en el asunto examinado observó la central de datos implicaría extender hacia el futuro y sin ninguna clase de control las posibilidades de que cualquiera pudiese suministrar a esta clase de empresas, con su beneplácito, datos sin confirmar, tergiversados, manipulados o sencillamente falsos, con el fin de presionar pagos, configurándose así formas extorsivas de cobranza que desconocerían las competencias de los jueces y que, por tanto, de ninguna manera podrían entenderse como sano ejercicio del derecho a la información”*<sup>84</sup>.

Adicionalmente la Corte ha impuesto las siguientes obligaciones a cargo del administrador de un banco de datos:

- Respetar los derechos de las personas desde la recolección, el tratamiento y la circulación de datos. En consecuencia, los datos conseguidos, por ejemplo, por medios ilícitos no pueden hacer parte de los bancos de datos y tampoco pueden circular. Igualmente, el administrador no puede incluir datos que por su contenido pertenecen a la esfera íntima del individuo<sup>85</sup>.
- Obtener previamente la autorización de la persona cuyos datos se pretende incluir en la base<sup>86</sup>.
- Notificar a la persona concernida sobre la inclusión de sus datos en el banco<sup>87</sup>.
- Actualizar permanente y oficiosamente la información para que ésta sea veraz y completa, introduciendo en forma íntegra todas las actuaciones y situaciones relacionadas con los datos contenidos en los archivos<sup>88</sup>.
- Velar porque la información de la persona sea completa y no se omitan factores que pueden cambiar el buen nombre de la persona<sup>89</sup>.
- Garantizar una debida organización de la información, de tal manera que no se haga nugatorio el derecho a la información del interesado<sup>90</sup>.

83 En muchos casos la Corte también ha encontrado que los administradores de bancos de datos han obrado correctamente.

84 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-199/95.

85 Cfr. Las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: SU 082/95 y 089/95.

86 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. T-615/95.

87 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia No. SU-089/95.

88 Cfr. las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-615/95; T-096<sup>a</sup>/95 y T-303/98, entre otras.

89 Cfr. las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-086/96 y T-199/95.

90 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-443/94

- Eliminar de oficio la información negativa que ha caducado con el paso del tiempo<sup>91</sup>.
- Registrar información veraz e imparcial, completa y suficiente. Por ello, debe *“existir un celo extremo al incluir, en una base de datos destinada a ser conocida por terceros, apreciaciones subjetivas o juicios de valor sobre el sujeto concernido”*<sup>92</sup>.
- Indemnizar los perjuicios causados por la falta de diligencia o por posibles fallas en el manejo, tratamiento o administración de datos personales<sup>93</sup>.

Recientemente, un administrador de bancos de datos adoptó un “Código de Conducta” con miras a garantizarle al ciudadano un tratamiento adecuado de sus datos personales. Estos códigos establecen, entre otros, los derechos de los titulares de la información, así como los deberes del administrador del banco de datos y de las fuentes de información<sup>94</sup>.

#### 4.3.10 Prácticas indebidas o no legítimas

La Corte ha señalado que las siguientes operaciones o conductas en el tratamiento de datos personales se consideran indebidas o ilegítimas:

- Cruce de datos; divulgación indiscriminada de información y bases de datos secretas<sup>95</sup>.
- Manipulación de información; registro de datos incompletos y no actualización de los datos<sup>96</sup>.

## 5. Conclusiones

La protección de los datos personales es un derecho fundamental que cobra gran importancia en el actual contexto de la Sociedad de la Información. Su regulación no busca impedir la circulación de datos personales sino generar las condiciones mínimas para que el tratamiento de la información sobre las personas se realice sin amenazar sus derechos humanos.

Uno de los retos de la Sociedad de la Información es, precisamente, generalizar una cultura de protección de datos personales. Mientras no exista conciencia sobre los riesgos y problemas que genera para las personas el tratamiento inadecuado de datos personales será muy difícil que este aspecto reciba la atención, compromiso y cuidados que merece. Por eso, el administrador de un banco de datos debe observar una gestión muy profesional y sobre todo ética en

91 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-097/95

92 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307/99.

93 Cfr. Corte Constitucional T-729/02 y T-310/03

94 Data Crédito, por ejemplo, el 1 de julio de 2003 adoptó el “Manual de entrega de información”

95 Cfr. Corte Constitucional T-729/02

96 Cfr. Corte Constitucional T-814/02

el cumplimiento de sus tareas cotidianas que necesariamente implican el uso de datos personales.

Muchos países latinoamericanos están en mora de expedir leyes modernas y eficaces que fijen las reglas que regirán la protección de los datos personales de los ciudadanos y que establezcan los mecanismos que tendremos los ciudadanos para protegernos del eventual uso inadecuado de nuestros datos personales.

La experiencia internacional y los desarrollos jurisprudenciales son un insumo fundamental para la expedición de futuras regulaciones. No debe olvidarse que estamos frente a un tema de claras connotaciones internacionales cuya regulación no debe obedecer únicamente a visiones locales y sectoriales.

El reto es ambicioso pero no imposible.



# Tributación e Internet

Miguel Arrieta Zinguer\*

---

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y Cambio Social. 3. Comercio electrónico y tributación. 4. Tributación y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 5. Principales problemas tributarios derivados de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. 6. Soluciones propuestas a los problemas derivados de la aplicación de los medios informáticos a la tributación. 7. Medios informáticos y gestión tributaria. 8. Conclusiones

## Resumen

El uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han revolucionados los más diversos aspectos de la vida moderna especialmente la manera de hacer negocios. Dentro de los principales problemas que pone de manifiesto la relación entre la tributación y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, están los referidos a la tributación en el comercio electrónico, que ha sido vista por lo general como un elemento propicio para la evasión fiscal; no obstante obedece a una nueva forma de hacer negocios que sigue creciendo con el tiempo. Lo anterior cuestiona conceptos tradicionales, tales como: el establecimiento del momento y lugar en que se produce el hecho imponible, quiénes son los sujetos obligados y en qué momento se produce la vinculación con los supuestos de hecho calificados por la ley, como aptos para que nazca el hecho imponible, la ubicación del establecimiento permanente en estos tipos de empresas, entre otros.

**Palabras clave:** Tributación, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Comercio Electrónico.

## Abstract

The uses of the Information and Communications Technologies have revolutionized the diverse aspects of the modern life specially the way to make businesses. Within the main problems that the relation between the taxation and the Technologies of the

---

Recibido: 10/05/2004 • Aceptado: 30/05/2004

\* Especialista en Derecho Mercantil. Magíster en Gerencia de Empresas. Diplomado en Telecomunicaciones y Comercio Electrónico. Cursando actualmente Especialización en Derecho Tributario. Profesor de Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Universidad Católica del Táchira. Profesor del Postgrado en Gerencia de Telecomunicaciones de la Universidad Yacambú. Director de la Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. marrieta@ucate.edu.ve

Information and the Communications shows, they are the referred ones to the taxation in the electronic commerce, that has been seen, generally like a propitious element for the fiscal evasion; despite it obeys to a new form to make businesses that continue growing with time. Aside, the previous thing questions traditional concepts, such as: The establishment of the moment and place in which the taxable fact takes place, who are the subjects forced and in what moment takes place the entailment with the assumptions in fact described by the law, like apt so that the taxable fact is born; where the permanent establishment in these types of companies is located, among others.

**Key words:** Taxation, Technologies of the Information and the Communications. Electronic Commerce.

## 1. Introducción

La masificación del uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones ha impactado decididamente los más diversos aspectos de la vida actual, a tal punto que en la actualidad resulta prácticamente imposible concebir alguna actividad humana sin la intervención de la tecnología y especialmente de la informática.

La tributación como manifestación necesaria para la vida de los Estados no puede mantenerse al margen de la revolución tecnológica, por una parte los contribuyentes cuentan y utilizan las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en sus operaciones ordinarias, y por otra parte la Administración Tributaria requiere contar con tecnologías similares para poder optimizar sus procesos administrativos, así como para facilitar su actividad de control sobre las actividades de contribuyentes y responsables.

Conviene precisar cuál es la relación existente entre la tributación y el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, particularmente en lo atinente a la aplicación de las normas de carácter tributario a las operaciones realizadas en Internet, con el objeto de determinar hasta qué punto resultan aplicables, o si resulta conveniente que se dicten nuevas normas capaces de gravar las operaciones realizadas en Internet, como parte del comercio electrónico directo.

## 2. Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y cambio social

El advenimiento de la revolución informática, que desde el último cuarto del siglo XX se ha producido en la evolución tecnológica de la humanidad, así como su masificación, ha traído a no dudarlo, mejoras concretas en la vida de las personas aparejando progreso, cambio social y tecnológico al punto que en la actualidad se habla de la existencia de una auténtica Sociedad de la Información<sup>1</sup>, dado que el manejo, procesamiento y transferencia de la

<sup>1</sup> Este término se ha popularizado para describir los cambios sociales, económicos y tecnológicos derivados de la masificación del uso de las Tecnologías de la Información y las

información, se convierte en un valor fundamental en el mundo actual. La tecnología ha penetrado todos los ambientes de desarrollo social, las computadoras son elementos accesibles y necesarios para desarrollar los más diversos elementos de la vida humana, fomentándose el uso de Internet a todos los niveles, de tal suerte que se ha producido una transformación en los procesos de producción y de organización del trabajo, sobre la base de la información<sup>2</sup>.

Uno de los aspectos que ha adquirido creciente importancia dentro del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones<sup>3</sup>, es precisamente la aplicación de la tecnología en la realización de los negocios, que ha determinado la masificación del comercio electrónico, de tal suerte que se permite la adquisición de bienes, la prestación de servicios, así como el pago por medios electrónicos e incluso la entrega y despacho de dichos bienes o servicios se materializa de manera electrónica, mediante las redes telemáticas. Uno de los fenómenos que ha determinado un mayor crecimiento e influencia desde el punto de vista de la utilización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es precisamente, el comercio electrónico, y particularmente el comercio electrónico en Internet<sup>4</sup>. El comercio electrónico en Internet permite no sólo actividad comercial entre empresas (modelo de negocios B2B) y la realización de operaciones entre empresas y consumidores (B2C), sino que permite la expansión del comercio electrónico hacia el ámbito de la Administración Pública y la vinculación de las empresas con la Administración (B2A).

Comunicaciones, que ha determinado la transición de la sociedad humana, de una estructura industrial donde predominaba el dominio sobre los medios de producción a una sociedad postindustrial en la cual el predominio del manejo de la tecnología y de la información se convierte en un factor primordial en la producción de la riqueza.

2 Rico Carrillo, Mariliana (2003): *Comercio Electrónico, Internet y Derecho*. Legis. Caracas., considera que: *"Las dimensiones de este fenómeno son tales, que sus efectos se han llegado a comparar con los de la Revolución Industrial...Entre los rasgos más significativos de la sociedad de la información se destacan: la información como base de la economía, una vida globalizada, un mundo digitalizado, la eliminación de fronteras y un aumento significativo en el desarrollo del campo de los servicios."*

3 Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) son conceptuadas como el conjunto de tecnologías que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y presentación de informaciones en forma de voz, imágenes y datos, contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética, englobando todo lo que incluye la electrónica, la informática y las telecomunicaciones.

4 El comercio electrónico en sentido amplio, comprende cualquier operación de carácter comercial, para la que se emplee un medio tecnológico electrónico, vale decir, comprende todo intercambio de datos por medios electrónicos esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto. Mientras que el comercio electrónico en Internet, específicamente, comprende la utilización de la red Internet como elemento esencial para realizar una operación mercantil. Conviene precisar que el comercio electrónico se clasifica básicamente en: a) comercio electrónico directo, que es aquel en que el pedido, el pago y el despacho se realizan mediante Internet y que está caracterizado por la entrega en línea de bienes o servicios informáticos, y b) comercio electrónico indirecto: que es aquel en que el pedido y el pago se efectúan a través de la Red, pero la entrega física de la mercancía se hace fuera de ella.

Tal importancia ha cobrado el uso de las Tecnologías de la Información en las operaciones públicas, ha generado lo que actualmente se denomina *e-government*<sup>5</sup>, lo cual cobra especial relevancia para países como Venezuela, donde la economía se ve intensamente influenciada por las operaciones del Estado como principal ente económico. Al respecto, Obal<sup>6</sup>, opina que: “...los países en vías de desarrollo necesitan adquirir habilidades que les permitan, mediante adecuadas estrategias en el uso de los recursos informativos del sector público, reducir la incertidumbre, ser formadores de conocimiento y cultura, con el objetivo de democratizar y producir cambios socialmente relevantes”.

En Venezuela, la Constitución Nacional de 1999, en su artículo 110, establece:

El Estado reconocerá el interés público de la ciencia, la tecnología, el conocimiento, la innovación y sus aplicaciones y los servicios de información necesarios por ser instrumentos fundamentales para el desarrollo económico, social y político del país, así como para la seguridad y soberanía nacional...

Como puede apreciarse, nuestra Carta Magna destaca la importancia que la Ciencia y la Tecnología tienen como elemento esencial para el desarrollo económico y social del país, aparte que establece como un derecho para la población el acceso a la tecnología al conocimiento y a la innovación tecnológica, reconociendo por tanto, la importancia que este elemento tiene para el desarrollo humano integral de la población<sup>7</sup>.

### 3. Comercio electrónico y tributación

La concepción del comercio electrónico, comprende en sentido amplio, tal como advierte Sarra, A.<sup>8</sup> cualquier transacción comercial efectuada por medios electrónicos, es decir, incluye la utilización del fax, télex, el teléfono, los EDI (*Electronic Data Interchange*) e Internet<sup>9</sup>. Por su parte, la Organización Mundial del Comercio ha señalado que el comercio electrónico, es: “...la producción, publicidad, venta y distribución de productos vía redes de telecomunicaciones...”

5 O lo que es lo mismo, transacciones electrónicas en que participa el Estado, en alguna de sus manifestaciones.

6 Obal, Sara: “El rol de la Administración Pública en la Sociedad de la Información”, publicado en Anales JAIIO. Año 2001 Volumen 30. Sociedad Argentina de Informática e Investigación Operativa. Buenos Aires., pp. 459.

7 Aparte de lo anteriormente señalado, se destaca el Decreto 825 que declara a Internet como un elemento prioritario para el desarrollo nacional y el Plan Nacional de Telecomunicaciones, que prevé que para el año 2005, el 50% de las operaciones que realicen los ciudadanos venezolanos con respecto a la Administración Pública, se realicen por vía electrónica.

8 Sarra, A. (2000) *Comercio Electrónico y Derecho. Aspectos Jurídicos de los Negocios en Internet*. Editorial Astrea. Buenos Aires. P. 278.

9 El comercio electrónico directo comprende a aquellas actividades en las cuales el pedido, despacho y pago se realiza por medios electrónicos (comprende productos y bienes susceptibles de ser digitalizados), mientras que el comercio electrónico indirecto comprende aquellas actividades donde el pedido y el pago se realiza por medios electrónicos, mientras que el despacho se realiza por medios comerciales tradicionales.

de donde resulta que en general, se estima que el comercio electrónico se compadece con el comercio electrónico en Internet.

Las actividades derivadas de la aplicación del comercio electrónico en el comercio mundial, han determinado entre otras características, las siguientes: a) Deslocalización de las actividades económicas. El comercio electrónico en Internet implica, dada la naturaleza propia de la 'red de redes', que no existan fronteras físicas para la realización de las operaciones comerciales, dado que no es posible en principio, establecer un lugar físico donde se materialicen los negocios jurídicos comerciales, dada su naturaleza como ejemplo de contratación entre ausentes, o mejor dicho, entre personas que desde el punto de vista físico se encuentran distantes la una de la otra; b) Relativización del tamaño de los actores económicos: Las actividades comerciales electrónicas determinan el acceso a mercados globales de personas y empresas que pueden ponerse en contacto con mercados cada vez mayores, mediante la utilización de las estrategias B2B y B2C, que permiten ampliar su base de clientes y la oferta de nuevos productos y servicios; c) Generación de un comercio desmaterializado. La masificación del uso de la Internet, así como las nuevas tecnologías que permiten por una parte la diversificación de productos y servicios digitalizados, que son susceptibles de ser distribuidos y apropiados electrónicamente, y por otra parte, la creación de nuevos mecanismos comerciales que implican la posibilidad de distribuir internacionalmente tanto bienes y servicios desmaterializados, como bienes y servicios físicos por medios electrónicos; d) Desintermediación económica, dada la posibilidad cierta que permite el comercio electrónico en Internet de acortar las distancias existentes entre los entes económicos productores de bienes y servicios, con los clientes, se permite la eliminación de los intermediarios económicos, que suelen en muchos casos encarecer los bienes y servicios.

Los cambios que en el mundo de los negocios se han producido derivados del advenimiento del uso masivo del comercio electrónico, signado por la globalización económica, aparejada al potencial indudable que tiene el comercio electrónico como elemento capaz de movilizar cambios estructurales en la manera de hacer negocios, plantea un buen número de cuestiones tributarias problemáticas vinculadas al ámbito de la fiscalidad internacional, tales como los criterios de sujeción de los actos gravables al poder tributario de los Estados, así como la delimitación de conceptos tributarios tradicionales, como los de 'establecimiento permanente', 'adquisición de bienes', 'prestación de servicios', que en cierta forma han puesto en crisis los conceptos tradicionales en el ámbito tributario.

Dentro de los nuevos rumbos que ha tomado el fenómeno de la fiscalidad, uno de los más interesantes se refiere a la creciente importancia que ha adquirido la fiscalidad internacional, dentro del ámbito del derecho tributario. Este proceso responde a fenómenos como la globalización de la economía, al desarrollo tecnológico y la masificación del uso de las Tecnologías de la Información entre otras. Fenómenos éstos que han hecho que las fronteras desde el punto de vista

económico y hasta físico, desaparezcan y que las inversiones transnacionales aumenten.

#### **4. Tributación y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones**

No cabe duda que el cambio social derivado de la transformación exponencial de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ha impactado decididamente la vida moderna en el mundo. Precisamente los cambios asociados a la masificación de las nuevas tecnologías constituyen un elemento que facilitan y hacen posible el proceso de la globalización de la economía<sup>10</sup>, de las comunicaciones, de la información, e incluso de la política.

Por lo demás, resulta conveniente precisar que las circunstancias de cada uno de los países, y Venezuela no es la excepción, cambian aceleradamente, de donde las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones traen consigo a su vez, cambios importantes desde el punto de vista del alcance social, económico, cultural, administrativo y jurídico.

En el campo tributario el advenimiento del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha impactado decididamente la manera de hacer negocios, de llevar contabilidad y de ejercer las facultades de control que son propias de la actividad fiscal del Estado. Es por ello que la importancia de la aplicación de los medios informáticos ha sido reconocida (con mayor o menor intensidad y aplicabilidad), por las leyes tributarias en la mayor parte de los países del mundo. De modo que el hecho de que el establecimiento de nuevas maneras de hacer negocios (comercio electrónico), de interactuar los administrados frente a la administración (gobierno electrónico), y de actuar las administraciones tributarias (gestión tributaria electrónica); han determinado una nueva visión del fenómeno tributario en su interacción con los aspectos tecnológicos. (Figura N° 1)

González Carrera, F. (2002)<sup>11</sup>, estima que:

...la aparición de las nuevas tecnologías ha convulsionado el sistema tributario, sus principios, a quienes lo aplican, autoridades y contribuyentes, y a quienes lo estudian, con una virulencia insospechada y ello a pesar de que el sentir general existente en el ámbito fiscal con anterioridad a la aparición de Internet ya era el de la insuficiencia de los sistemas fiscales tradicionales ante la nueva realidad económica derivada de la creciente e imparable internacionalización de los agentes económicos, la concentración económica y la necesaria armonización o competencia de los sistemas fiscales.

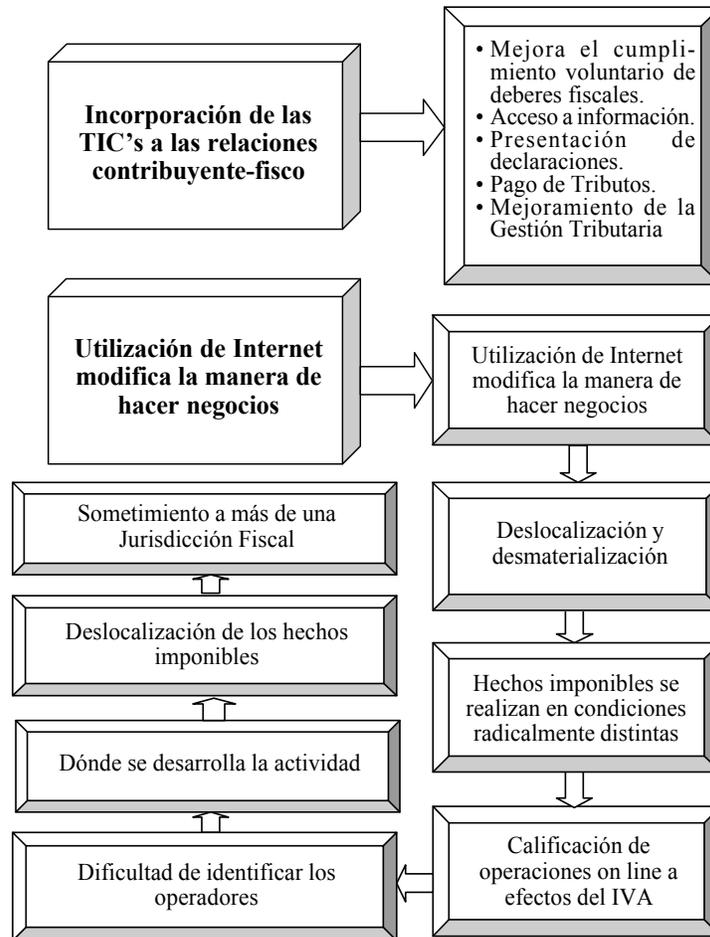
<sup>10</sup> Que ha traído aparejado en la mayor parte de los países procesos económicos de apertura, desregulación y privatizaciones.

<sup>11</sup> *Perspectivas del Análisis Tributario: Las Administraciones y los Contribuyentes. Un Problema o una Oportunidad.*, en "Régimen Jurídico en Internet." Editorial La Ley, Madrid. pp. 1029.

Estos fenómenos y características propias del nuevo orden económico y social derivado tanto de la masificación del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, como de los fenómenos derivados de la globalización de las economías, han puesto de manifiesto la necesidad de revisar los conceptos jurídicos tributarios tradicionales para contextualizarlos dentro de esta cambiante realidad para determinar la aplicabilidad de los conceptos tradicionales, y para la construcción de los nuevos conceptos y normativas que resulten necesarios.

Figura N° 1

**Principales elementos de la relación Tecnologías de la Información – Tributación**



Fuente: elaboración propia

## 5. Principales problemas tributarios derivados de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

En materia tributaria uno de los aspectos más polémicos de la aplicación de las nuevas tecnologías tiene que ver con el hecho de que se ve al comercio electrónico<sup>12</sup> y, especialmente al comercio electrónico en Internet como un elemento para la evasión y elusión impositiva por la dificultad intrínseca que se presenta, dada la naturaleza negocial propia del comercio electrónico, para gravar las operaciones realizadas a través de Internet, tanto en el ámbito de la fiscalidad directa como en el campo de la fiscalidad indirecta. (Figura N° 2)

Las nuevas realidades determinadas por la aplicación de las nuevas tecnologías, y sobre todo, de la masificación del uso de la Internet han puesto en crisis algunos principios tributarios fundamentales. Así por ejemplo, la potestad tributaria, se encuentra profundamente vinculada con la noción de jurisdicción, tradicionalmente relacionada con el concepto territorial. No obstante, el comercio electrónico ocurre en un territorio ajeno a la necesaria localización propia de los conceptos tributarios tradicionales, por lo que no es posible demarcar los límites propios de las fronteras nacionales. Los conceptos básicos propios del Derecho Tributario se ven severamente afectados por la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, puesto que al establecer la obligación tributaria en el comercio electrónico, el hecho imponible estaría determinado por el tráfico de bits; pues la construcción teórica propia de la actividad tributaria descansa sobre algún tipo de materialidad detectable (cuestión que usualmente no ocurre en las operaciones propias del comercio electrónico)<sup>13</sup>, la cual ha sido calificada tradicionalmente como elemento apto para indicar la fuente de la manifestación objetiva de capacidad contributiva.

Aparte de lo anterior, existen serios problemas a la hora de calificar quién debe ser considerado como sujeto obligado al cumplimiento de la obligación tributaria (en calidad de contribuyente o responsable), en las operaciones comerciales electrónicas; así por ejemplo, resulta que un determinado sujeto (un comerciante por ejemplo), puede prestar determinados servicios en línea, lo que implicaría probablemente, que sólo se le pueda identificar por medio de un

<sup>12</sup> En tal sentido, Ríos Granados, G. (2002), en su estudio: Innovación Tecnológica en la Gestión Tributaria. Un estudio Comparado: España y México. publicado en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/108/art/art8.pdf> destaca que: "...el desenvolvimiento del comercio electrónico y el empleo de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana, han impulsado a las administraciones tributarias a reconvertir los mecanismos de control fiscal, así como en las aplicaciones de gestión tributaria, y con ello evitar evasión o elusión fiscal."

<sup>13</sup> El comercio electrónico usualmente se clasifica en: A) Directo, que es aquél en el que el pedido, el pago y el despacho se realiza por vía electrónico; lo cual exige por supuesto, que se trate de bienes susceptibles de digitalizarse. B) Indirecto, que es aquel en el que el pedido y el pago pueden realizarse electrónicamente, pero donde el despacho se realiza mediante la utilización de los medios propios del comercio tradicional (courrier, correo, empresa especializada, etc.).

nombre de dominio, que lo vincularía a una determinada dirección IP<sup>14</sup>, que no es apta para identificar a una persona o empresa como sujeto de derechos y obligaciones (dotado de capacidad jurídica tributaria). De otra parte, las características propias de las tecnologías indicadas, favorecen sin lugar a dudas el anonimato de las operaciones comerciales electrónicas, lo cual dificulta, el ejercicio de las facultades de verificación y fiscalización para la Administración Tributaria.

Para solventar los problemas derivados de las dificultades que generan para gravar las operaciones realizadas mediante la Internet, tanto los Estados Unidos de Norteamérica, como la Unión Europea han propuesto diversas soluciones. La Secretaría del Tesoro de los Estados Unidos emitió un informe acerca de las implicaciones en la política fiscal y el comercio electrónico global (*Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*). En dicho informe se propone crear normas tributarias que fijen un mínimo de seguridad jurídica e impidan el fenómeno de la doble imposición, poniendo de manifiesto la necesidad de garantizar el principio de neutralidad fiscal en relación con las nuevas tecnologías a objeto de impedir el establecimiento de regímenes fiscales discriminatorios que obstaculicen el desarrollo del comercio electrónico.

En el ámbito europeo, la Unión Europea dictó una Directiva, que versa sobre el régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica<sup>15</sup>. Este instrumento tiene por finalidad el establecimiento de un conjunto de normas encaminadas a gravar el comercio electrónico a fin de evitar la doble imposición<sup>16</sup>.

El interés que ha desatado la relación existente entre la tributación y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ha determinado que importantes instituciones internacionales como por ejemplo, la ODCE<sup>17</sup> hayan estudiado el efecto que la implementación de dichas tecnologías, y particularmente de la tecnología Web a la gestión tributaria ha tenido sobre dicho fenómeno. Así un estudio publicado sobre la administración de tributos en Chile<sup>18</sup> (que se ha convertido en uno de los países arquetípicos en cuanto a la implementación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones al

<sup>14</sup> Que constituye un medio unívoco de identificación en Internet, conforme al cual cada nombre de dominio, redirecciona una comunicación electrónica a una dirección IP (Internet Protocol), la cual expresa la ubicación del computador donde se encuentra ubicada la página Web determinada.

<sup>15</sup> Directiva N° 2002/38/CE, de fecha 7 de mayo de 2002, que modificó la Directiva 77/388/CEE.

<sup>16</sup> Conforme la Directiva en cuestión la prestación de servicios electrónicos, será objeto de imposición siempre que éstos tengan carácter oneroso y se presten dentro del ámbito territorial de la Unión Europea, indicando que deben ser gravados en el lugar de establecimiento del destinatario de esos servicios, es decir, donde son consumidos. Respecto a las empresas que no tienen establecimiento físico, se aplicará el concepto de domicilio o residencia, estableciéndose un régimen especial a estos sujetos.

<sup>17</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

<sup>18</sup> Kana, L. y Barraza, F. (2000): "Taxing Time for E-Government". OECD Observer 2000, pp. 50.

ámbito tributario), realizado a partir de la decisión estratégica tomada por la Administración Tributaria de ese país (Servicio de Impuesto Internos <SII>), en el sentido de darle una importancia preponderante al desarrollo del uso de Internet para propósitos tributarios, determinó que para el año 2000 más de la mitad de la información tributaria había sido almacenada *on line*, por los empleados de la administración, y una cuarta parte de lo recaudado por dicha Administración Tributaria (respecto del impuesto sobre la renta), se había hecho vía Internet.

Por otra parte, el fenómeno de la globalización económica, ha determinado el incremento de los Convenios para evitar la Doble Tributación (CDI), la mayor parte de los países buscan evitar que se ‘diluya’ el elemento principal con el que cuentan para obtener los ingresos fiscales, que son en general, los impuestos. No obstante, países como los Estados Unidos de Norteamérica (que sin duda posee una importancia preponderante en el comercio mundial y particularmente decisiva en el comercio electrónico internacional), ha sostenido la posición de hacer de la Internet, una suerte de ‘zona libre de impuestos mundial’<sup>19</sup>.

Algunos autores han estimado que las operaciones de comercio electrónico en Internet constituyen una fuente de fraude a la Administración Tributaria y de desimposición<sup>20</sup>, puesto que a pesar del importante crecimiento del comercio electrónico a nivel mundial, son sus características propias y distintivas, lo que ha puesto en crisis algunos conceptos tradicionales de la tributación en general, mas no por el hecho de que por sí, sea una actividad susceptible o propicia para actividades contrarias a los fines tributarios de los Estados. De modo que no es preciso considerar de antemano que las actividades de comercio electrónico en Internet se han establecido con el objeto de evadir controles tributarios (aunque en algunos casos, esta sea una de las consecuencias derivadas de la novedad de tales fenómenos y de la falta de regulación internacional sobre la materia), sino que por el contrario, son consecuencia de los fenómenos de masificación de los medios electrónicos y de su inevitable relación con las actividades de carácter mercantil.

<sup>19</sup> Posición a la que se contraponen iniciativas de otros países, como por ejemplo, la de crear impuestos específicos para el comercio electrónico, como sería el ‘*bit tax*’, que gravaría precisamente las operaciones comerciales electrónicas.

<sup>20</sup> Según González Carrera, F. Op cit. pp. 1030, las consideraciones del comercio electrónico como una actividad propicia para la comisión de fraude en el ámbito tributario: “*Solamente su enorme capacidad de multiplicarse en los próximos años podría justificar el punto de vista de <sospecha fiscal> que mayoritariamente se adopta en el examen del comercio electrónico; en cualquier caso ni siquiera aquella teórica capacidad de crecimiento del e-commerce (exponencial a decir de algunos) debe servir para contaminar y llenar de prejuicios fiscales un comercio y una tecnología que no alcanzará el 10% del volumen de las transacciones totales en los próximos cinco años y que, de momento, es sólo un <escaparate universal> de bienes y servicios; por otra parte, no deja de ser ciertamente algo hipócrita, en este momento, la perspectiva que enfatiza y caracteriza el e-commerce como fuente inagotable de fraude (por la deslocalización de sus rentas y el anonimato de sus agentes) olvidando que, hasta ahora tales vicios (ubicación de intangibles y rentas financieras en territorios de baja fiscalidad, acceso a tales jurisdicciones, refacturación de bienes y servicios) podrían ser un privilegio de ciertas élites legalmente consentido y planificado*”.

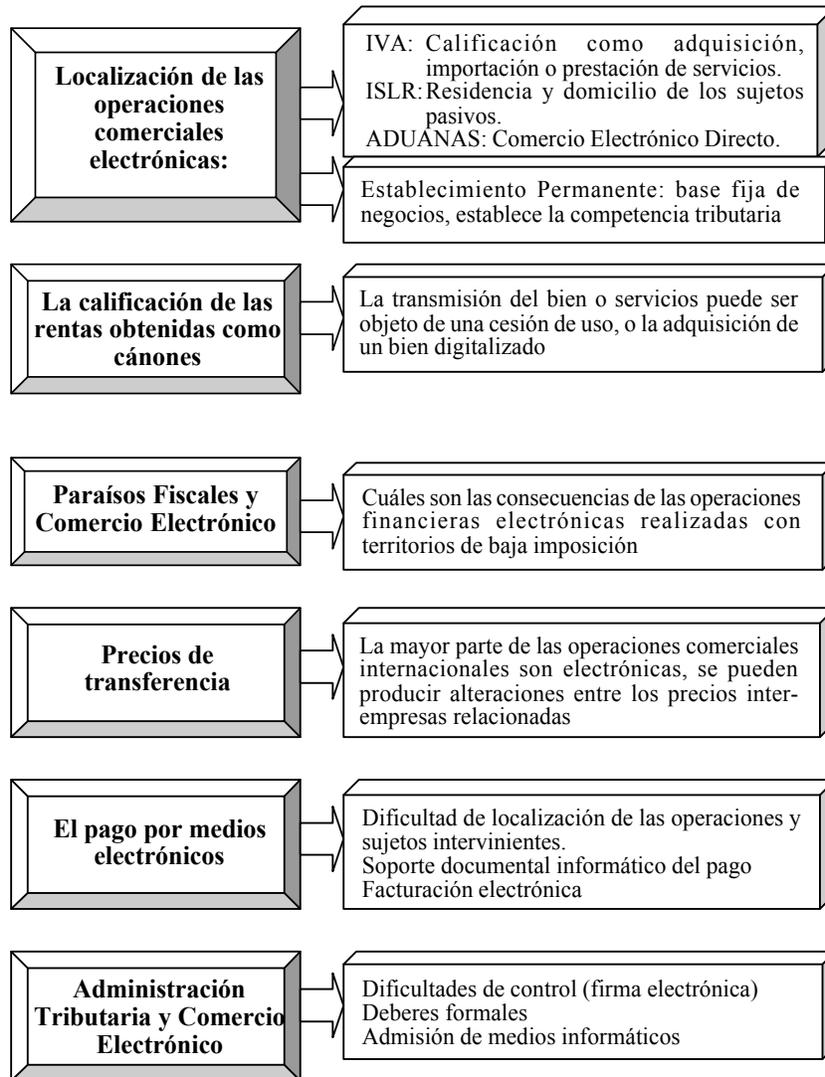
Por otra parte, la aplicación de medios electrónicos, informáticos, telemáticos, etc., permite a la Administración Tributaria<sup>21</sup> realizar actividades de control y gestión tributaria de una manera mucho más eficiente y efectiva, permitiendo colocar a los contribuyentes y responsables mucho más cerca de la administración, además de permitir utilizar más eficientemente los recursos humanos y materiales que son, por lo general escasos, en una gestión tributaria adecuada. Por lo demás, Linares Gil (2001)<sup>22</sup>, considera que: “...esta reconversión de la Administración y la progresiva construcción de una Administración Tributaria electrónica permite que sociedad y poder público hablen un mismo lenguaje, que la Administración intervenga en los flujos de información que sea preciso para gestionar los tributos en el nuevo entorno y que pueda manejar y controlar la información.” De modo que la Internet constituye un medio por el cual ciertos hechos impositivos tradicionalmente contemplados por los diversos sistemas tributarios particulares, en condiciones distintas a las que se llevan a efecto en las operaciones *off line*.

21 De hecho prestigiosas instituciones internacionales como la OCDE, en su informe *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions (1998)*, ha destacado la importancia del uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación desde el punto de vista de las relaciones que se establecen entre el contribuyente y el fisco, por cuanto estima que optimiza el acceso a la información y la asistencia a los contribuyentes.

22 Linares Gil, M.: op cit. pp. 5.

Figura N° 2

**Conceptos tributarios clásicos y  
la aplicación de los medios Informáticos**



Fuente: elaboración propia

## 6. Soluciones propuestas a los problemas derivados de la aplicación de los medios informáticos a la tributación

Ante la aplicación de los medios informáticos al ámbito tributario, se han propuesto diversas soluciones, con el objeto de establecer o no una regulación capaz de ser aplicada a las operaciones comerciales electrónicas, que van desde la recomendada ausencia de regulación tributaria al comercio electrónico, hasta el establecimiento de tributos específicos para este tipo de actividad comercial. Las principales tendencias o propuestas, se pueden en general agrupar en las siguientes:

- a) Internet como *Duty Free Zone*, o Zona Libre de Imposición. Esta propuesta ha sido sustentada originalmente por los Estados Unidos de Norteamérica, mediante el documento denominado *The Internet Tax Freedom Act*, en cuya sección 1101 se establece la prohibición de establecimiento de tributos por parte de los Estados, sobre el acceso a Internet o sobre las operaciones de comercio electrónico<sup>23</sup>. Es la tendencia dominante en EUA, hacer de Internet una zona libre de cualquier tipo de impuesto o carga, sobre todo dirigida a la imposición indirecta, con el objeto de facilitar o no impedir el desarrollo del comercio electrónico y de la Sociedad de la Información. Es claramente contrario a los principios de la OCDE y de la UE. Dado el carácter global de Internet, sería impensable adoptar una decisión de exención que resulte verdaderamente operativa.
- b) El *Bit Tax*, o impuesto establecido sobre la base del volumen de información cursada mediante la red. Esta propuesta, que en general no ha recibido buena acogida en la doctrina, se basaba en el establecimiento de un tributo especial que deberían pagar quienes realizasen operaciones comerciales electrónicas, en el cual el quantum de la obligación tributaria se calcularía según el volumen de bits que implicase la transmisión de la información en particular. Tiene como elemento en su contra, el hecho de que sería un tributo que afectaría sin lugar a dudas, los fundamentales principios que inspiran los sistemas tributarios, toda vez que vulneraría el principio de capacidad contributiva, pues conduciría al absurdo de que por ejemplo, una persona tuviese que pagar un tributo mayor por la adquisición de una imagen, o de una canción, que por una operación de comercio electrónico realmente cuantiosa. Aparte de lo anterior, la mayor parte de las opiniones calificadas en la materia han estimado inconveniente el establecimiento de tributos especiales para las operaciones comerciales realizadas mediante la Web, distintos de los tributos tradicionales que pechan las operaciones comerciales realizadas mediante elementos tradicionales.
- c) La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Esta organización internacional ha estudiado en detalle los diversos aspectos que guardan relación con el comercio electrónico, dentro de los cuales se

23 Vigente desde el año 1998, hasta 3 años después.

encuentran incluidos, claro está, los aspectos fiscales, especialmente en lo atinente a la relación con el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición, especialmente en lo referente a los precios de transferencia, los impuestos indirectos y los problemas de las administraciones tributarias respecto del comercio electrónico. Esta organización ha sostenido la conveniencia de mantener los principios tributarios internacionales tradicionales, pero sometidos a las revisiones que resulten necesarias (conferencias de Turku y Ottawa). Se debe evitar el fraude y la evasión, neutralidad, seguridad jurídica, justicia tributaria, y la ‘proporcionalidad en el reparto de impuestos entre los diversos países, de manera que no constituya una traba para el comercio electrónico, evitándose en lo posible la evasión y el fraude fiscal originados por la introducción de los medios informáticos contractuales. En cuanto a las normas tributarias internacionales, se estima que se deben aplicar los principios vigentes en los tratados internacionales, precisando los elementos que permitan efectivamente su aplicación a los casos concretos, particulares.

- d) La Unión Europea ha realizado trabajos interesantes acerca de la incidencia de la Internet, especialmente respecto de los efectos del impuesto al valor agregado, así como directivas específicas acerca de la aplicación de este tributo a los bienes susceptibles de ser digitalizados. De igual modo y de acuerdo con EUA propuso una fiscalidad que no resulte discriminatoria (claridad, consistencia, neutralidad y No discriminación). Se han aceptado además varias de las propuestas realizadas por la OCDE sobre las normas de tributación. Se ha estimado que en Internet no puede dar lugar a la creación de nuevos tributos, la entrega electrónica de productos no puede considerarse mercancías, solamente los servicios consumidos en Europa, serán gravados en Europa.

## 7. Gestión tributaria y medios informáticos

Tal como se precisó anteriormente, el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, ha suscitado cuestiones sin duda conflictivas desde una perspectiva tributaria, las cuales por su novedad, no han sido resueltas aún. Dichas cuestiones afectan principalmente la imposición directa (Impuesto sobre la Renta)<sup>24</sup>, imposición indirecta (Impuesto al Valor Agregado)<sup>25</sup>, aparte de los Impuestos Aduaneros<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Sobre todo si consideramos que la Ley de Impuesto sobre la Renta (1999), en consonancia con el Código Orgánico Tributario (2001), acogieron el principio de Renta Mundial, conforme el cual las personas deben pagar en el país sobre los enriquecimientos provenientes de renta nacional extranjera, siempre que se encuentren residenciados o domiciliados en Venezuela, o posean en el país establecimiento permanente o base fija.

<sup>25</sup> Siempre que se realiza una operación electrónica que implique la enajenación o importación de bienes muebles, o bien la prestación de servicios.

<sup>26</sup> Con respecto a las operaciones de comercio electrónico que impliquen la importación de mercancías gravadas.

Tradicionalmente se ha visto con perspicacia al comercio electrónico, al considerarlo un medio apto para facilitar la evasión o elusión fiscal. No obstante, debe desmitificarse estableciendo una normativa acorde con las nuevas manifestaciones propias del mundo negocial que deben ser reconocidas por el mundo tributario. González, F.<sup>27</sup>, estima que dicha normativa debe garantizar la seguridad jurídica, estableciendo los siguientes principios: a) Neutralidad. pues no deben establecerse nuevos impuestos, ni diferencias entre las diversas maneras de llevar a cabo el comercio. B) Eficiencia: Determinada por la reducción de los costos y trabas en el cumplimiento de las obligaciones fiscales derivadas del comercio electrónico. C) Seguridad Jurídica y Simplicidad: El establecimiento de normas sencillas, así como el uso de los medios telemáticos. D) Eficacia y Equidad: A fin de evitar la doble tributación internacional. E) Flexibilidad. Adaptación del marco normativo a la evolución constante en materia tecnológica.

Desde una perspectiva fundamentalmente fiscal, el principal problema que se origina de la masificación del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones es la disminución de la recaudación tributaria<sup>28</sup>, debido las dificultades que se generan a la hora de calificar las rentas obtenidas, como para establecer elementos de control sobre las operaciones comerciales electrónicas<sup>29</sup>, que en su mayoría versan sobre bienes intangibles (comercio electrónico directo), por lo que en la actualidad resulta prácticamente imposible localizar y gravar las operaciones realizadas bajo dicha modalidad comercial. Plantean igualmente problemas tales como el establecimiento de la sede efectiva de los negocios (establecimiento permanente, base fija a los efectos del Impuesto sobre la Renta), la valoración de las rentas dentro de los grupos económicos vinculados, la prestación de servicios intangibles, la localización de las rentas financieras, la deslocalización de los enriquecimientos obtenidos hacia jurisdicciones de baja imposición fiscal, la relación existente entre los precios de transferencia y la desmaterialización de las operaciones, que es propia de las operaciones comerciales electrónicas, entre otras. (Figura N° 3).

<sup>27</sup> Op cit. pp. 1031.

<sup>28</sup> González Carrera, F., op cit. pp. 1030, se refiere al comercio electrónico como una actividad propicia para la comisión de fraude en el ámbito tributario al considerar que: “Solamente su enorme capacidad de multiplicarse en los próximos años podría justificar el punto de vista de <sospecha fiscal> que mayoritariamente se adopta en el examen del comercio electrónico; en cualquier caso ni siquiera aquella teórica capacidad de crecimiento *del e-commerce* (exponencial a decir de algunos) debe servir para contaminar y llenar de prejuicios fiscales un comercio y una tecnología que no alcanzará el 10% del volumen de las transacciones totales en los próximos cinco años y que, de momento, es sólo un <escaparate universal> de bienes y servicios; por otra parte, no deja de ser ciertamente algo hipócrita, en este momento, la perspectiva que enfatiza y caracteriza el e-commerce como fuente inagotable de fraude (por la deslocalización de sus rentas y el anonimato de sus agentes) olvidando que, hasta ahora tales vicios (ubicación de intangibles y rentas financieras en territorios de baja fiscalidad, acceso a tales jurisdicciones, refacturación de bienes y servicios) podrían ser un privilegio de ciertas élites legalmente consentido y planificado.”

<sup>29</sup> Bien sea que se realicen bajo la modalidad *on line* (operaciones de comercio electrónico realizadas en tiempo real), u *off line* (operaciones comerciales electrónicas realizadas mediante correo electrónico o e-mail, por ejemplo).

Si bien es cierto que los problemas enunciados afectan a la Administración Tributaria venezolana, no es menos cierto que se trata de una situación esencialmente internacional (derivada precisamente de la interacción entre la globalización como fenómeno económico y el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, particularmente desde el punto de vista del comercio electrónico); de donde cualquier solución que se proponga implementar sobre la materia, debe considerar las propuestas de solución que consideran y han aprobado organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Unión Europea (UE) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE).

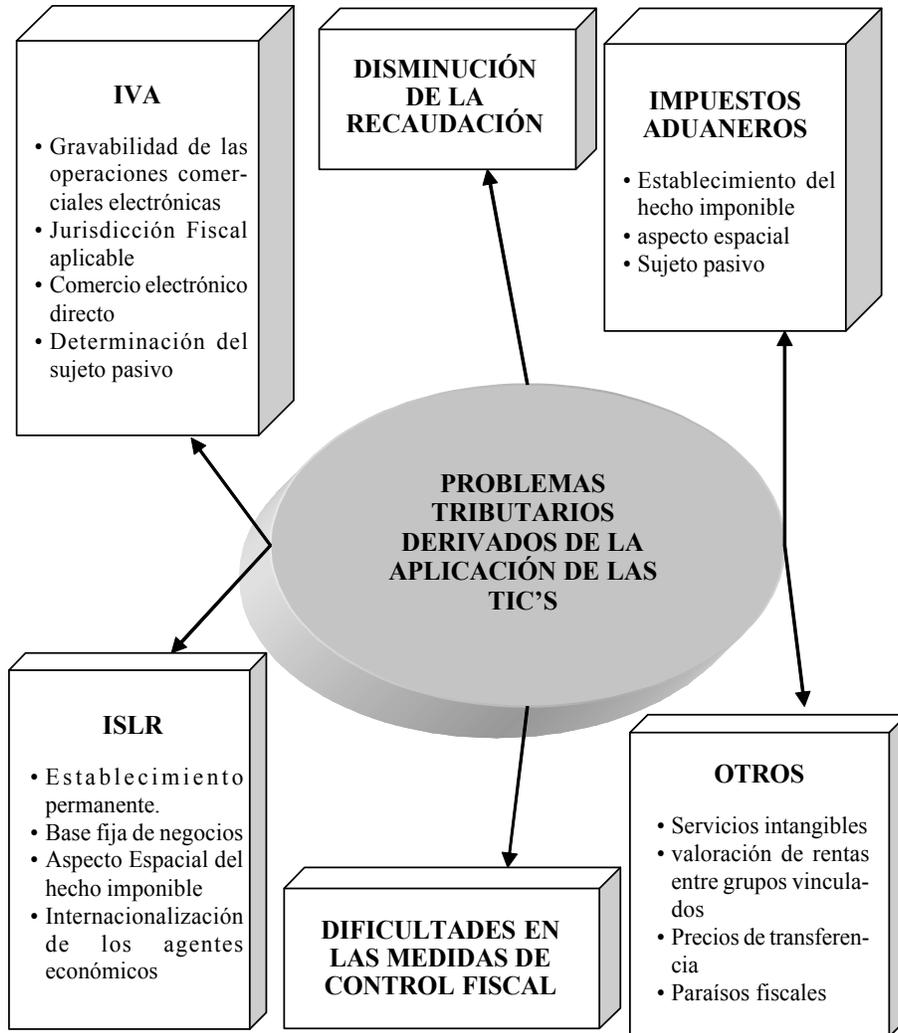
Dada la importancia que el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tiene desde el punto de vista tributario, la normativa debe establecer disposiciones acordes para reconocer la importancia de las operaciones realizadas desde el punto de vista electrónico, así como la vinculación entre la Administración Tributaria y los contribuyentes y responsables, mediante la utilización de dichas tecnologías, con el objeto de: a) Que la Administración Tributaria cuente con una tecnología actualizada, a fin de permitir la realización efectiva de la gestión de los tributos; b) Hacer más expedita y directa la relación establecida entre la administración y los administrados, en cuanto a las notificaciones, interposición de recursos, soporte de las operaciones, etc.

Sobre la base de las consideraciones realizadas anteriormente, una norma que posee importancia capital, al constituir la ley marco que rige la actividad tributaria en Venezuela, es el Código Orgánico Tributario (2001), que establece normas de avanzada al reconocer la validez de la realización de actividades por medios electrónicos. De igual modo, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (2001) reconoce la plena eficacia y validez jurídica a las operaciones realizadas por medios electrónicos y las equipara a las efectuadas en el mundo físico<sup>30</sup>, a la vez que equipara la firma electrónica con la firma autógrafa o manuscrita, esto no es otra cosa que la admisión legal de lo que es una realidad en el mundo negocial, y esto es, que cada vez con mayor frecuencia se realizan operaciones por medios electrónicos, que el comercio electrónico es una realidad innegable dentro de las relaciones comerciales, y que la informática como fenómeno no sólo tecnológico, sino cultural ha impactado de manera decisiva e innegable la vida moderna.

30 Sobre soporte papel.

Figura N° 3

**Principales problemas tributarios derivados de la implementación de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones**



Fuente: elaboración propia

La más reciente reforma del Código Orgánico Tributario, ha consagrado la utilización por parte de la Administración Tributaria de la información por medios informáticos o magnéticos, así como la posibilidad de emplear para ello cualquier medio especialmente diseñado para el tratamiento e intercambio de la información<sup>31</sup>. De igual modo permite la norma que las comunicaciones entre los contribuyentes y la administración se realicen por medios electrónicos (incluso la presentación de escritos, recursos y consultas)<sup>32</sup>.

Existen otras disposiciones de carácter normativo que han reconocido la importancia de la aplicación de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En esta categoría encontramos a las leyes especiales en materia tributaria, como la Ley de Impuesto sobre la Renta y la Ley de Impuesto al Valor Agregado (y sus respectivos reglamentos), que determinan la posibilidad de llevar los registros contables por medios informáticos, y la obligación de conservarlos, conjuntamente con los sistemas informáticos y contables que les sirven de soporte. También se establece la posibilidad de hacer las declaraciones y pago del Impuesto sobre la Renta por vía informática.

Aparte de las disposiciones mencionadas, existen otras normas jurídicas de rango sublegal que igualmente reconocen la importancia y validez de las operaciones realizadas mediante la utilización de los medios informáticos. Dichas normas establecen la obligación para ciertas categorías de contribuyentes de realizar sus operaciones por vía informática (contribuyentes especiales), así como normas específicas en materia de facturación (facturación mediante el uso de los medios informáticos), e incluso se prevé la creación de sistemas de facturación completamente informática en el futuro.

Resulta imprescindible en la actualidad establecer el contenido y alcance cada vez más estrecho entre las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Tributación, con el objeto de manejar adecuadamente

<sup>31</sup> Obal, S. Op cit considera que: “...el tratamiento de la información en la Administración Pública es un elemento definitorio para el correcto desempeño de sus funciones. Señalamos de esa manera que sin un adecuado control y conocimiento de su información, la Administración Pública se encuentra imposibilitada de lograr una actuación eficiente. En consecuencia, sin las necesarias reingenierías que tengan como meta el máximo aprovechamiento de la información para la toma de decisiones informadas y la prestación de mejores servicios, la Administración Pública se verá fuertemente obstaculizada en su compromiso con los ciudadanos. Estas reingenierías envuelven aspectos que no dependen en principio de la tecnología, sino que deben aprovechar estas herramientas para materializar una reorganización cuyo punto de partida es el análisis para la definición de metas y la toma de decisiones.”

<sup>32</sup> Artículo 125 del Código Orgánico Tributario. Establece la posibilidad de que se presenten por medios electrónicos: a) Declaraciones tributarias, por medio de las cuales como se sabe, se manifiesta la existencia de un determinado hecho imponible; b) Comprobantes de pago, lo que abre la posibilidad de que se realicen pagos de tributos por medios electrónicos, lo cual permite la utilización de medios electrónicos de pago, como por ejemplo podrían ser transferencias electrónicas de fondos, o la utilización de otros medios de pago electrónicos; c) Consultas, recursos u otros trámites, lo que permitiría que las consultas a ser evacuadas por parte de la Administración Tributaria emanaran de ella, por medios electrónicos, al igual que cualquier tipo de trámite o recurso, que se podría realizar por medio electrónico.

dichos conceptos y la evolución e importancia que los mismos tienen para la vida moderna.

## 8. Conclusiones

El uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones han revolucionado los más diversos aspectos de la vida moderna del ser humano (la manera de comunicarnos, estudiar, hacer negocios, etc.). Este hecho impactó la manera de vincularse los ciudadanos con las administraciones públicas. La Administración Tributaria no puede permanecer ajena a este hecho, pues requiere por un lado utilizar las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para hacer más efectiva la gestión tributaria, y por otra parte, poder vincularse de manera más eficiente con los contribuyentes y responsables.

Dentro de los principales problemas que pone de manifiesto la relación entre la tributación y las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, están los referidos a la tributación en el comercio electrónico, que ha sido vista por lo general como un elemento propicio para la evasión fiscal; no obstante obedece a una nueva forma de hacer negocios que sigue creciendo con el tiempo. Aparte de lo anterior, el uso de las nuevas tecnologías ha determinado una crisis en ciertos conceptos de importancia desde el punto de vista tributario, que las leyes y acuerdos de los diversos países no han logrado resolver de manera satisfactoria, tales como: el establecimiento del momento y lugar en que se produce el hecho imponible, quiénes son los sujetos obligados y en qué momento se produce la vinculación con los supuestos de hecho calificados por la ley, como aptos para que nazca el hecho imponible; dónde está ubicado el establecimiento permanente en estos tipos de empresas, entre otros. Estos problemas derivados de la aplicación de los medios informáticos (particularmente del uso de la Internet), así como de la masificación de las operaciones comerciales electrónicas han derivado que en todo el mundo se procure conseguir soluciones que permitan solventar los problemas tributarios que generan su aplicación; no obstante las soluciones planteadas hasta el momento (ley marco de la OCDE, *Bit Tax*, *Duty Free Zone*, normativa comunitaria europea, etc.), no han logrado hasta el momento el consenso necesario a nivel político, ni doctrinario para los fines para los cuales han sido propuestos.

La modernización necesaria en las administraciones públicas, implica necesariamente en la actualidad que las estructuras organizacionales e internacionales implementen el uso activo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el ámbito de los procedimientos administrativos y recursos<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Obal, S. Op cit considera que: “...el tratamiento de la información en la Administración Pública es un elemento definitorio para el correcto desempeño de sus funciones. Señalamos de esa manera que sin un adecuado control y conocimiento de su información, la Administración Pública se encuentra imposibilitada de lograr una actuación eficiente. En consecuencia, sin las necesarias reingenierías que tengan como meta el máximo aprovechamiento de la información para la toma de decisiones informadas y la prestación de mejores servicios, la Administración

En el año 2001 fue reformado en Venezuela el Código Orgánico Tributario incorporando toda una serie de innovaciones que reconocieron validez y eficacia a las operaciones realizadas por medios electrónicos. Dicha reforma se encuentra en consonancia con la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas que reconoce pleno valor al documento otorgado por vía electrónica<sup>34</sup>. Esta norma de carácter orgánico, conjuntamente con las diversas leyes especiales en materia tributaria, así como las normas de rango sublegal, se han ocupado de crear los elementos necesarios para admitir el uso de la Internet, en general y de los medios informáticos en particular como elemento para la adecuada relación entre los particulares y la Administración Tributaria.

*Pública se verá fuertemente obstaculizada en su compromiso con los ciudadanos. Estas reingenierías envuelven aspectos que no dependen en principio de la tecnología, sino que deben aprovechar estas herramientas para materializar una reorganización cuyo punto de partida es el análisis para la definición de metas y la toma de decisiones”.*

<sup>34</sup> La Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece el valor de los mensajes de datos en su artículo 3: “*Efectos de la Ley.- Se reconoce la fuerza probatoria y validez jurídica de los mensajes de datos, cualquiera sea su forma, así como la información que estos contengan. Los mensajes de datos, su información y contenido tendrán la misma valoración probatoria y los mismos efectos jurídicos que los documentos impresos contemplados en la legislación nacional*”. En lo atinente a la efectividad de la firma otorgada por medios electrónicos, en su Artículo 17: “*Efectos de la firma electrónica: Se reconoce la fuerza probatoria y validez jurídica de la firma electrónica, así como, la información que ésta contenga. La firma electrónica, tendrá la misma valoración probatoria y los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita contemplada en la legislación nacional*”.

# Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico

Leopoldo Brandt Graterol\*

---

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Reseña Histórica. 3. Percepción vs. realidades. 4. Ventajas del medio Web en el ejercicio de la profesión legal. 5. Conclusión. 6. Anexos.

## Resumen

La página Web se ha convertido en un vehículo indispensable para la operatividad del *e-commerce*, el papel que juegan las páginas Web dentro del libre ejercicio profesional del abogado es fundamental. El material que sirve de respaldo a esta ponencia busca una aproximación al panorama del comercio electrónico en el ámbito de la asesoría legal, el uso que dan los abogados a las páginas Web, y cuál es el potencial de trabajo legal que se puede obtener de un efectivo y óptimo uso de las mismas.

**Palabras clave:** Página Web. Comercio Electrónico. Asesoría legal. Servicios

## Abstract

Web pages have become an essential conveyor for e-commerce operations, the role of web pages within the law practice is crucial. The scope of this material covers the use of e commerce and web pages by lawyers in their practice, and what potential legal work could be attained from effective and optimal usage of web sites.

**Keywords:** Web site. E-commerce. Consultant's Legal. Services

---

Recibido: 30/04/2004 • Aceptado: 15/05/2004

\* Universidad Católica Andrés Bello (U.C.A.B.) (Venezuela). Abogado. *The University of Texas at Austin Law School* (U.S.A.). Maestría en Jurisprudencia Comparada. *Franklin Pierce Law Center* (U.S.A.). Maestría en Licenciamiento Avanzado. Universidad Monteávila (Venezuela) (Invitado). Universidad Católica Andrés Bello (U.C.A.B.) (Pre y Postgrado). Universidad Católica del Táchira (U.C.A.T.) (Invitado). Editor Jurídico de la Empresa LEGIS EDITORES, C.A. y articulista del Diario "El Universal". Email: [lbrandt@telcel.net.ve](mailto:lbrandt@telcel.net.ve) MSN: [lbrandtg@hotmail.com](mailto:lbrandtg@hotmail.com)

## 1. Introducción

La página Web se ha convertido en un vehículo indispensable para la operatividad del *e-commerce*, bien se haga a través de ellas o por otros medios electrónicos. A pesar del vertiginoso desarrollo de la *World Wide Web*, y del creciente enorme número de páginas Web que diariamente se agregan a los buscadores mundialmente famosos, existe un sector de la economía que no está de acuerdo con la afirmación según la cual, la mayoría del comercio electrónico se hace a través de las páginas Web. Lo cierto es que al final, llegaremos necesariamente a la conclusión que si bien una parte significativa de las transacciones no se efectúan dentro de las mismas, la vinculación directa o indirecta al medio electrónico, es decisiva en la celebración de las transacciones comerciales. Dentro de la llamada nueva economía, es usual escucharse que empresa que no posea página Web, no sólo se considera fuera de este mercado, sino del mercado de la economía global considerado como un todo.

Tanto es así que ya las referencias corporativas de búsqueda son las que aparecen en la Web. Como resultado de lo anterior, la presencia en Internet, a los efectos de evaluar la participación y desempeño corporativo, se vuelve un punto de referencia necesaria en toda cultura, y la venezolana no es una excepción.

En pocas palabras: si su empresa no tiene presencia directa o indirecta en el ciberespacio, se considerará que no existe o que no está interesada en participar de los mercados que se generan del comercio electrónico. O peor aún, si tiene, por ejemplo, página Web, y la información presentada está incompleta o desactualizada, se generará un efecto adverso al buscado.

Vale la pena destacar el énfasis que se ha puesto desde inicio de Internet y la Web, en el número de usuarios que visitan las páginas o "hits" en las mismas, como un factor determinante en la medición o definición de tendencias del comercio electrónico. Esto, como analizaremos, no es del todo cierto y es un elemento más dentro del rompecabezas.

Finalmente, hay que hacer una referencia importante acerca del papel que juegan las páginas Web dentro del libre ejercicio profesional del abogado, bien por aplicación directa de las mismas o por una mera referencia comercial que culmine en el desarrollo de negocios.

El material que sirve de respaldo a esta ponencia busca una aproximación al panorama del comercio electrónico en el ámbito de la asesoría legal, el uso que dan los abogados a las páginas Web, y cuál es el potencial de trabajo legal que se puede obtener de un efectivo y óptimo uso de las mismas.

La ponencia está estructurada en cuatro partes. La primera contiene una referencia introductoria a hechos históricos que han sido tradicionalmente considerados fuera de la óptica mercantil y mucho menos relacionados con el ejercicio profesional de nuestra profesión. La segunda hace referencia a cifras y comportamiento de usuarios en la Web, principalmente en Venezuela y la intención es invertir por completo la creencia de que porque el número de usuarios sea bajo o esté disminuyendo, el comercio electrónico debe seguir esa misma

tendencia. Lo anterior está basado específicamente en el hecho de que el aumento del volumen de usuarios no necesariamente refleja un aumento de las ventas dentro de los sitios Web o a través de la Web, considerada como un todo, siendo necesario definir un nicho o *target* para nuestros servicios en el universo de usuarios dentro del mundo virtual y del material que va de la mano del primero. Esto es reforzado adicionalmente por algunos casos prácticos significativos dentro de nuestra comunidad comercial que demuestran que nuestras cifras no son nada despreciables.

La tercera parte nos aproxima a las distintas aplicaciones que podemos hacer del comercio en el Derecho, y referencia especial a algunos de los servicios que actualmente se prestan en Venezuela por parte de la comunidad legal. La parte final contiene conclusiones alcanzadas sobre la base del análisis hecho en los puntos anteriores.

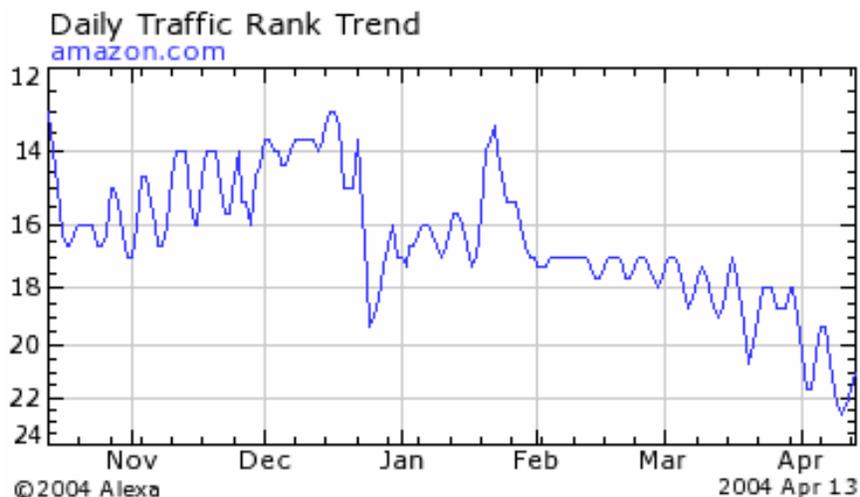
## 2. Reseña histórica

A los efectos del tema que abordamos sólo haremos dos referencias históricas importantes en lo que se refiera a las páginas Web: ArpaNet (1969) y la *World Wide Web* (1989). Los conceptos de interconexión independiente, hipertexto, servidor, navegador y otros similares, se volvieron piedras claves de lo que se conoce actualmente como comercio electrónico, y especialmente comercio electrónico a través de páginas Web. En el trasfondo del origen científico/militar de Arpanet, el objetivo económico nunca estuvo oculto. Nadie puede imaginar el desarrollo de una red que se pueda interconectar en la cual se pudiesen intercambiar programas, datos informaciones, etc, sin buscar algún provecho económico a largo o mediano plazo. Se sabe que uno de los objetivos era reducción de costos por lo que el factor económico siempre ha estado presente. Por otra parte, cuando Tim Berners-Lee ideó la *World Wide Web*, para que distintas computadoras o espacios dentro de las mismas (servidores), pudieran intercambiar información, o como fue en un principio, para que información académica del laboratorio pudiera estar disponible a todas las personas involucradas en el proyecto y que además pudieran conectar sus máquinas, sin importar sus modelos y sistemas operativos aplicables (Protocolo TCP/IP), aplica necesariamente un factor económico. Todo esto nos lleva a considerar desde esos tiempos la aplicación económica comercial de las nuevas tecnologías desarrolladas. Esta ventaja competitiva, fue con el tiempo detectada por todas las ramas de profesionales que se dieron cuenta de las virtudes de los nuevos vehículos electrónicos y sus capacidades funcionales y económicas. Los abogados no somos una excepción, comenzamos por publicidad (aún en contra de rígidos regímenes éticos/morales), para luego confrontar la nueva realidad social y las nuevas situaciones legales derivadas de la aplicación de estas tecnologías, inevitablemente vinculadas con la labor del profesional del Derecho.

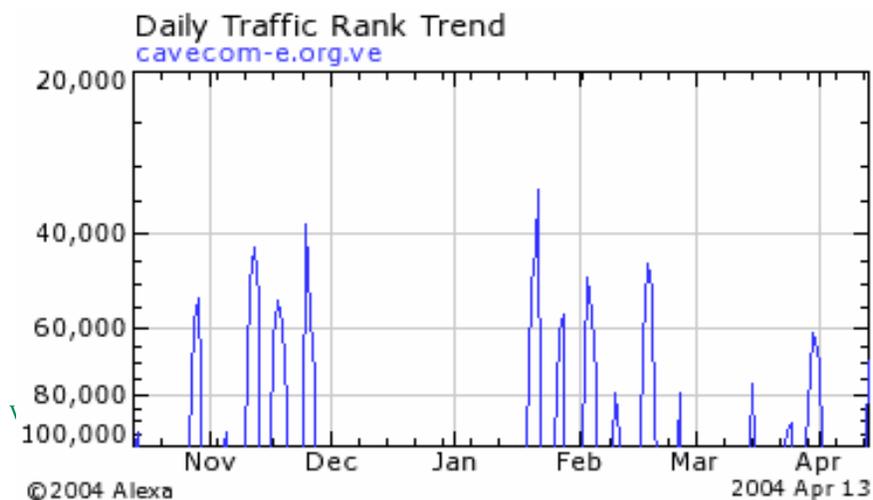
### 3. Percepción vs. realidades

Un vistazo al movimiento de algunos de los portales más destacados nacional e internacionalmente puede darnos una idea de la magnitud del negocio que fluye a través de las páginas Web, el cual puede ser proyectado sin lugar a dudas a la profesión legal. A continuación algunos casos representativos:

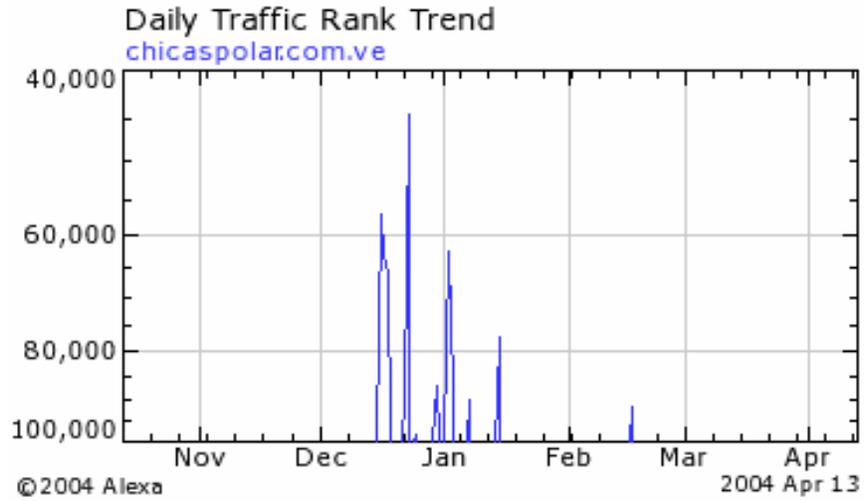
[www.amazon.com](http://www.amazon.com): Ranqueada N° 17



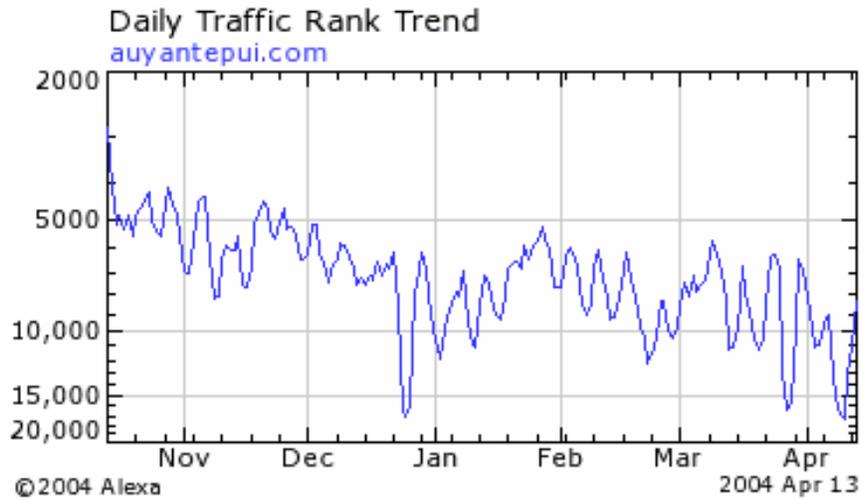
[www.cavecom-e.org.ve](http://www.cavecom-e.org.ve) Ranqueada 90.540



[www.chicaspolar.com.ve](http://www.chicaspolar.com.ve) Ranqueada N° 163.022



[www.auyantepui.com](http://www.auyantepui.com). Ranqueada: 7.536



Quizá el caso por excelencia para medir comportamientos en Internet en Venezuela sea el portal informativo [auyantepui.com](http://auyantepui.com). Desde su fundación, se ha mantenido líder en tráfico interno comercial hasta la fecha y el número de páginas Web que son ingresadas en su motor de búsqueda, luego de un examen por

parte de sus administradores, es un indicativo claro de la tendencia del comercio electrónico en Venezuela, entendido de forma amplia y especialmente enfocado a la proyección profesional de los abogados. Nótese que no estamos analizando el caso a través de los hits o número de usuarios, sino a través de negocios o vías de acceso a operaciones comerciales que repercutirán en el circuito económico.

Una fórmula de una semana dada, nos ilustra dicho comportamiento, y el potencial impacto en el comercio:

(Semana del 4 al 10 de abril de 2004) =  $57 \times 4 \times 12 = 2.736$  Anuales pre-clasificadas por la empresa)<sup>1</sup>.

Un boletín mostrado dentro del mismo portal con las páginas agregadas por materia durante una semana dada, nos permite identificar las distintas y variadas áreas o sectores a los cuales enfocar el ejercicio profesional. Colocaremos un ejemplo simple con lo primero que nos viene a la mente como abogados, en cuanto a servicios a suministrar.

**Arte y Cultura: Música: Grupos de Rock** (Derechos de Autor de sus Letras)

Jammas Band

Página Web de esta banda de *reggae punk latin ska* en Maracay, Edo. Aragua.

**Ciencias: Asociaciones y Fundaciones** (Página Web: aspectos elegeales)

Edimar - Estación de Investigaciones Marinas de Margarita

Organización sin fines de lucro dedicada a la investigación, educación y servicios en ciencias del mar, la maricultura y las ciencias de los alimentos, adscrita a la Fundación La Salle de Ciencias Naturales.

**Ciencias: Eventos** (Parte mercantil de la empresa promotora)

IV Congreso Forestal Venezolano

Información sobre este evento que se realizará en la ciudad de Barinas, Edo. Barinas en Noviembre de 2004.

**Comercio: Equipos Industriales** (Contrato de Distribución o Licencia)

Equipos del Centro, C.A.

Alquiler de grúas móviles, *heavy lifting*

Partes Industriales, C.A.

Empresa comercializadora de productos destinados a la conducción de fluidos hidráulicos.

**Comercio: Eventos y Fiestas** (Contratos de Trabajo con Músicos o Mesoneros)

Organización Musical *Arena's Band*

Organización musical que ofrece servicios para amenizar fiestas y eventos.

**Comercio: Joyerías** (Actualización de Permisos ante la Alcaldía)

*Amaxonia Style*

Ventas al mayor y detal de collares, pulseras y otros accesorios elaborados artesanalmente.

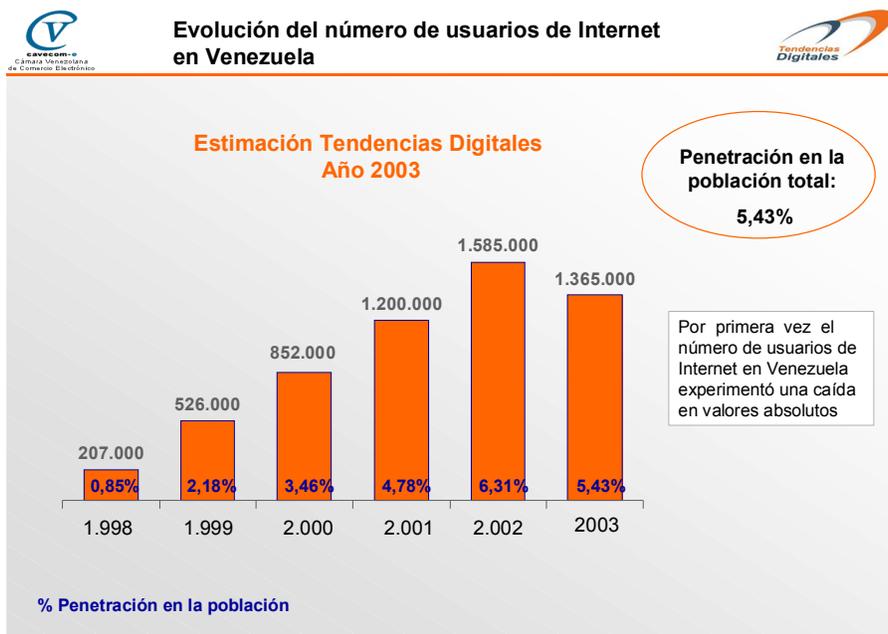
<sup>1</sup> Tomado de [www.auyantepui.com](http://www.auyantepui.com)

- Comercio: Música** (Contrato Trabajo con Profesores de Música)  
Academia *Neodance*  
Academia de danza clásica, neoclásica, contemporánea y nacionalista.
- Comercio: Refrigeración** (Contrato de Prestación de Servicio y término de garantía para clientes)  
Talleres Catatumbo  
Empresa que ofrece servicios y equipos de refrigeración industrial.
- Comercio: Telecomunicaciones** (Contratos de venta de productos)  
Industrias Dugal, C.A.  
Empresa comercializadora de equipos de radio, comunicación móvil y alquiler de repetidoras, en Barquisimeto, Edo. Lara.
- Comercio: Textil y Calzado** (Trámites ante Ministerio correspondiente/ Recursos Administrativos/Dólares Recado)  
Almacén Napoli, C.A.  
Empresa dedicada a las ventas al mayor de telas nacionales e importadas, en Valencia, Edo. Carabobo.
- Comercio: Automotriz: Foto Clasificados** (Protección al Consumidor)  
Clasificarro .com  
Servicio de foto clasificados para la compra y venta de vehículos.
- Computación e Internet: Diseño y presencia Web** (Contrato de Desarrollo Web)  
*Creative*  
Diseño de páginas Web, hospedaje, dominios, diseño de banners publicitarios y más, en Maturín, Edo. Monagas.  
Epalex  
Servicio de diseño de páginas Web.  
Ingenios Soluciones Web  
Empresa que ofrece soluciones en el área de diseño de sitios Web.
- Computación e Internet: Recursos:Tutoriales** (Contrato de Reparación)  
Repare su PC  
Tutorial para reparar su computador personal y conocer más sobre sus componentes.
- Deportes y Entretenimiento: Clubes Sociales y Deportivos** (Estatutos del Club)  
Club Leo Maracaibo Cacique Mara  
Comunidad de Club Leo Maracaibo de jóvenes entre 18 y 28 años dedicados al servicio voluntario comunitario, patrocinado por los Clubes de Leones
- Negocios y Economía: Asistencia Legal: Abogados y Escritorios** (Necesito Asesoría Legal)  
Castelao, Maiese & Asociados  
Despacho de abogados en Caracas.
- Negocios y Economía: Bienes Raíces: Centros Comerciales** (Documento de Condominio)  
Centro Comercial Galerías Los Naranjos  
Centro comercial ubicado en la zona de Los Naranjos, Edo. Miranda, con oficinas, comercios y cines.

Ninguna de las empresas o servicios que nombramos anteriormente hubieran llegado a nuestro conocimiento si no hubiésemos revisado Auyantepui.

Otro indicador importante, pero no determinante, para evaluar el impacto del comercio electrónico es el índice de usuarios de Internet en Venezuela:

Usuarios de Internet en Venezuela: 2003<sup>2</sup>: 1.365.000. Por cada usuario se estima que hay otras tres personas indirectas en contacto con Internet, para un total de 4.095.000



3 Indicadores de Penetración y uso de Internet en Venezuela © 2003 Tendencias Digitales

Las cifras de usuarios en Internet, a pesar de ir en caída y ser desalentadoras, deben ser evaluadas desde otra perspectiva, es decir desde el punto de vista de negocios que pueden generar, en lugar de los negocios que se dan propiamente en Internet y considerados como "electrónicos". Nótese que en el gráfico en referencia, la cifra del año 2003 de 1.365.000 usuarios tiene un campo de acción de aproximadamente 3 usuarios más por conexión (4.095.000). El 10% de dicha cifra es de casi 500.000 usuarios en línea potenciales consumidores.

El número de usuarios, si bien es un factor a considerar, no puede ser determinante cuando hablamos de la tendencia del comercio electrónico. Otros factores como los mercados y los *target* comerciales quizá tengan un mayor peso. Encontraremos casos de páginas Web de negocios que batan todos los

2 Cortesía : Luis Vicente León (Datanálisis)

record de tráfico y que reflejan un movimiento interno de comercio electrónico (B2C por ejemplo) muy bajo. Por el contrario pueden influir directamente en el desarrollo de otros negocios. Un ejemplo típico sería el caso de los planos de Caracas en la página [www.caveguías.com.ve](http://www.caveguías.com.ve). Por otra parte, podemos encontrar empresas que poseen un número reducido de clientes, que usan normalmente su sitio Web, y sólo ese medio para hacer transacciones multimillonarias, comercializando con bienes tales como petróleo, combustible, materias primas, etc. como es el caso del portal [www.procuradigital.com](http://www.procuradigital.com), que mueve grandes cantidades de dinero en comercio electrónico B2B.

En definitiva será necesario analizar caso por caso, cuando hablamos de tendencias de comercio electrónico para no caer en la generalización, y poder mostrar cifras que tengan algún significado dentro del supuesto de hecho que se esté analizando.

#### 4. Ventajas del medio Web en el ejercicio de la profesión legal

Factores a considerar. El medio Web facilita a los profesionales del Derecho ventajas comparativamente superiores a cualquier otra profesión, al no estar claras las reglas del juego en cuanto a la regulación del ciberespacio y a las novedades que pueden surgir en materia legal de la constante interacción en el mismo.

- **Presencia:** a través de la página Web, el abogado no sólo ratifica o refuerza su presencia en el mundo material, sino que se da a conocer a una audiencia completamente nueva.
- **Prestación de servicios tradicionales:** a través de la página Web como vehículo, el abogado puede prestar los mismos servicios que prestaba tradicionalmente por otros medios tales como fax, télex, etc., con mayor rapidez y a costos ínfimos.
- **Prestación de nuevos servicios:** mediante el uso del sitio Web, el abogado puede implementar prestación de nuevos servicios que los medios tradicionales no le permitirían, debido a limitaciones de logística, gastos administrativos, etc. Un buen ejemplo de ello es el contacto en tiempo real entre abogado y cliente a través de los sistemas de chat/mensajería. Otra manifestación más clara es permitir a los clientes que interactúen con las firmas y/o los profesionales vía sistemas de Intranet, etc., permitiéndoles consultar saldos de cuentas pendientes, estados de juicios, etc.
- **Sistemas de pago más confiables y seguros:** a través del sitio Web tanto el abogado como el cliente pueden disponer de herramientas para efectuar pagos de forma expedita, segura y más barata. Tal es el caso de los sistemas de pago *on-line*, libreta electrónica, etc., disponibles ya en nuestro país.

- **Nuevos temas legales derivados del medio:** la utilización de los medios electrónicos y en particular el sitio Web tanto por clientes como por abogados, crea una serie de nuevas situaciones legales de gran repercusión en el ejercicio de la profesión, en cuyas materias será necesaria la formación adecuada del abogado para satisfacer estas nuevas necesidades de los clientes.

**Materias legales directa o indirectamente relacionados con el uso de la página Web para comercio electrónico**

- Propiedad intelectual: Nombres de dominio, marcas, derechos de autor; vínculos profundos (*Deep-linking*); marcos (*frames*).
- Materia contractual: condiciones y términos de páginas Web; contratos publicitarios, contratos de desarrollo de software; licenciamiento de uso de tecnología.
- Protección al consumidor: ofertas, promociones en línea, reclamos de servicios prestados *on-line*, reclamo de medios electrónicos de pago, devolución de dinero, corte de servicios gestionados por medios electrónicos, reclamos por envíos u otros problemas de logística; ofertas falsas.
- Privacidad: acuerdos de confidencialidad, términos para páginas Web
- Delitos informáticos: manipulación de sistemas, firmas, correo electrónico no solicitado, acceso a sistema de información, difamación electrónica; violación de la privacidad.
- Gobierno digital: infraestructura de entes; relaciones con ciudadanos, trámites administrativos, trámites judiciales, citaciones, notificaciones, controles de gestión.

**Sistemas actuales funcionando en la comunidad jurídica venezolana**

- Notificación de Gacetas Oficiales vía e-mail y revisión de las mismas en línea
- Control de juicios vía Internet
- Búsqueda y registro de marcas vía Internet
- Asesoría en tiempo real vía sistema de mensajería
- Control de estado de regímenes legales vía Internet
- Compra de opiniones legales y formatos vía Internet
- Envío de boletines legales de actualización periódica
- Acceso de clientes a páginas Web de las firmas con las cuales trabajan
- Revisión de decisiones judiciales vía Internet

- Revisión de distribución de demandas vía Internet
- Acceso a asociaciones gremiales, y verificación de eventos y estados de cuenta vía Internet
- Acceso a directorios judiciales, Notarías y Registros vía Internet
- Sistemas informativos de entes de gobierno vía Internet
- Verificación de status tributario vía Internet

## **5. Conclusiones**

El hecho de que el comercio electrónico no haya tenido el desarrollo esperado en Venezuela, al menos mediante el uso de páginas Web en las cuales interactúan usuarios y empresas (principalmente comercio B2C), y de que haya disminuido el número de usuarios, no es razón para llegar a la conclusión de que el comercio electrónico está en decadencia. Nuestro país, no posee una cultura orientada hacia el uso de medios electrónicos y mucho menos del sistema de compra por catálogo, el predecesor natural de las páginas Web. Quizá haya que usar otros indicadores tales como: sustitución de herramientas de búsqueda del mundo material por las del mundo virtual; número de negocios que se generan por medio una página Web, etc., con lo cual se obtengan resultados más alentadores.

Las páginas Web continúan siendo el vehículo por excelencia en el ciberespacio para el establecimiento de relaciones comerciales entre todo tipo de partes, y el desarrollo legislativo y legal alrededor de las mismas hace pensar que esto continuará así. Los profesionales del Derecho, más que ningún otro, no pueden estar alejados de la realidad legal/comercial que circunda el comercio electrónico y los avances de tal modalidad de intercambio comercial.

De esta interacción del profesional del Derecho con las Tecnologías de Información se beneficiarán los abogados y sus clientes por igual, generando una necesaria reducción de costos y una optimización del tiempo y recursos de la firma legal.

## **6. Anexos – Direcciones de interés legal en la Web<sup>3</sup>**

[www.legis.com.ve](http://www.legis.com.ve)  
[www.gacetaoficialdelarepublicadevenezuela.com](http://www.gacetaoficialdelarepublicadevenezuela.com)  
[www.tsj.gov.ve](http://www.tsj.gov.ve)  
[www.gobiernoenlinea.gov.ve](http://www.gobiernoenlinea.gov.ve)  
[www.alfa-redi.org](http://www.alfa-redi.org)  
[www.mijuicio.com](http://www.mijuicio.com)  
[www.demarcas.com](http://www.demarcas.com)  
[www.tecnoiuris.com](http://www.tecnoiuris.com)  
[www.venezuelajuridicaenlinea.com](http://www.venezuelajuridicaenlinea.com)  
[www.justicia.net](http://www.justicia.net)  
[www.badellgrau.com](http://www.badellgrau.com)

3 Páginas relacionadas con el sistema legal venezolano.

[www.documentolegal.com](http://www.documentolegal.com)  
[www.gestioneslegales.com](http://www.gestioneslegales.com)  
[www.correojuridico.com.ve](http://www.correojuridico.com.ve)  
[www.venezuelalegal.com](http://www.venezuelalegal.com)  
[www.ventanalegal.com](http://www.ventanalegal.com)  
[www.seniat.gov.ve](http://www.seniat.gov.ve)  
[www.expertolegal.com](http://www.expertolegal.com)  
[www.lex-comp.com](http://www.lex-comp.com)  
[www.abogadoexpreso.com](http://www.abogadoexpreso.com)  
[www.jurismaster.com](http://www.jurismaster.com)  
[www.legalmenteseguro.com](http://www.legalmenteseguro.com)

# España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos

María Pérez Pereira\*

---

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Clases de comercio electrónico. 2.1. Por los intervinientes. 2.2. Por el ámbito geográfico. 2.3. Por el entorno. 3. Armonización internacional. 3.1. Principios básicos. 3.2. Normas concretas. 4. España: 4.1. Comercio electrónico. 4.2. Protección de datos. 4.3. Protección de los consumidores. 4.4. Sociedades mercantiles

## Resumen

La Informática y las Tecnologías de la Información han revolucionado el comercio, hoy en día es común hablar del comercio electrónico. En sus inicios sólo las grandes empresas tenían acceso a esta forma de contratación, el comercio electrónico adquiere importancia en los últimos años gracias a la expansión de las redes de comunicación que permiten que los consumidores también puedan realizar operaciones de este tipo. Esta situación exige la adaptación de la legislación con la finalidad admitir el uso de estos soportes y otorgar la debida protección a estos sujetos, en esta ponencia se estudia en particular la regulación del comercio electrónico en España.

**Palabras clave:** Comercio electrónico. Internet. Consumidores. Regulación

## Abstract

Computer Science and Information technologies have revolutionized commerce, nowadays it is usual to talk about electronic commerce. At the beginning, only large corporations had access to this form of contracting, electronic commerce has become more important in the last few years due to the expansion of communication networks which allow the consumer may perform this kind of operations. This state of affairs demands the adjustment of legislation in order to provide for the use of such methods and dutifully protect the individuals, in this paper the electronic commerce regulation in Spain is analyzed.

**Keywords:** Electronic commerce. Internet. Consumers. Regulation.

---

Recibido: 30/06/2004 • Aceptado: 15/07/2004

\* Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora de los módulos de Derecho del Máster en Comercio Electrónico impartido en la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora de las Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico. Coordinadora editorial de la Revista de la Contratación Electrónica. Miembro del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Tecnología. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (España). maria.perez@uc3m.es.

## **I. Introducción**

El desarrollo de la informática y de las tecnologías vinculadas al envío y tratamiento de la información hizo que, a mediados de los años 80, apareciese un nuevo modo de comunicación y contratación: el comercio electrónico.

Así, la aparición del comercio electrónico supuso, por un lado, una modificación de pautas del comportamiento y la aparición de un nuevo soporte para el ejercicio de este nuevo “comercio electrónico”. La modificación de pautas del comportamiento de los operadores, no sólo pusieron de manifiesto la necesidad de regular de forma legislativa esta nueva actividad (modificación jurídica), sino también pautas del comportamiento materiales y físicas, esto es, necesidad de adaptarse al empleo y utilización de sistemas tecnológicos y su implantación en la cadena de producción. La aparición de un nuevo soporte en la contratación y en el comercio electrónico en sentido amplio, trae como consecuencia principal la apertura a nuevos mercados, a mercados a los que sería difícil acceder si se emplean las técnicas comerciales tradicionales (es más sencillo contratar con un islandés a través de las vías electrónicas de comunicación, que contratar mediante sistemas tradicionales de comercio).

El objeto principal de esta ponencia no es más que presentar una breve panorámica de la situación actual del comercio electrónico en España desde un punto de vista jurídico.

## **2. Clases de comercio electrónico**

Las clasificaciones del comercio electrónico pueden ser múltiples y variadas, sin embargo nos centraremos únicamente en tres: por los intervinientes, por el ámbito geográfico y por el entorno.

### **2.1. Por los intervinientes**

El comercio electrónico se puede clasificar, según el número de sujetos que intervienen o según las características de tales sujetos, de tal manera, que es necesario distinguir, dadas las consecuencias jurídicas (de aplicación de normativas especiales), entre:

- comercio electrónico entre empresarios
- comercio electrónico con consumidores
- comercio electrónico entre consumidores

Podríamos tener en consideración también las relaciones comerciales entre los entes públicos y empresarios, entre entes públicos y entes públicos y administrados; sin embargo esta última clasificación se escapa del objeto principal de esta ponencia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> No obstante sobre el particular me remito a la lectura de VV.AA. coord. CREMADES, FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, ILLESCAS ORTIZ, *Régimen Jurídico de Internet*, ed. La Ley,

## 2.2. Por el ámbito geográfico

En función del ámbito geográfico en el que se desarrollan las actividades de comercio electrónico podemos considerar que se trata de comercio electrónico interno o nacional, o bien, internacional.

El comercio electrónico se considera “interno” siempre y cuando la actividad comercial se desarrolle dentro del territorio de un mismo Estado. Ahora bien, en numerosos países, como es el caso español, el comercio electrónico dentro del territorio nacional puede desarrollarse dentro de una misma comunidad autónoma o bien entre comunidades autónomas diferentes; esto supondrá que la legislación aplicable será la nacional en primer lugar, pero en el caso de que existan normas regionales, habrá que atenerse a lo especificado en ellas<sup>2</sup>.

El comercio electrónico tendrá la consideración de “internacional” cuando intervengan elementos “internacionales”. Así, podríamos establecer, incluso, una doble vertiente: el comercio electrónico intracomunitario y el comercio electrónico extracomunitario o netamente internacional.

En las relaciones de comercio electrónico a nivel intracomunitario, serán de aplicación las normas de la Unión Europea, como la Directiva sobre comercio electrónico y la Directiva sobre firmas electrónicas, a las que se aludirá posteriormente.

En el comercio electrónico internacional y extracomunitario resultarán de aplicación las normas del Derecho uniforme internacional.

## 2.3. Por el entorno

El comercio electrónico tiene su origen en intercambios electrónicos de datos entre sujetos que previamente han acordado la utilización de un lenguaje normalizado, así como la utilización de formatos electrónicos estándar para los documentos de carácter contractual. De esta manera, los sujetos se conocen entre sí, dado que es necesario la inclusión en esta red electrónica de comunicaciones de carácter cerrado. En el sector bancario, es conocido el SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*) como ejemplo de “comercio electrónico cerrado”.

Por contraposición al anterior, y con el desarrollo de las redes electrónicas de comunicación, surge el fenómeno de la contratación en la World Wide Web, en la que la red es abierta, de tal modo que toda ella es el mercado, resultando ilimitado el número de participantes en él, ya no sólo en el marco de un determinado territorio, sino que el ámbito geográfico sería todo el planeta. A diferencia de la contratación o del comercio electrónico en entornos cerrados, el

Madrid, 2002 y VV.AA. Dir. GARCÍA MEXÍA, *Principios de Derecho de Internet*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>2</sup> En el caso de comunidades autónomas como Madrid o Islas Baleares, existen leyes autonómicas de comercio interior en las que se hace referencia expresa a los contratos celebrados electrónicamente.

entorno abierto no exige acuerdos previos ni formatos determinados, sino que se suelen utilizar múltiples lenguajes y formatos.

### 3. Armonización internacional

El desarrollo del comercio electrónico exige una mínima armonización internacional, si lo que se desea es ampliar el número de participantes en el mercado electrónico. Por ello, se han elaborado unos principios básicos aplicables a las relaciones electrónicas y una serie de normas concretas, algunas de ellas dispositivas y otras de carácter imperativo.

#### 3.1. Principios básicos

Enunciados ya por el prof. ILLESCAS<sup>3</sup>, los principios básicos del comercio electrónico tienen como finalidad principal la de ser informadores a los legisladores estatales sobre cómo ha de regularse la materia comercial electrónica; tal y como afirma ILLESCAS son “*líneas maestras a través de las cuales su disciplina (el Derecho del Comercio Electrónico) – convencional, judicial y legal- ha de ser establecida*”<sup>4</sup>.

Estos principios son:

- Equivalencia funcional
- Inalteración del Derecho preexistente
- Neutralidad tecnológica
- Buena fe
- Libertad contractual o libertad de pacto.

#### A) Equivalencia funcional

El principio de equivalencia funcional de los actos electrónicos, respecto de los no electrónicos, manuales o autógrafos tiene su origen en el artículo 11.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente de 1995.

Este principio se plasmó, en 1996 en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico (en lo sucesivo, LMCUCE), en su artículo 5, donde se establece que “*no se negarán efectos jurídicos, validez, ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”. Esto quiere decir que no se debe discriminar un acto por el sólo hecho de estar en soporte electrónico, o en soporte distinto del papel; así el acto debe de generar los mismos efectos jurídicos que si el mismo estuviese en soporte tradicional, en soporte papel. Sin embargo son cinco los aspectos relevantes del principio de equivalencia funcional:

<sup>3</sup> Vid., ILLESCAS ORTIZ, Rafael, *Derecho de la contratación electrónica*, ed. Civitas, Madrid, 2001.

<sup>4</sup> Id. pág. 35

- equivalencia funcional del mensaje de datos respecto del documento escrito
- equivalencia funcional del mensaje de datos respecto del documento original
- equivalencia funcional del mensaje de datos respecto de la prueba documental escrita
- equivalencia funcional del mensaje de datos archivado respecto de los mensajes archivados en soporte papel
- equivalencia funcional de la firma electrónica respecto de la firma autógrafa o manuscrita.

**B) Inalteración del Derecho preexistente**

El principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos (de carácter privado) supone que debe tenderse a que la regulación de la contratación electrónica en sentido amplio no ha de suponer una modificación (al menos sustancial) de las normas ya existentes sobre obligaciones y contratos. Así, la introducción del soporte electrónico en las transacciones comerciales supondrá (o debiera suponer) simplemente modificaciones en relación con las peculiaridades o características concretas de la contratación electrónica.

**C) Neutralidad tecnológica**

En la regulación del comercio electrónico ha de emplearse terminología neutra, esto es, que se evite hacer referencia a tecnologías concretas o innovaciones técnicas determinadas. Este principio tiene la finalidad principal de no excluir técnicas de comunicación distintas de las conocidas en el momento de regular la materia, de tal manera que la norma que regule el comercio electrónico tenga que ser modificada en el momento en que se comiencen a emplear tecnologías ahora desconocidas.

**D) Buena fe**

El principio de la buena fe contractual no es exclusivo del comercio electrónico, aunque se establezca expresamente en el artículo 3.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 así como en el art. 7 de la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena) de 1980<sup>5</sup>. De hecho ya se plasmó en el art. 57 del Código de comercio español, que data de 1885.

La aplicación de este principio de buena fe al comercio electrónico y su plasmación en las normas que lo regulen, tiene especial interés, debido a la desconfianza que se genera en numerosos posibles participantes en la contratación

<sup>5</sup> Sobre la interpretación de la Convención de Viena a los contratos electrónicos, vid. GARRO, PERALES, PEREZ PEREIRA, “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC)”, *RCE*, nº 48, abril 2004, págs. 3-36.

electrónica ante el desconocimiento de las nuevas formas y técnicas de contratación.

### E) Libertad contractual

Vinculado al principio de inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, el principio de la libertad de pacto se manifiesta en multitud de normas tanto internacionales como internas de los Estados. Así, desde el punto de vista internacional, y referido al comercio electrónico ha de señalarse el art. 4.1 LMCUCE, donde se establece que *“salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma un mensaje de datos, las disposiciones del Capítulo III (relaciones contractuales surgidas entre quienes contratan electrónicamente) podrán ser modificadas mediante acuerdo”*.

Sin embargo, hay que señalar que esta libertad de pacto para las relaciones comerciales electrónicas, tendrá la misma extensión que la libertad de pacto en el mundo analógico.

### 3.2. Normas concretas

El desarrollo del comercio electrónico, además de sustentarse en el cumplimiento de los principios básicos a los que nos hemos referido, se basa en la elaboración de normas, algunas de ellas dispositivas y otras de carácter imperativo. El ámbito geográfico de aplicación de las normas varía, en función del legislador, así como su ámbito subjetivo.

Naciones Unidas, a través de los trabajos realizados en el seno de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), ha elaborado –para lo que en este momento nos interesa- dos Leyes Modelo, la Ley Modelo sobre comercio electrónico de 1996, y su modificación en 1998 por la inclusión de un art. 5 bis, y la Ley Modelo para las firmas electrónicas, que data de 2001<sup>6</sup>. Asimismo, ha de tenerse presente la interpretación de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en relación con los medios electrónicos<sup>7</sup>.

A nivel supranacional, destacan en el ámbito europeo los trabajos realizados en la Unión Europea, y concretamente dos directivas: la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y 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. Ambas han sido traspuestas en casi todos los ordenamientos internos de los Estados miembros (excepto los nuevos miembros incorporados en mayo de 2004).

<sup>6</sup> Ambos textos pueden obtenerse en <http://www.uncitral.org>

<sup>7</sup> Vid. GARRO, PERALES, PEREZ PEREIRA, op. cit., RCE, n° 48, abril 2004, págs. 3-36.

## **4. España**

### **4.1. Comercio electrónico**

Por lo que se refiere a la regulación estatal del comercio electrónico, España ha sido uno de los países pioneros en la reglamentación de las firmas electrónicas, dado que la primera norma en la materia fue el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica; esta premura en su promulgación tuvo como consecuencia la necesidad de adaptarla a las directrices comunitarias, elaborándose con posterioridad la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

En 2002, se promulgó la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que traspone al ordenamiento interno la Directiva sobre la materia del año 2000.

Estas son las normas principales sobre comercio electrónico, que se complementan con las establecidas en otros temas como protección de datos, consumidores, aspectos fiscales y tributarios, materia penal, etc.

### **4.2. Protección de datos**

Ya en la Constitución española, concretamente en el artículo 18.4 se establece una previsión respecto de los datos informáticos, al afirmarse que “la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”<sup>8</sup>. Así, se establece un derecho fundamental protegido: protección de los ciudadanos ante el uso de la informática; este derecho tiene su origen en la preocupación ante un posible abuso o utilización indebida de las tecnologías de la información, y sobre todo, por lo que se refiere a la utilización de datos.

La protección otorgada por el artículo 18.4 de la Constitución española ha de ponerse en relación con el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 1981 (ratificado por España el 27 de enero de 1984), además del artículo 12 de la Declaración Universal de derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del año 2000 (concretamente el artículo 8, que se refiere a la protección de los datos de carácter personal).

Desde el punto de vista de las normas nacionales, destacan dos normas, la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal y el Real Decreto 994/1999, sobre seguridad en los ficheros automatizados.

En España, se creó la Agencia de Protección de Datos<sup>9</sup> como organismo (ente de Derecho Público) encargado de velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos, así como controlar su aplicación, en especial por lo

<sup>8</sup> Este artículo hay que ponerlo en relación con los artículos 10.1, 14 y 20.4 de la Constitución española.

<sup>9</sup> <http://www.agpd.es>

que se refiere a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos<sup>10</sup>.

### 4.3. Protección de los consumidores

La protección a los consumidores es uno de los aspectos más importantes a la hora de que el comercio electrónico se desarrolle en un territorio. Es, concretamente, la confianza del consumidor en los nuevos medios de contratación la baza fundamental para lograr un incremento del comercio electrónico<sup>11</sup>.

En el caso español, además de la normativa general sobre protección de los consumidores y la ley de comercio electrónico del año 2002, dos son las normas principales: la ley 7/1998, sobre condiciones generales de contratación y la ley 34/1988, general de publicidad; esta última, a pesar de haber sido promulgada hace más de dos lustros, es importante de cara a realizar actividades publicitarias en la red y que tal actividad no genere desconfianza en el posible consumidor.

Por lo que se refiere a la ley sobre condiciones generales de la contratación, si bien está pensada para los contratos celebrados con consumidores en el mundo analógico, es de plena aplicación para los contratos celebrados por Internet o empleando medios o sistemas de comunicación electrónica.

El problema, en relación con la protección de los consumidores y el comercio electrónico se plantea a la hora de determinar quién es consumidor; según la normativa española<sup>12</sup>, consumidor es toda persona física o jurídica que adquiera, utilice o disfrute, como destinatario final, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Este concepto se mantiene también en el ordenamiento jurídico austriaco, sin embargo en el resto de países de la Unión Europea, así como el ordenamiento comunitario europeo únicamente consideran como consumidor a la persona física que cumpla los requisitos antes mencionados.

<sup>10</sup> En materia de protección de datos, resulta de especial interés la lectura de FREIXAS GUTIÉRREZ, Gabriel, *La protección de los datos de carácter personal en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2001; VIZCAÍNO CALDERÓN, Miguel, *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid, 2001. Asimismo, REBOLLO DELGADO, Lucrecio, *Derechos fundamentales y protección de datos*, ed. Dykinson, Madrid, 2004.

<sup>11</sup> Sobre la protección de los consumidores en Internet, se recomienda la lectura de VV.AA. coord. BOTANA GARCÍA, Gema A., *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, ed. La Ley, Madrid, 2001 y DAVARA, Miguel Ángel, *La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico*, Colección "Estudios y documentación" n° 8, edita CEACCU, Madrid, 2000.

<sup>12</sup> Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Art. 1.2.

#### **4.4. Sociedades mercantiles**

Por lo que se refiere a la adaptación de las sociedades mercantiles a las nuevas tecnologías en España, son numerosos los cambios habido en la legislación en los últimos años. Así, tras la promulgación a finales de los años 90 (en 1998) de una Ley general de telecomunicaciones, se hizo necesaria una reforma general tan sólo cinco años más tarde, promulgándose la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones<sup>13</sup>. Esta nueva ley, mucho menos intervencionista que la anterior, tiene como principal novedad la supresión del régimen de títulos habilitantes establecido en la ley del 98, de tal manera que se simplifican tremendamente los trámites administrativos para poder prestar servicios de telecomunicaciones.

Para las sociedades de responsabilidad limitada, se establece una novedad importante: el documento único electrónico. Gracias a esta innovación, en España se pueden ya realizar numerosas gestiones administrativas y fiscales con un único documento de la sociedad; trámites como la constitución de la sociedad, celebración de contratos de la sociedad en formación, pago de impuestos y tributos, etc.

<sup>13</sup> Un excelente comentario de esta ley, lo encontramos en CREMADES, Javier; SANMARTÍN, Javier, “La nueva ley general de telecomunicaciones”, *RCE*, nº 51 julio-agosto, págs. 91-104, correspondiente a las Actas de las V Jornadas sobre Derecho del Comercio Electrónico (I).



# Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales

Raymond J. Orta Martínez\*

---

SUMARIO: 1. Consideraciones generales. 2. Identificación de computadores personales y/o servidores. 3. Los equipos utilizados por los prácticos, peritos u otros funcionarios que participan en el reconocimiento de equipos y evidencia digital.

## Resumen

En toda pericia informática es indispensable la práctica del reconocimiento de los equipos sobre los cuales va a ser practicada la experticia, en esta ponencia se pone de manifiesto la importancia de la identificación y descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales y se suministran las reglas que han de seguirse en el momento del reconocimiento judicial de estos instrumentos.

**Palabras clave:** Experticia informática. Hardware. Software. Reconocimiento judicial

## Abstract

Abstract In every informatic expertise it is essential the practice of a thorough search of the equipment on which the investigation is conducted, in this document one describes the importance of the identification and description of the software and hardware in formal legal computer-related investigations and other judicial acts, and makes available the rules to be followed during a judicial search of such gear.

**Keywords:** Informatic expertise. Hardware. Software. Judicial search.

---

Recibido: 10/05/2004 • Aceptado: 30/05/2004

\* Abogado, Técnico Superior en Ciencias Policiales, Experto Grafotécnico, Dactiloscopista y Perito en Evidencia Digital. Presidente del Instituto Venezolano de Ciencias Forenses. [www.experticias.com](http://www.experticias.com)

*Revista Derecho y Tecnología* N° 4/2004

ISSN: 1317-9306

187-191

## **1. Consideraciones generales**

Para toda pericia informática es indispensable la práctica del reconocimiento de los equipos sobre los cuales va a ser practicada la experticia. En la mayoría de los procesos civiles y penales de los países de habla hispana se establece como elemento formal de la experticia la descripción detallada de lo que fue objeto de análisis. Las Tecnologías de Información han traído como consecuencia el desarrollo de nuevos tipos de equipos con componentes de distinta naturaleza tales como: los componentes físicos o hardware y los componentes lógicos o digitales también conocidos como software. La identificación tanto de los equipos inspeccionados como los equipos utilizados para practicar inspecciones o reconocimientos judiciales de jurisdicción voluntaria o no contencioso, es fundamental a efectos de garantizar el control y contradicción de este tipo de medio probatorio.

Dos computadoras de la misma marca, el mismo modelo, fabricadas el mismo día, pueden ser individualizadas, para lo cual debe realizarse una inspección de sus componentes físicos y digitales, para su incorporación procesal.

En una inspección judicial o reconocimiento civil, así como, en casos de confiscación de equipos en materia penal, deberá documentarse todo lo relacionado con los equipos que sean objeto de las mismas de la siguiente forma:

1. En los casos penales se deberá hacer una recolección de todos los medios magnéticos que se encuentren cerca del computador o computadores, lo cual se deberá hacer bajo los criterios que hagan posible activaciones de huellas en floppys, discos compactos y sus estuches, para probar la relación de estos medios con usuarios determinados de un equipo, aplicándose igualmente a ratones, teclados, pantallas o monitores y cualquier otro periférico conectado a los equipos. Se deberá hacer un inventario detallado tomando en consideración que muchos discos compactos tiene seriales físicos impresos o marcados en la parte interna del mismo y otros vienen con seriales y características de fábrica. En los casos de floppys deberá dejarse constancia de su marca y en caso de tener etiquetas su contenido impreso y manuscrito.
2. Se debe hacer un croquis o relación detallada de las conexiones de red y de los periféricos que tenga el ordenador para el momento del reconocimiento debiendo inventariar e individualizar todos y cada unos de los periféricos conectados.

## **2. Identificación de computadores personales y/o servidores:**

Se deberá dejar constancia de las marcas, modelos y los seriales físicos externos de la carcasa de ordenadores, así como las marcas y modelos de equipos periféricos o accesorios que tengan conectados y cercanos a estos.

Los computadores tienen diversos componentes fundamentales, por lo general internos que deberán ser identificados con sus seriales físicos, y otras

características generales como las antes mencionadas. En los casos de los discos duros podría copiarse su capacidad, cantidad de sectores fecha de fabricación si se observan en su parte externa.

Se deben identificar la cantidad de tarjetas instaladas en las ranuras o *slots* y sus usos. Para el caso de que presenten seriales físicos, modelos y marcas serán igualmente transcritos.

Deberán establecerse todas las características de las tarjetas o placas madres y los componentes incluidos en las mismas tales como: cantidad de memoria física, tipo procesador y si la misma tiene componentes de acceso a redes incorporados en su arquitectura. Esto es especialmente importante toda vez que la tarjeta de red presenta un número de identificación único universal que puede ser utilizado en informática forense para reconstruir hechos relacionados con un computador determinado. La unidad de procesamiento central conocida también como CPU, en algunas marcas y modelos, tienen un serial electrónico inalterable que también puede ser utilizado para individualizar el equipo.

En los casos en que la tarjeta de red no se encuentre incorporada a la tarjeta madre, no solamente se deberá identificar por los métodos antes expuestos, sino que debe ser extraído su serial único con los fines antes mencionados.

En los casos penales es indispensable la preservación intacta de la data, la cual debe ser duplicada bit a bit, para realizarse el trabajo pericial sobre los duplicados con software y/o hardware especial.

En los casos civiles el reconocimiento del sistema operativo y las aplicaciones instaladas pudiera hacerse iniciando el computador con el mismo sistema operativo instalado, es decir, encendiendo el equipo objeto de inspección o pericia.

Respecto al sistema operativo se deberá dejar constancia de su versión, fecha de instalación y de los parches o actualizaciones presentes en el mismo.

Respecto a las aplicaciones, también llamadas programas o software, la cuales incluyen navegadores de Internet, programas de correo electrónico, procesadores de palabras y otros típicos de las llamadas suites de oficina, deberán registrarse igualmente sus versiones y actualizaciones, debido a que, en apariencia pueden ser iguales pero sus versiones pudieran ser muy distintas. Estos elementos tienen fundamental relevancia en los llamados metadatos, que son elementos identificatorios e individualizantes de los usuarios y empresas que los instalan y que muchas veces son incorporados a los archivos que se producen en ella sin intervención voluntaria de los usuarios.

El perito o el práctico debe considerar realizar un respaldo de los archivos de configuración del sistema operativo. Actualmente se conoce el famoso "*Registry*" en los sistemas operativos Microsoft, el cual lleva una bitácora de la instalación y desinstalación de aplicaciones, así como de otras actividades realizadas en el computador.

En los casos en los que se relacione a Internet como el medio utilizado para transmitir información y mensajes de datos, el perito deberá identificar las características y configuración para la conexión a Internet del equipo describiendo claramente la configuración de los servicios de llamado o *dial up*, la tarjeta o

periférico que sirva como MODEM<sup>1</sup>, pudiendo hacer pruebas para determinar el método de asignación de la dirección IP<sup>2</sup>, ya que en algunos casos la dirección que se le asigna al usuario es fija y en otras es de tipo dinámico o variable. Se debe dejar constancia del nombre del proveedor de servicios de Internet (ISP) y de los nombres de usuarios para acceso (Login). Toda esta información puede ser importante y algunos datos pudieran ser verificados a través de la prueba de informes, que se pudieran solicitar al proveedor de servicios de Internet o que pudiera ser acordada, por vía de un auto para mejor proveer en el proceso.

Cuando se encuentren involucrados varios computadores conectados a través de redes locales, deberá hacerse todo el procedimiento antes descrito en el o los servidores y en los otros computadores involucrados en el caso si es relevante.

En los casos de inspecciones y experticias sobre páginas Web, se deberá hacer una descripción detallada de los sitios visitados, es decir, las direcciones específicas o URL, previéndose las impresiones de las páginas para su incorporación en los expedientes. Deberá hacerse una captura del código fuente de las páginas objeto de visualización y hacerse una grabación en medios magnéticos de lo visualizado, así como de las imágenes y archivos de cualquier formato que sean considerados relevante para el proceso.

El respaldo de la data relacionada con las inspecciones judiciales deberá hacerse preferiblemente en medios magnéticos no reescribibles como los discos compactos a los efectos de garantizar la fidelidad técnica y jurídica de los hechos de los cuales se está dejando constancia.

Puede dejarse constancia de la titularidad, administración y nombres de los responsables de un dominio Web, así como de los proveedores de hospedaje a efectos de vincular los contenidos con los hechos observados en la misma, a través de una revisión de la información presente en otras páginas Web que suministran este tipo de información pública. En los casos en los que el propietario haya decidido ocultar la información a través de la designación de apoderados para que aparezcan como titulares del mismo, se deberá dejar constancia de ello.

El perito o práctico puede extraer información relacionada con la dirección IP que apunta hacia el servidor Web y hacer un rastreo para determinar o tener indicios sobre la ubicación física de los servidores.

Igualmente, quién asista al Juez o al Fiscal podrá hacer una revisión de las características y de la validez de los certificados de autenticidad que indiquen tener sitios Web para la protección de datos.

Es posible incorporar por vía de experimento, el efecto que puede producir la visita a sitios Web contentivos de códigos o algoritmos dañinos para los visitantes o de otros actos violatorios de normas de privacidad no perceptibles al usuario común. De igual forma, se pueden hacer verificaciones sobre la seguridad y los

<sup>1</sup> Acrónimo de modulador/demodulador. Un dispositivo de comunicaciones que permite a una computadora transmitir información a través de una línea telefónica estándar.

<sup>2</sup> Abreviatura de "Internet Protocol". Número binario de 32 bits (4 bytes) que identifican de manera inequívoca a cada computadora conectada a Internet (denominada "host"), con el objetivo de comunicarse intercambiando paquetes de información.

mecanismos que sobre este tema se hayan implementado en un servidor Web o bien la veracidad sobre el cumplimiento de las políticas de privacidad y términos de uso publicados en el sitio.

**3. Los equipos utilizados por los prácticos, peritos u otros funcionarios que participan en el reconocimiento de equipos y evidencia digital.**

Todos los protocolos antes mencionados estarían incompletos si en los casos antes mencionados no se identifican exhaustivamente los componentes físicos y digitales, es decir, los equipos y programas utilizados para practicar experticias informáticas, es decir, que el hardware y software de prácticos y peritos debe ser conocido por el juez y las partes para poder ejercer un control directo sobre la actuación pericial, lo cual, aunado a la mención de los métodos utilizados, harían posible la reconstrucción de la actividad pericial a efectos confirmatorios en el caso de que sea necesario.

La informática forense está regida por las mismas reglas científicas aplicables a todos los campos de la investigación científica judicial, que a su vez garantizan el derecho al debido proceso y es por ello que la plena identificación del hardware y software así como la descripción detallada de las operaciones realizadas por los peritos son el soporte fundamental de la experticia informática como novedoso medio de pruebas.



# El testamento electrónico\*

Gustavo Adolfo Amoni Reverón\*\*

SUMARIO: 1. Testamentos electrónicos: legalidad y realidad. 1.1. Introducción: usos de la firma electrónica. 1.2 El testamento electrónico: aproximación teórica. 2. Trabajo de campo 2.1. Encuestas realizadas en notarías públicas. 2.2. Encuestas realizadas en registros públicos. 3. Clasificación legal de los testamentos en Venezuela. 3.1. Testamentos Ordinarios 3.1.1 Abiertos. 3.1.2 Cerrados. 3.2 Testamentos especiales. 3.2.1. En lugares donde reina una epidemia grave 3.2.2. En buques de marina de guerra o mercante. 3.3.3. De los militares en situaciones especiales. a) Supuestos donde existe mayor probabilidad de acceso a Internet. b) Supuestos con menor o nula posibilidad de acceso a Internet. 3.3.4 Testamentos otorgados en el extranjero. 4. Conclusión.

## Resumen

Entre los variadísimos usos que ofrece la firma electrónica en Venezuela, se analizó el testamento electrónico, instrumento que a partir de la vigencia (2001) de la Ley de Registro Público y del Notariado, y la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, podrá ser elaborado legalmente en el país, una vez comiencen a funcionar las instituciones que prevé la ley para brindarle validez jurídica a la firma electrónica, sin ello, se hace prácticamente imposible que, tanto el ciudadano como el Notario, funcionario competente para darle autenticidad al testamento, puedan realmente, el primero, beneficiarse de las nuevas tecnologías, y el segundo, cumplir sus funciones por dichos medios, tal como lo prevé la ley. La importancia de este estudio radica en la apertura de una nueva opción, cuyo grado de utilidad lo determinará cada quien según la situación en la que se encuentre.

**Palabras clave:** Testamento electrónico. Notariado. Registro Público. Firma electrónica. Videoconferencia.

---

Recibido: 30/04/2004 • Aceptado: 15/05/2004

\* El presente trabajo obtuvo el 1er lugar en el concurso de ponencias estudiantiles celebrado en el marco del III Congreso Binacional de Estudiantes de Derecho. San Cristóbal, abril 2004.

\*\* Estudiante de 5to año de la Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo. Ponente en los siguientes eventos: VIII (2000), IX (2001), X (2002) y XI (2003.) Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho; I Congreso Iberoamericano de Estudiantes de Derecho (2001); XXX Aniversario del Instituto de Filosofía del Derecho "DR. J. M. Delgado Ocando" (2001); III (2002) y IV (2003, 6º lugar) Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho, del Instituto Colombiano de Derecho Procesal; Jornadas de los 110 años de la Universidad de Carabobo (2002); IV Congreso de Investigación y I de Postgrado de la U.C. (2002); LII Convención Nacional ASOVAC (2002); Semana de Ingeniería Eléctrica (2004). gustavoamoni@hotmail.com

## Abstract

Between all different kinds of uses of an electronic signature in Venezuela, it was analyzed the electronic will. That instrument, from 2001, when was promulgated the "Electronic Signature and Data Message Act", and the "Public Register and Notaries Act", is, in theory, legal to be elaborated in the country. But, in practice, it only can be done after the institutions, law previews to give it legal validity, start working. If it does not happen, neither the citizen will enjoy the advantages of new technologies, nor the Notaries, public employee competent to legalize wills, will be able to do his work by these means, as law establishes. The utility of this new option will be decided by each person considering his own situation.

**Key Words:** Electronic will. Notaries Public Register. Electronic signature. Videoconference.

## 1. Testamentos electrónicos: legalidad y realidad

### 1.1. Introducción: usos de la firma electrónica

La firma electrónica es un moderno instrumento jurídicamente válido, que al igual que su antecedente o anterior generación, la firma manuscrita, brinda mayor seguridad al actuar en el ámbito jurídico, pero a diferencia de ella, esa actuación se produce generalmente entre sujetos geográficamente distantes. Las situaciones en las que se emplea son disímiles: compras en línea (por Internet), transferencias financieras, envío de correspondencia personal, gestión de negocios y elaboración de contratos<sup>1</sup> (comercio electrónico), "desmaterialización" o "despapelización" de documentos (de formato papel a formato electrónico), autenticación de documentos, obtención de copias certificadas, letras de cambio y cheques electrónicos; la teledeclaración y pago de impuestos<sup>2</sup>, como el caso del municipio Baruta donde los comerciantes pueden pagar el impuesto inmobiliario (comúnmente llamado "derecho de frente") y la patente de industria y comercio, sin tener que salir de su residencia o domicilio, mediante una transferencia de alguno de los bancos afiliados<sup>3</sup>; inclusive, a futuro, celebración de actos civiles como matrimonios, previa ley especial o reglamentación del Código Civil (mediante el sistema de "conferencia en línea", el Juez y el Secretario desde su despacho, los contrayentes y los testigos desde el lugar en el que se encuentren,

1 Art. 15 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.204, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

2 Art. 125 del Código Orgánico Tributario "*La administración Tributaria podrá utilizar medios electrónicos o magnéticos para recibir, notificar e intercambiar documentos, declaraciones, pagos o actos administrativos y en general cualquier información...*"

3 Nacional, El. Parra G., Mariana. Sábado 3 de noviembre de 2001. Pág. F/1.

todos conectados a Internet, para cumplir con las formalidades de la ley, firmando mediante la tecnología de firma digital), entre otros<sup>4</sup>.

Con relación a la autenticación electrónica, en Venezuela, a partir del Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (DLMDFE) y el Decreto-Ley de Registro Público y Notariado (DLRPN), los notarios, pueden dar fe pública a cualquier hecho o acto jurídico ocurrido “...en su presencia o en medios electrónicos...”<sup>5</sup>.

Antes de este Decreto legislativo, un documento electrónico para ser autenticado, por ejemplo, un contrato, hubiera tenido que firmarse electrónicamente en presencia de un notario público, para lo cual el notario habría tenido que trasladarse o el interesado habría tenido que llevar la computadora (o el medio electrónico de que se trate, ej.: una “palm”) hasta la notaría, de manera que el funcionario presenciara dicho acto; en la actualidad, es perfectamente lícito dar fe pública a un acto o hecho ocurrido a través de medios electrónicos, sin necesidad de que el notario lo haya presenciado, con el único requisito de señalar cuáles son los instrumentos en los que se basa para otorgarle presunción de certeza a dicho acto, tal como lo prevé el artículo 67 DLRPN.

Entre los numerosos documentos que pueden autenticarse en una notaría, vamos a analizar la posibilidad jurídica de otorgar uno de estos, realizado a través de medios electrónicos: el testamento.

## 1.2 El testamento electrónico: aproximación teórica

Actualmente el Código Civil venezolano, prevé tres tipos de testamento, los ordinarios, los especiales y el otorgado en el extranjero; el DLRPN no agrega una nueva clase, no amplía las ya existentes, lo que hace es permitir la realización de éstos de forma distinta a la tradicional, es decir, ya no será con bolígrafo y papel, máquina de escribir, computador o impreso de cualquier forma en una hoja de papel, sino con un computador sin necesidad de imprimirlo, ya que el Código, en las disposiciones relativas a la sucesión testamentaria, no señala expresamente cuando define el testamento (Art. 833 Código Civil “*El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley*”), que éste deba ser realizado en papel, ni en algún otro soporte específico; tampoco se refiere a este punto cuando desarrolla lo relativo a los testamentos abiertos, en lugares donde reine una epidemia, de militares y demás empleados en el ejército, ni el otorgado en el exterior; en cambio, sí lo hace cuando se trata de testamentos cerrados (Art. 857 Código Civil “*En el testamento cerrado deberán observarse las solemnidades siguientes: 1. El papel en que esté escrito el testamento...*”) y otorgados en buques

<sup>4</sup> Amoni R., Gustavo. “La firma electrónica en el contexto internacional y su aplicación en Venezuela”. ASOVAC. 2002

<sup>5</sup> Art. 67 del Decreto con Fuerza de Ley sobre el Registro Público y el Notariado. (DLRPN)

de marina de guerra o marina mercante (Art. 871 Código Civil “*Los testamentos hechos durante el viaje se conservarán entre los papeles más importantes del buque...*”); sin embargo, tal situación no obsta para que estas dos últimas clases de testamento sean realizadas en formato electrónico, por las razones siguientes:

1. El documento escrito ha sido homologado al mensaje de datos, por lo tanto, es igual desde el punto de vista probatorio, redactar un testamento en una hoja que tenerlo almacenado en un computador, disquete, disco compacto (CD), o cualquier otro sistema que utilice Tecnologías de Información.
2. Las formalidades y solemnidades de los actos y negocios jurídicos, exigidas a los notarios y registradores en el ejercicio de sus funciones, podrán ser cumplidas mediante los mecanismos y medios electrónicos (Ej. La firma electrónica) previstos en el DLRPN lo cual incluye, por supuesto, el otorgamiento de testamentos.
3. Tiene la misma validez y eficacia probatoria la firma electrónica de los registradores y notarios, que su firma ológrafa. (Art. 5 DLRPN)
4. Igualmente, tiene el mismo valor probatorio la firma ológrafa y la firma electrónica de cualquier persona, siempre que esa firma cumpla con las características señaladas en la ley.
5. Artículo 77 del DLRPN “*La publicidad notarial reside en la base de datos del sistema automatizado de las Notarías, en la documentación archivada que de ellas emanen y en las certificaciones que se expidan*”. Una vez dadas las condiciones legales establecidas en el DLRPN, ya no se requerirá la protocolización en libros, sino que será a través de bases de datos electrónicas, por lo cual, se puede protocolizar un documento sin necesidad de llevarlo hasta la notaría para ser insertado en un protocolo (libro), sino que el notario puede insertarlo desde cualquier computador conectado a Internet.

Otra cuestión importante a la hora de otorgar testamentos, independientemente del tipo (ordinario, especial u otorgado en el extranjero), es definir cuál es el funcionario competente al efecto, y esta duda surge al entrar en vigencia el DLRPN, que atribuye dicha competencia al Notario y ya no al Registrador como lo indica el Código Civil (CC):

Art. 74 de la DLRPN “*Los notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: ... (omisis)*

*5. Otorgamiento de testamentos abiertos, de conformidad con los artículos 852 al 856 del Código Civil.*

*6. Presentación y entrega de testamentos cerrados con expresión de las formalidades requeridas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 857 del Código Civil.*

*7. Apertura de testamentos cerrados, de conformidad con lo previsto en los artículos 986 al 989 del Código Civil y 913 al 920 del Código de Procedimiento Civil. El Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador subalterno en el Código Civil”.*

Por tal motivo, durante el mes de marzo de 2003, se aplicó una encuesta a modo de entrevista en las siete (7) notarías del municipio Valencia del estado Carabobo, y posteriormente, en abril de 2004, otra encuesta a modo de entrevista, en los cinco (5) registros públicos del mismo municipio, así como una encuesta adicional al Registro Inmobiliario de los Municipios San Diego y Naguanagua; con el fin de conocer si en realidad el notario está ejerciendo tal competencia, o de lo contrario, determinar quien la ejerce.

## 2. Trabajo de campo

### 2.1 Encuestas realizadas en notarías públicas

#### Modelo de encuesta N° 1

#### PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS (Encuesta con fines académicos)

Notaría: \_\_\_\_\_

Responsable: Gustavo A. Amoni R. (Estudiante de Derecho de la UC)

**Art. 74 de la DLRPN** “*Los Notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes: ... (omissis)*

*5. Otorgamiento de testamentos abiertos, de conformidad con los artículos 852 al 856 del Código Civil.*

*6. Presentación y entrega de testamentos cerrados con expresión de las formalidades requeridas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 857 del Código Civil.*

*7. Apertura de testamentos cerrados, de conformidad con lo previsto en los artículos 986 al 989 del Código Civil y 913 al 920 del Código de Procedimiento Civil. El Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador subalterno en el Código Civil”.*

1. Con fundamento en tal disposición, ¿en esta notaría se ejerce dicha competencia?

Si \_\_\_\_\_

No \_\_\_\_\_

2. De ser negativa la respuesta, indique cuál funcionario la ejerce.

Registrador Civil \_\_\_\_\_

Otro \_\_\_\_\_

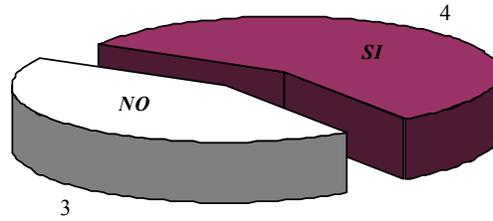
3. Considera usted ajustado a derecho que otro funcionario (si es el caso), ejerza esta competencia cuando le ha sido atribuida expresamente al Notario.  
Si, porque \_\_\_\_\_  
No, porque \_\_\_\_\_

En virtud del **artículo 67 DLRPN** (“*Los Notarios...tienen la potestad de dar fe pública de los hechos ocurridos en su presencia física o a través de medios electrónicos...*”):

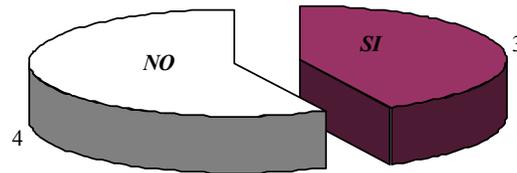
4. ¿Se cuenta con la infraestructura necesaria para ejercer por medios electrónicos las competencias notariales atribuidas en los numerales 5 y 6 del citado Art. 74 DLRPN?  
Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_
5. ¿Se cuenta con la preparación técnica necesaria para ejercer tales competencias por medios electrónicos?  
Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_
6. Según el Código Civil, los testamentos especiales deben protocolizarse en la Oficina Subalterna de Registro determinada en el propio Código según cada caso. A partir de la entrada en vigencia de la LRPN, ya no existen estas oficinas, sino el Registro Civil, Mercantil e Inmobiliario, ninguno de los cuales tiene asignada dicha competencia. Según su opinión, desde el punto de vista legal ¿deben los notarios asumir tal función?  
Si, porque \_\_\_\_\_  
No, porque \_\_\_\_\_
7. Según el Código Civil, cuando el testador especial no tiene domicilio conocido o nunca ha tenido en el país, la protocolización se debe efectuar en la Oficina Subalterna de Registro del Municipio Libertador del ahora Distrito capital. Con la nueva Ley de Registro Público y del Notariado desaparecen las oficinas Subalternas de Registro y se organiza el sistema registral en: Civil, Mercantil e Inmobiliario, ninguno de los cuales tiene asignada dicha competencia. Según su opinión, desde el punto de vista legal ¿Podría efectuarse la protocolización en cualquier notaría de dicho Municipio?  
Si, porque \_\_\_\_\_  
No, porque \_\_\_\_\_

No, debe protocolizarse en la antigua Oficina Subalterna de Registro del Municipio Libertador del Distrito Capital \_\_\_\_\_

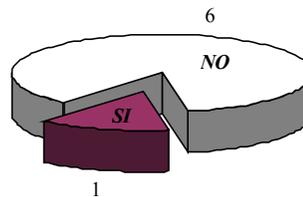
1. Número de Notarias del Municipio Valencia donde se reciben testamentos.



3. ¿Considera ajustado a derecho que otro funcionario (si es el caso), ejerza esta competencia cuando le ha sido atribuida expresamente al Notario?



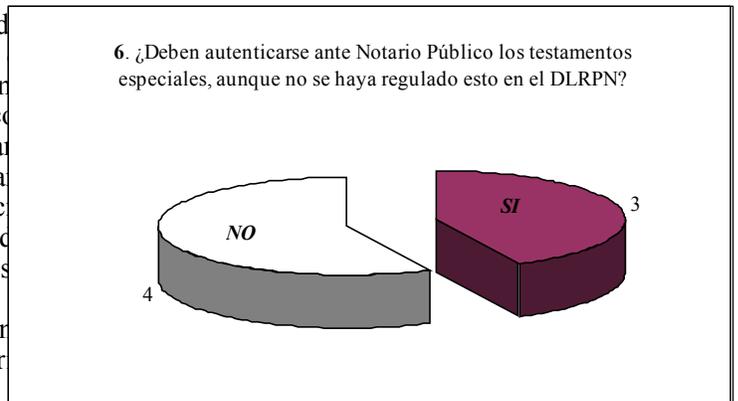
4. ¿Se cuenta con la infraestructura necesaria para ejercer por medios electrónicos las competencias notariales atribuidas en los numerales 5 y 6 del citado Art. 74 L.R.P.N?



Con la primera pregunta se trató de un municipio Valencia, estado Carabobo, de conformidad con el artículo 74, nur notaría del municipio Valencia, cinco forma negativa; sin embargo, al llamar respectivos notarios se estaban otorga cuyo notario había afirmado estar ejerc respuesta, dejando como resultado Valencia, estado Carabobo, donde no sí es ejercida.

La segunda pregunta, destinada a cor el testamento, de no ejercer el notar resultado:

De los dos notarios que negaron ejercer tal competencia, uno respondió que los funcionarios competentes serían el Registrador Principal o el Registrador



Inmobiliario (únicamente en caso de testamentos abiertos en los que haya inmuebles), y el otro notario respondió que el único sería el Registrador Subalterno (ya que no se ha cambiado a Registro Inmobiliario), y cuando éste desaparezca y se cree el Registro Inmobiliario, entonces será este último el competente, aunque se trate de una sucesión “mortis causa” de bienes muebles únicamente.

La tercera pregunta se realizó para conocer si en la opinión de los notarios, es ajustado a derecho que otro funcionario ejerza tal competencia, cuando le ha sido atribuida expresamente al mismo, a lo cual:

Uno de los notarios que negó ejercer tal competencia afirmó que se mantenía el Registro Principal y que no se había creado el Registro Civil, ni se había hecho la transformación de la Oficina Subalterna de Registro a Registro Inmobiliario, y que por tal motivo el Registrador Principal y el Registrador Subalterno, ahora Registrador Inmobiliario (si el testamento es abierto y hay bienes inmuebles), debían ejercer tal competencia, como lo establecía la derogada Ley de Registro Público y el Código Civil respecto del Registrador Subalterno; y con relación al Registrador Principal, simplemente por tal carácter, enviaban a los interesados a preguntar si ellos los estaban inscribiendo, o ante cuál funcionario debían otorgarlo.

Luego, explicaba el mismo notario, que consideraba ajustado a derecho que otro funcionario ejerciera tal competencia a pesar de haberle sido atribuida expresamente en virtud de que “*la ley (DLRPN) está por debajo del Código (Civil) y que sólo lo recibiría “...si del Ministerio (del Interior y de Justicia) me autorizan”*”.

El otro notario que respondió negativamente, se fundamentó en la falta de establecimiento de aranceles y en la igualdad de rango entre el DLRPN que prescribe esa competencia al notario y el CC que prescribe tal competencia al Registrador Subalterno; en tal sentido, los casos que había recibido los había remitido al Registrador Inmobiliario (todavía Subalterno ya que no había sido transformado para entonces), cuando el testamento versare sobre bienes muebles.

El notario que afirmó ejercer tal competencia, pero que, un empleado de la notaría negó al ser consultado por teléfono sobre este punto, explicó que no consideraba legal que otro funcionario ejerciera tal competencia si no estaba facultado por la ley para ello.

Por otra parte, de los cuatro notarios que afirmaron autenticar testamentos en virtud de la entrada en vigencia del DLRPN, dos consideran ajustado a derecho que otro funcionario la ejerza:

a) El primero comentó que dicha competencia *no es exclusiva ni excluyente, en virtud del artículo 43 DLRPN, único aparte: “Además de los actos señalados con anterioridad y aquellos previstos en el Código Civil, en el Código de Comercio y en otras leyes, en el Registro inmobiliario se inscribirán también los siguientes actos...”* (El subrayado es nuestro), de esta manera el Registrador Inmobiliario, en su concepto, también tiene competencia para protocolizar testamentos.

b) El segundo, considera ajustado a derecho que un juez de primera instancia en lo civil o el Registrador Civil, ejerciera tal competencia en caso de emergencia (no explicó qué debe entenderse por “caso de emergencia”, en tal sentido suponemos que dicha calificación corresponderá al propio funcionario que deba autenticar el acto), ya que el CC asigna tal función al Registrador Subalterno y *“el CC es superior jerárquicamente que el DLRPN, ya que el CC emanó de la Asamblea Nacional y el Decreto ley (con rango y fuerza de ley), del Presidente de la República”*.

La cuarta pregunta se dirigió a determinar si las notarías del municipio Valencia cuentan con la infraestructura necesaria para autenticar testamentos por medios electrónicos, a lo cual seis notarios respondieron negativamente y uno dijo que sí.

De los seis funcionarios que negaron contar con tal infraestructura, dos de ellos manifestaron haber recibido un comunicado del Ministerio del Interior y de Justicia, en el cual se prohibía la actualización de su infraestructura técnica hasta que recibieran autorización para ello, es decir, hasta que se les indicara, la empresa determinada con la que se contrataría la actualización tecnológica de las notarías públicas.

La quinta pregunta destinada a saber si el notario y el resto del personal de las notarías públicas encuestadas cuentan con la preparación técnica necesaria para autenticar testamentos por medios electrónicos, arrojó como resultado que tres de dichas notarías no cuentan con tal preparación, mientras que las cuatro restantes si tienen el conocimiento necesario para el uso de las nuevas tecnologías, agregando uno de los funcionarios encuestados que si bien cuentan con conocimientos en el área de la computación, deben actualizarse.

La sexta pregunta se dirige a precisar si la autenticación de testamentos especiales debe hacerla el notario o algún otro funcionario, ya que la ley no establece nada al respecto y según el CC, esto es competencia de los Registros Subalternos, instituciones que desaparecen con el citado DLRPN. Los resultados de las encuestas señalan: en opinión de dos notarios, tal competencia no debe ser ejercida por ellos, los cinco restantes se manifestaron de forma afirmativa. Según uno de los que respondieron negativamente, los notarios no deben asumir tal función porque la ley es ambigua y está contemplado en el Código Civil que son los Registradores Subalternos a quienes les está atribuida tal competencia, según el otro funcionario, la razón es la falta de su estipulación expresa en la ley y por el citado artículo 43 LRPN.

Por otra parte, quienes respondieron afirmativamente, manifestaron:

- Que más que asumirla, el término correcto sería ejercerla, por el principio de la competencia del Derecho administrativo.
- Dos de los notarios señalaron que sí deben asumirla, porque así está estipulado en la ley.
- Otro funcionario: *“Si, porque tenemos la infraestructura y la competencia la asigna la ley”*,

- El último de ellos afirmó que desde luego la debían asumir los notarios, pero sólo cuando desaparezcan realmente las Oficinas Subalternas de Registro.

La séptima y última pregunta se refieren a los testamentos especiales en los casos de testador sin domicilio (o al menos domicilio conocido) en la República, de la cual obtuvimos los siguientes resultados:

- Uno de los notarios no emite opinión “*por no estar facultado para ello*”.
- Otro explicó que no solamente en cualquier notaría de dicho municipio, como se planteó en la pregunta, sino “*en cualquier parte del país... La aplicación de la ley debe ser adaptada a los cambios sociológicos e históricos que se van produciendo, la ley no puede cambiar todos los días... Cuando el CC entró en vigencia no había proceso de descentralización, no había notarías. No se puede dejar fosilizado el Código Civil sin interpretarlo con los cambios de cada época*”.
- En el mismo sentido de la respuesta anterior, manifestó otro de los encuestados “*No, porque puede ser autenticado por cualquier notario del país, por tener todos las mismas competencias. Luego de autenticado se enviaría a través de un oficio la notificación al Registro Principal*”.
- Tres de los notarios marcaron la tercera opción: No, debe protocolizarse en la antigua Oficina Subalterna de Registro del Municipio Libertador del Distrito Capital. Añadiendo dos de ellos, que falta la reglamentación de dicha ley. Y para terminar,
- Otro de los encuestados manifestó que no podrá autenticarse en cualquier notaría de dicho municipio sino en el Registro Inmobiliario del Municipio Libertador, por ser la antigua Oficina Subalterna de Registro a la luz de la Ley derogada.

## 2.2 Encuestas realizadas en registros públicos

### Modelo de encuesta N° 2

#### PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS (Encuesta con fines académicos)

Registro: \_\_\_\_\_

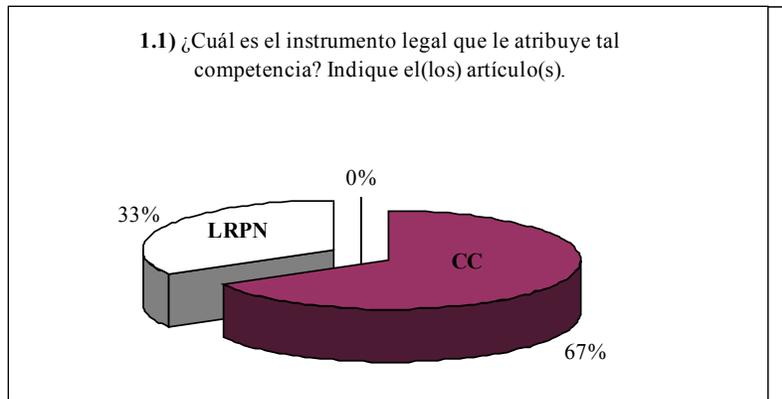
Responsable: Gustavo A. Amoni R. (estudiante de 5to año de Derecho-UC)

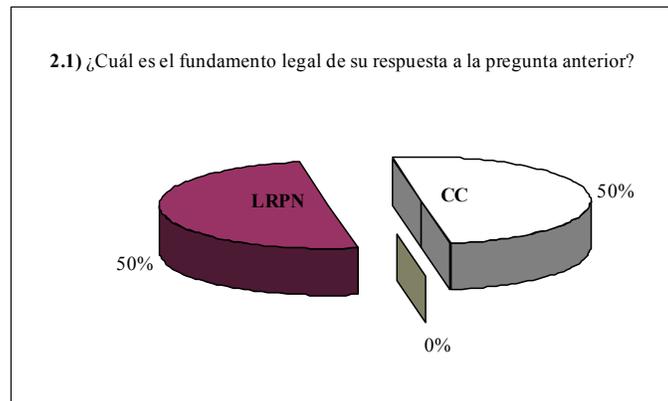
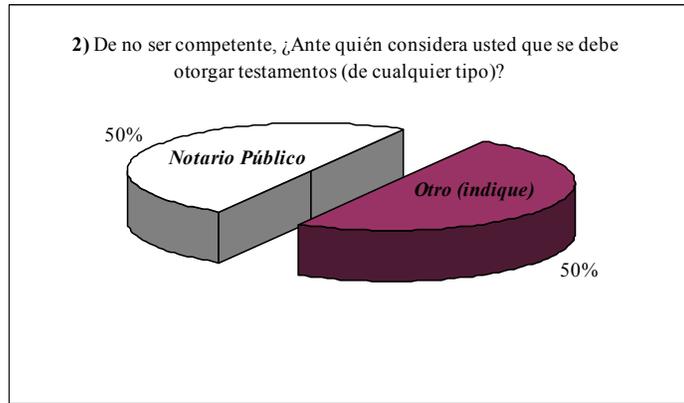
1) ¿En este Registro se protocolizan testamentos? (De ser negativa la respuesta pase a la pregunta N° 2)

- Si:
- |               |                               |
|---------------|-------------------------------|
| a) Abiertos   | b) Cerrados                   |
| c) Especiales | d) Otorgados en el extranjero |
|               | e) Todos los anteriores       |

No, porque \_\_\_\_\_

- 1.1) ¿Cuál es el instrumento legal que le atribuye tal competencia?  
Indique el(los) artículo(s).  
a) Código Civil                      b) DLRPN                      c) Otro (Indique)
- 2) De no ser competente, ¿Ante quién considera usted que se debe otorgar testamentos?  
a) Notario Público                      b) Otro (indique)
- 2.1) ¿Cuál es el fundamento legal de su respuesta a la pregunta anterior?  
a) Código Civil                      b) DLRPN                      c) Otro (Indique)
- OBSERVACIONES \_\_\_\_\_
- 





Con la primera pregunta se quiso conocer si en los Registros Públicos del municipio Valencia del estado Carabobo, se protocolizan testamentos, y en caso afirmativo, de cuál tipo.

Esta pregunta fue respondida negativamente tanto en el Registro Civil, como en los Mercantiles. Explicó el Registrador Civil la negativa a la primera pregunta, ya que *“tal competencia la tienen las Oficinas Notariales”*, según lo establece el *“Art. 74, ordinales 5° y 7° de la Ley de Registro Público y del Notariado”*.

En los registros mercantiles, según sus jefes de servicio, no se protocolizan testamentos por ser incompetentes en virtud de que sólo se inscriben en ellos asuntos mercantiles.

Por otro lado, esta primera pregunta se respondió afirmativamente respecto de todas las clases de testamentos, en los registros inmobiliarios. En el Registro Inmobiliario del Primer Circuito del Municipio Valencia del Estado Carabobo así como en el Registro Inmobiliario de los Municipios San Diego y Naguanagua, se exige como requisito previo, que haya sido notariado. Por otro lado, en el

primero, en caso de insistencia del usuario, aunado a la falta de la reglamentación correspondiente, se procede incluso a protocolizar testamentos, cuando no se transmitan inmuebles por medio de él, lo mismo que en el segundo, pero ya no por insistencia, sino, por interpretación del artículo 43 DLRPN, según comentaba la propia Registradora. Por su parte, en el Registro Inmobiliario del Segundo Circuito del Municipio Valencia del Estado Carabobo, se remite al usuario a la notaría para otorgar su testamento, no obstante, si insiste, se le protocoliza; en este sentido, comentó el Registrador en cuestión, que en año y medio se han inscrito sólo dos testamentos, específicamente cerrados, porque no se logró disuadir al usuario de ir a la notaría.

Con la siguiente pregunta, complemento de la anterior, se pretende precisar cuál instrumento legal le otorga competencia al registrador Inmobiliario para inscribir testamentos, a lo cual, los dos registradores inmobiliarios del municipio Valencia se manifestaron a favor del CC; en el Registro Inmobiliario del Primer Circuito, bajo la premisa de la aplicación supletoria del CC respecto de la LRPN, mientras que el Registrador Inmobiliario del Segundo Circuito, manifestó que en el art. 849 y ss., haciendo énfasis en los artículos 852 y 853 CC, le está atribuida tal competencia, y siguiendo la orientación del criterio anterior, opinó que se suplirán las insuficiencias con la ley derogada hasta que se dicte el Reglamento; señala que entre otra de las causas está el hecho que no se sabe lo que se hará con los protocolos; en el caso que se estudia, con los protocolos especiales, que son aquellos donde se inscriben (“protocolizan”) los testamentos, es decir, no se ha determinado si se mantendrán en los registros o se trasladarán a las notarías. Por otra parte, manifiesta que es el usuario quien marca la pauta en torno a la aplicación de la legislación vigente ya que en espacio de año y medio, sólo un usuario ha exigido la aplicación del articulado de la ley vigente, caso al cual fue aplicado.

La segunda pregunta, se redactó para conocer quién es el funcionario competente para inscribir testamentos, si el funcionario a quien se dirigió la encuesta, se consideraba incompetente para ello. Al respecto, el Registrador Civil, como ya se indicó, se pronunció a favor del notario por indicación de la LRPN. Por su parte, en el Registro Mercantil Primero se respondió a favor del Notario Público y del Registrador Inmobiliario, con fundamento en el CC; y en la misma línea de pensamiento, en el Registro Mercantil Segundo se indicó que es competente el Notario Público, pero que luego, debe ser protocolizado por el Registrador Civil, ya que en virtud del DLRPN, el Notario Público le da fe pública al testamento, pero el Registrador Público es quien le otorga publicidad.

Como conclusión al referente empírico presentado, se puede aseverar, siguiendo la ley, que al desaparecer las Oficinas Subalternas de Registro con el DLRPN es el Notario el único funcionario competente para autenticar testamentos, sean cerrados o abiertos, así como otorgados en el extranjero y especiales, los cuales, si bien no fueron regulados por el citado Decreto, el artículo 74, numeral 7 DLRPN luego de atribuir la competencia de autenticación de testamentos cerrados que: *“El Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador subalterno”*; asimismo, para efectos de lograr el

orden institucional en materia registral y notarial, es un mismo funcionario ante quien deben otorgarse todos los documentos de una misma naturaleza, como lo serían en este caso los testamentos. Además, a los notarios les está atribuida la competencia de autenticar el otorgamiento o presentación (según el caso) de testamentos ordinarios, por lo que no debe parecer extraño que sea ese mismo funcionario que inscriba testamentos extraordinarios, como lo son las últimas dos categorías señaladas; sin embargo, para mayor seguridad, en aquellas zonas donde funcionen Oficinas Subalternas de Registro, se aconseja notariar y luego registrar dicho documento.

El hecho de atribuir competencia a los Notarios Públicos para la autenticación de testamentos no es una idea nueva, ya sus antecesores en Roma: Tabelarius y tabeliones, tenían tal función, a los primeros, se les entregaba en custodia el testamento, y los segundos, surgidos posteriormente, se encargaban de redactarlos y conservarlos; sin embargo, en el Derecho registral y notarial venezolano, a diferencia del Derecho de otros países como por ejemplo España, al Notario le está prohibido por disposición legal expresa, la redacción de documentos, siendo esta función del abogado<sup>6</sup>.

Desde otro punto de vista, podría argumentarse a favor de la inscripción de testamentos en una notaría, que en ésta, además de darle autenticidad al documento, se le proporciona publicidad (por disposición del artículo 77 DLRPN: *“La publicidad notarial reside en las bases de datos del sistema automatizado de las Notarías, en la documentación archivada que de ellas emanen y en las certificaciones que se expidan”*), con lo cual, no se quiere decir que un documento notariado tenga iguales efectos ante terceros que uno Registrado, sino que siendo distintos los documentos que requieren ser registrados, y los que requieren ser notariados, basta cumplir con el requisito legal para que adquieran validez.

Por otra parte, aunque el testamento se inscribiera en el Registro Inmobiliario porque mediante él se transmiten inmuebles o se dispone de la propiedad, es necesario recordar que no es sino desde la apertura de la sucesión que *“los bienes inmuebles, muebles, derechos y acciones, pasan del causante a sus herederos, operándose un cambio del titular sin solución de continuar, originando un estado de indivisión, porque los herederos participan de la masa hereditaria”*<sup>7</sup>, es decir, dicha transmisión no produce efectos sino hasta el momento de la apertura de la sucesión, instrumento que a partir de entonces, es cuando debe registrarse en cumplimiento del DLRPN (Art. 43 DLRPN: *“... en el Registro inmobiliario se inscribirán... Los documentos que contengan declaración, transmisión, limitación o gravámenes de la propiedad... omisis ”*), de la misma manera que si se transmitieran vía testamentaria, por ejemplo, acciones de una compañía anónima, caso en el cual debe protocolizarse tal transmisión ante el respectivo Registro Mercantil, pero sólo, como ya se explicó, luego de la apertura de la sucesión, que es cuando se producen los efectos testamentarios; de forma tal, que si una vez registrado un testamento, se inscribe otro que lo modifique en todo o en

6 Calvo Baca, Emilio. “Código Civil Venezolano” 1997. Pág. 776 a 779

7 Calvo B., 1991, pág. 672.

parte en una notaría (tal como lo establece la ley), lógicamente antes de la apertura de la situación, prevalecerá el último en virtud de los artículos 990 al 992 CC, y no el Registrador como podría pensarse.

Hechas estas consideraciones de tipo práctico, a continuación serán analizados los diferentes tipos de testamento consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano.

### 3. Clasificación legal de los testamentos en Venezuela

#### 3.1. Testamentos Ordinarios

##### 3.1.1. Abiertos

*“Hay testamento abierto, público o nuncupativo, cuando su autor lo otorga en forma tal que todo el mundo puede enterarse de su contenido, aún antes de la apertura de la respectiva sucesión”<sup>8</sup>.*

Establece el artículo 74 numeral 5 DLRPN, que se otorgará conforme con los artículos 852 al 856 CC, por su parte, el artículo 852 CC establece que debe otorgarse en escritura pública según los *“requisitos y formalidades exigidos por la DLRPN para la protocolización de documentos”*; la LRPN, en su artículo 35, remite a la vez a su Reglamento para determinar el procedimiento de recepción, identificación y anotación de los documentos, instrumento jurídico que no se ha dictado todavía; no obstante, como el funcionario competente es el Notario Público, y el Reglamento de Notarías Públicas de 1998 en virtud de la disposición derogatoria segunda de la DLRPN, permanece vigente en todo lo que no contradiga dicha ley, será según se determine en el citado instrumento legal, el primero de los tres modos de otorgar testamentos abiertos establecidos en el citado artículo 852 CC, por lo tanto, siguiendo a López Herrera cabe destacar que en este caso *“tiene que constar ab initio en escritura pública”<sup>9</sup>*, es decir, debe redactarse y firmarse en presencia del funcionario público competente para presenciar su otorgamiento, es decir el notario, por lo que no puede llevarse previamente redacto o firmado a la notaría, pues podría declararse su nulidad por violación de requisitos de fondo.

En segundo y tercer lugar, puede otorgarse ante un notario (ya no ante un registrador como lo establece el CC, sino en virtud del artículo 74 DLRPN) y dos testigos o ante cinco testigos sin presencia del notario; en ambos casos no se requiere para su validez su protocolización; sin embargo, este es requisito indispensable para poder deducir derechos del mismo.

En el primero de los supuesto del párrafo anterior, el testador redacta el testamento previamente en un sistema que utilice Tecnologías de Información, por ejemplo, un computador personal, y lo almacena en cualquier medio que

<sup>8</sup> López Herrera, Francisco. “Derecho de Sucesiones.” Caracas, 1994 Pág. 212

<sup>9</sup> AP. Cit.

permita su posterior consulta (disquete, CD, dispositivo de memoria, etc.), o lo envía por correo electrónico al notario previamente firmado de manera electrónica; se reúnen el testador, el registrador y los testigos para darle lectura al testamento, ya que está expresamente prohibido leerlo por separado, y luego lo firman de forma electrónica los testigos, el registrador, y el testador si no lo hubiere hecho ya, de todo lo cual se hará mención expresa.

Respecto de la prohibición de leer por separado el testamento, será la jurisprudencia, o tal vez, una reforma o reglamentación del DLMDFE o del DLRPN, la que homologue la presencia real con la virtual, de manera que el testador, el registrador y los testigos, puedan de acuerdo con la ley: el primero, dictar o redactar el testamento y leerlo, o si lo prefiere, lo leería el registrador, y luego todos lo firmarían electrónicamente, sin tener que reunirse realmente, mediante el sistema de videoconferencia o reunión en línea (on line); esto es, una forma de comunicación en tiempo real que permite el empleo de audio y video<sup>10</sup> creando virtualmente la presencia física de los sujetos intervinientes y en consecuencia, surge la posibilidad de formar el testamento instantáneamente con sus firmas electrónicas, tal como se produce excepcionalmente en el comercio electrónico<sup>11</sup> aunque no se encuentren realmente en una misma posición geográfica.

En el segundo supuesto, se requeriría de cinco personas que tuvieran firmas electrónicas, y en el caso de que se tratase de un testador absolutamente sordo que no supiere leer, se necesitarán dos testigos más, es decir siete personas que tengan firmas electrónicas, para lo cual es necesario que transcurra algún tiempo, hasta que la población venezolana se habitúe a esta tecnología, tal como ocurrió con el uso de los teléfonos celulares, y está sucediendo con Internet.

Adicionalmente, en el supuesto antes planteado de testamento otorgado ante cinco testigos sin presencia del notario, establece el artículo 855 CC, que al menos dos de los testigos y el testador deben reconocer judicialmente su firma bajo pena de nulidad; sin embargo, como las notarías públicas fueron creadas en Venezuela “*para descargar a los tribunales del trabajo de autenticación*”<sup>12</sup>), entonces se puede afirmar que el reconocimiento o autenticación de firmas pudiera hacerse ante estos funcionarios, y en caso de tratarse de un testamento electrónico, su autenticación la efectuaría rápidamente el notario a través de su simple comprobación por Internet, mediante un Proveedor de Servicios de Certificación Electrónica (PSC) debidamente acreditado en el país, sin necesidad de la presencia física del testador y los testigos en la notaría.

En los dos últimos supuestos, el testamento “*deberá firmarse por el testador, si supiere y pudiere hacerlo; en caso contrario, se expresará la causa por qué*

10 Rico C., Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*, Legis, Caracas, 2003, págs. 32 y 33.

11 Arias de R., María Inés “La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas”, *Revista Derecho y Tecnología*, N° 2, enero-junio, 2003, Págs. 135 y 137

12 Calvo Baca, Emilio. “Código Civil...”

no lo firma, y lo suscribirá a su ruego la persona que él designe en el acto, la cual será distinta de los testigos instrumentales” (Art. 856 CC).

Con la firma electrónica, disminuyen los eventos que imposibilitan la firma por parte de quien deba estamparla; en este caso, el testador, ya que se puede firmar electrónicamente inclusive sin utilizar las manos, mediante algún instrumento como una tarjeta electrónica, o mediante el uso de biotecnologías, por ejemplo, como el iris del ojo, la huella digital (supuesto en el que lógicamente se necesita por lo menos un dedo), la voz, etc.

Del mismo modo que puede haber firma a ruego manuscrita, también puede haber electrónica; sería la circunstancia en la que una persona imposibilitada de firmar, solicita a otro que firme electrónicamente por él, señalando las circunstancias de su imposibilidad de firmar, y cumpliendo luego con el requisito de su reconocimiento ante el notario bajo el supuesto recién señalado.

### 3.1.2 Cerrados

*“Es aquel en que el testador sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego cerrado que presenta a la persona que ha de autorizar el acto, o sea el Registrador (Notario), por tanto, el conocimiento de éste queda limitado a presenciar el acto de entrega del testamento y la declaración del testador de que su última voluntad está contenida en el pliego”<sup>13</sup>.*

Se realiza ante un notario (numeral 6 del artículo 74 DLRPN) y tres testigos. Con relación a este punto son válidas las consideraciones antes expuestas.

En este tipo de testamento es tal vez donde se presente mayor dificultad a la hora de su elaboración en formato electrónico, ya que requiere que sea en un papel, o que éste se mantenga en un sobre cerrado y sellado de modo que no pueda conocerse el contenido del mismo sin que exista ruptura o alteración del pliego; en este sentido, de ser admitida una interpretación extensiva o histórico-progresiva, aunada a la equiparación entre documento-papel y el formato electrónico, tendría entonces que recurrirse a una tecnología en virtud de la cual, sólo pueda redactarse un ejemplar de un mensaje de datos determinado (en este caso, un testamento) sin que pueda reproducirse, y que pudiera mantenerse ininteligible hasta el momento de la apertura de la sucesión, así, ni siquiera quien tenga en depósito un testamento cerrado pueda leerlo, ya que es de la esencia de este tipo testamentario, el que no se conozca su contenido.

Una forma podría ser, firmar digitalmente el testamento, y luego cifrarlo mediante un sistema de criptografía asimétrica (como el que se utiliza para la firma digital), dejando en depósito al notario<sup>14</sup> a quien le corresponda conocer de la apertura y publicación de dicho testamento, la clave que se utilizará para descifrarlo; o inclusive, y ya no tan cónsono con la naturaleza y objeto de la

<sup>13</sup> Rojas, Agustín. “Derecho Hereditario Venezolano” Caracas-1990

<sup>14</sup> Art. 74, num. 7. DLRPN

firma electrónica como la primera propuesta, podría ser, almacenando el testamento en algún soporte inteligible por medios electrónicos (V. gr. disco compacto) y guardándolo posteriormente en un sobre cerrado y sellado de modo que no pueda conocerse el contenido del mismo sin que exista ruptura o alteración del pliego, tal como lo dispone el Código Civil.

### **3.2. Testamentos especiales**

#### **3.2.1. En lugares donde reina una epidemia grave que se repute contagiosa:**

Podrá otorgarlo el testador ante un notario<sup>15</sup> o cualquier autoridad judicial de la jurisdicción, siempre en presencia de dos testigos mayores de edad, que sepan leer y escribir (además de saber usar el computador en el supuesto del testamento electrónico). Este testamento caducará tres meses desde que termine la epidemia o desde que el testador se haya trasladado a un lugar donde ésta no reine.

Si este testamento se otorga por medios electrónicos, es decir, se redacta en un computador en presencia (real o virtual) de los testigos y el funcionario que autoriza el acto, y posteriormente, estos lo firman electrónicamente, podría enviarse por Internet directamente a la base de datos del sistema automatizado de las notarías al que se refiere el artículo 77 de la DLRPN, quedando autenticado el documento y perfectamente válido sin tener que otorgar un nuevo testamento por las formas ordinarias para evitar su caducidad.

#### **3.2.2. En buques de marina de guerra o mercante:**

Se puede otorgar ante el capitán o comandante respectivamente, o ante quien haga sus veces, en presencia de dos testigos mayores de edad. Debe ser por escrito y firmado por todos, debiendo indicarse los motivos (porque no sabían, o por qué no pudieron) por los cuales el testador y los testigos, si es el caso, no firmaron. Todo esto se hará por duplicado, y se dejará constancia de ello en la bitácora de viaje, seguido del rol de la tripulación. En caso de que el testamento lo otorgue alguno de los oficiales señalados, lo hará ante quien esté llamado a subrogarlo, según el orden del servicio, cumpliendo con las mismas formalidades.

Este tipo de testamento será válido si el testador muere durante el viaje, en caso contrario, caducará dos meses después de que el testador desembarque en un lugar donde habría podido otorgarlo de la forma ordinaria.

*Si el buque arriba a puerto extranjero*, donde se encuentre una oficina diplomática o consular de Venezuela, quien haya autorizado el acto le entregará uno de los ejemplares al agente (diplomático o consular) y una copia de la nota puesta en el diario (bitácora) y en el rol de la tripulación.

*Si el buque arriba a puerto de la República*, quien haya autorizado el acto, entregará a la primera autoridad local, marítima o civil, los dos ejemplares del

<sup>15</sup> Art. 74, num. 6 DLRPN

testamento, o uno si hubiere hecho la entrega a la que se refiere el párrafo anterior, y dejará constancia de esto en la bitácora y el rol de la tripulación.

El agente diplomático o consular y la primera autoridad local, antes señalados, formarán un acta de la entrega del testamento, firmada por quienes lo entregaron y la enviarán al Ministerio de la Defensa, donde se quedará uno de los originales, y el otro será enviado a una notaría del domicilio o última residencia del testador, pero si no hubiera tenido o no se le conociera, se enviará a una notaría del municipio Libertador del Distrito Capital.

Con el testamento electrónico se agilizarían todos estos trámites ya que desde el buque se enviaría por correo electrónico el testamento ya firmado por el testador, los testigos y quien autorice el acto, directamente a la notaría, o, se enviaría a la autoridad local, ésta, por la misma vía, al Ministerio de la Defensa para que almacene un ejemplar del mismo y éste a su vez lo enviaría a una notaría del domicilio o última residencia del testador o del municipio Libertador del Distrito Capital, si fuera el caso. Todo esto en cuestión de horas, minutos, e incluso segundos, con algún mecanismo de recepción, almacenamiento y envío automático de documentos electrónicos, para agilizar tal cadena de envíos.

### 3.3.3 De los militares en situaciones especiales

Los militares y demás empleados en el ejército podrán otorgar testamento ante el Jefe de Batallón o algún otro oficial de igual rango o superior, un comisario de guerra, o auditor de guerra.

Los militares pertenecientes a cuerpos o puestos destacados del ejército, podrán otorgar testamento ante el Capitán o cualquier otro oficial subalterno al mando del destacamento.

El herido o enfermo podrá otorgarlo ante el médico cirujano de servicio o capellán.

La persona que haya recibido el testamento lo enviará al Cuartel General, en donde se dejará copia certificada, y se enviará al Ministerio de la Defensa donde se dejará igualmente copia certificada y se enviará el original recibido a la notaría del lugar del domicilio o última residencia del testador, y si no tuviera, no se le conociera o nunca hubiera tenido, se enviará a una notaría del municipio Libertador del Distrito Capital.

Estos testamentos podrán otorgarlos los sujetos señalados que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

- En expedición de guerra, dentro o fuera de la República
- En plaza o fortaleza sitiada por el enemigo
- En cuartel o guarnición fuera de la República
- Prisionero en poder enemigo
- En lugares en que las comunicaciones estén interrumpidas

Estos testamentos caducarán dos meses después que el testador pudiera hacerlo en la forma ordinaria.

Como algunas de las situaciones en las que se puede otorgar esta clase de testamento son bastante disímiles, cabría analizarlas separándolas en dos grupos:

**a) Supuestos donde existe mayor probabilidad de acceso a Internet**

- En expedición de guerra, dentro o fuera de la República
- En plaza o fortaleza sitiada por el enemigo
- En cuartel o guarnición fuera de la República

Quienes se encuentren en alguna de estas situaciones, en caso de tener acceso a Internet, podrían otorgar el testamento ante la persona autorizada por la ley, y los testigos, todos firmando electrónicamente y enviando el testamento vía electrónica al Cuartel General, donde se dejará copia certificada, luego al Ministerio de la Defensa, donde se seguirá el mismo procedimiento, y por último, igualmente vía Internet, a la notaría respectiva, este largo proceso, al igual que se comentó con anterioridad, puede tardar sólo segundos a través de un mecanismo que realice todos estos pasos (recibir, copiar y enviar mensajes de datos, en este caso un testamento) automáticamente.

**b) Supuestos con menor o nula probabilidad de acceso a Internet**

- Prisionero en poder enemigo
- En lugares en que las comunicaciones estén interrumpidas

Como se puede desprender de cada situación, en lugares donde las comunicaciones estén interrumpidas no hay Internet, y con relación al supuesto de militares bajo poder enemigo, muy difícilmente podrían tener acceso a ésta, por lo tanto, el testamento electrónico en tales situaciones sería muy poco utilizado, ya que la ventaja de este tipo de tecnología es la de agilizar procesos evitando el desplazamiento material del objeto mediante un desplazamiento virtual del mismo, con pleno valor y eficacia legal.

**3.3.4. Testamentos otorgados en el extranjero**

Pueden otorgarse por venezolanos o extranjeros que se encuentren en el exterior para que tengan efectos en Venezuela, ya sea según la legislación del país en el que se encuentren o según las leyes venezolanas:

- Según la legislación del país en el que se encuentre el testador.

En este caso, lo primero que se debe considerar para otorgar el testamento de forma electrónica en el extranjero es si en el país donde se pretenda testar es

permitida esta modalidad, ya que por ejemplo, en EEUU<sup>16</sup> y Argentina<sup>17</sup>, está expresamente prohibido por la legislación especial respectiva.

Una vez aclarado esto, exige la legislación patria que el testamento otorgado en el extranjero debe otorgarse de forma auténtica, y no podrá ser verbal ni autógrafa, ni otorgado por dos o más personas.

Documento auténtico es el elaborado ante un funcionario legalmente facultado para darle fe pública a determinados actos (en el caso de los testamentos: un notario, un capellán o médico cirujano, en caso de tratarse de militares en misiones especiales); verbal es el otorgado sin ser reducido a escrito, y autógrafa es el que escribe de su puño y letra y firma solamente el testador. En el caso del testamento electrónico "ológrafo", sería el que redacta una persona en algún medio electrónico, lo firma electrónicamente y lo envía a una notaría, todo sin la intervención de la persona ni los testigos que exige la ley, lo cual invalidaría dicho testamento.

- Siguiendo las disposiciones del Código Civil de Venezuela ante el funcionario diplomático o consular que resida en ese país.

Cualquiera que sea el funcionario que reciba el testamento lo enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República y éste a una notaría del domicilio o de la última residencia del testador, o en su defecto del municipio Libertador del Distrito Capital. Todo lo cual podría hacerse por medios electrónicos, es decir vía Internet, o alguna otra tecnología que surja en el futuro.

#### 4. Conclusión

La importancia del testamento electrónico radica en la apertura de otra posibilidad, una nueva opción al ciudadano para que pueda expresar su llamada "última voluntad".

En la actualidad, a la luz de la legislación venezolana, además de redactar y firmar el testamento en una hoja de papel, puede hacerse en un computador y, enviarlo directamente vía Internet, o grabar en algún medio de almacenamiento electrónico para su posterior envío a la persona u órgano que señala la ley; por otra parte, qué tan útil o inútil sea esta alternativa, lo decidirá cada quien según

<sup>16</sup> Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional -*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*-, Art. 103: "Specific Exceptions: (a) Excepted Requirements.-- The provisions of section 101 shall not apply to a contract or other record to the extent it is governed by: (1) a State statute, regulation, or other rule of law governing the creation and execution of wills, codicils, or testamentary trusts; *omissis...*" y la ley para la uniformidad de las transacciones electrónicas -*Uniform Electronic Transaction Act (UETA)*-, que excluye de su aplicación los siguientes actos: "Section 432.210.2(2): *Any transaction to the extent it is governed by "[a] law governing the creation and execution of wills, codicils, or testamentary trusts. omissis...*"

<sup>17</sup> Ley de Firmas Digitales, N° 25.506; promulgada el 11 diciembre de 2001. Artículo 4: "Exclusiones. Las disposiciones de esta ley no son aplicables: a) a las disposiciones por causa de muerte; *omissis...*".

la situación en la que se encuentre. Al menos; la posibilidad está allí, disponible para quien la necesite o considere mejor o de mayor seguridad.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta la realidad de las notarías y registros públicos venezolanos, en los que a juzgar por los del municipio Valencia, estado Carabobo, el tercero del país por su número de habitantes y uno de los estados de mayor desarrollo industrial en el ámbito nacional, estos últimos no han dejado atrás por completo la concepción de Oficina Subalterna de Registro, papel que desempeñaban antes del vigente DLRPN, pero que ha desaparecido, y con ello, han variado sus competencias; respecto de las primeras, éstas no han asumido totalmente las competencias que les indica la ley, especialmente la relativa a la función de autenticación testamentaria, correspondiente antes de la entrada en vigencia del DLRPN, al Registrador Subalterno.

Si bien el personal de las notarías y registros tiene conocimientos básicos y tal vez algunos, avanzados en el área de la informática, es necesario, antes de la efectiva entrada en funcionamiento de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica y del Proveedor de Servicios de Certificación del Estado, comenzar a capacitar al personal de las notarías, principalmente al Notario y al Registrador, para que puedan saber cómo funciona una firma electrónica, especialmente la firma digital, por ser la que, por ahora, es más usada en el contexto internacional y la que se equipara legalmente con la firma autógrafa, y no esperar, que comience a funcionar para postergar aún más los beneficios que las nuevas tecnologías han proporcionado a la ciencia del Derecho.



---

## **LEGISLACIÓN**



**LEY 34/2002, DE 11 DE JULIO, DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD  
DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.  
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar  
la siguiente Ley Orgánica.

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**I**

La presente Ley tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, 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). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley.

Lo que la Directiva 2000/31 /CE denomina «sociedad de la información» viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo.

Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio.

Eso es lo que pretende esta Ley, que parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación.

## II

Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de «servicios de la sociedad de la información», que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de video o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.

Desde un punto de vista subjetivo, la Ley se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España. Por «establecimiento» se entiende el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, definición esta que se inspira en el concepto de domicilio fiscal recogido en las normas tributarias españolas y que resulta compatible con la noción material de establecimiento predicada por el Derecho comunitario. La Ley resulta igualmente aplicable a quienes sin ser residentes en España prestan servicios de la sociedad de la información a través de un «establecimiento permanente» situado en España. En este último caso, la sujeción a la Ley es únicamente parcial, respecto aquellos servicios que se presten desde España.

El lugar de establecimiento del prestador de servicios es un elemento esencial en la Ley, porque de él depende el ámbito de aplicación no sólo de esta Ley, sino de todas las demás disposiciones del ordenamiento español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen. Asimismo, el lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el principio de la aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE.

Por lo demás, sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio Económico Europeo en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Igualmente, podrá restringirse la prestación de servicios provenientes de dichos Estados cuando afecten a alguna de las materias excluidas del principio de país de origen, que la Ley concreta en su artículo 3, y

se incumplan las disposiciones de la normativa española que, en su caso, resulte aplicable a las mismas.

### III

Se prevé la anotación del nombre o nombres de dominio de Internet que correspondan al prestador de servicios en el registro público en que, en su caso, dicho prestador conste inscrito para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, con el fin de garantizar que la vinculación entre el prestador, su establecimiento físico y su «establecimiento» o localización en la red, que proporciona su dirección de Internet, sea fácilmente accesible para los ciudadanos y la Administración pública.

La Ley establece, asimismo, las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. Las responsabilidades que pueden derivar del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino de tipo civil o penal, según los bienes jurídicos afectados y las normas que resulten aplicables.

Destaca, por otra parte, en la Ley, su afán por proteger los intereses de los destinatarios de servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet. Con esta finalidad, la Ley impone a los prestadores de servicios la obligación de facilitar el acceso a sus datos de identificación a cuantos visiten su sitio en Internet; la de informar a los destinatarios sobre los precios que apliquen a sus servicios y la de permitir a éstos visualizar, imprimir y archivar las condiciones generales a que se someta, en su caso, el contrato. Cuando la contratación se efectúe con consumidores, el prestador de servicios deberá, además, guiarles durante el proceso de contratación, indicándoles los pasos que han de dar y la forma de corregir posibles errores en la introducción de datos, y confirmar la aceptación realizada una vez recibida.

En lo que se refiere a las comunicaciones comerciales, la Ley establece que éstas deban identificarse como tales, y prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento.

### IV

Se favorece igualmente la celebración de contratos por vía electrónica, al afirmar la Ley, de acuerdo con el principio espiritualista que rige la perfección de los contratos en nuestro Derecho, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarar que no es necesaria la admisión expresa de

esta técnica para que el contrato surta efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos a efectos del cumplimiento del requisito de «forma escrita» que figura en diversas leyes.

Se aprovecha la ocasión para fijar el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio.

Las disposiciones contenidas en esta Ley sobre aspectos generales de la contratación electrónica, como las relativas a la validez y eficacia de los contratos electrónicos o al momento de prestación del consentimiento, serán de aplicación aun cuando ninguna de las partes tenga la condición de prestador o destinatario de servicios de la sociedad de la información.

La Ley promueve la elaboración de códigos de conducta sobre las materias reguladas en esta Ley, al considerar que son un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector.

Por su sencillez, rapidez y comodidad para los usuarios, se potencia igualmente el recurso al arbitraje y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos que puedan crearse mediante códigos de conducta, para dirimir las disputas que puedan surgir en la contratación electrónica y en el uso de los demás servicios de la sociedad de la información. Se favorece, además, el uso de medios electrónicos en la tramitación de dichos procedimientos, respetando, en su caso, las normas que, sobre la utilización de dichos medios, establezca la normativa específica sobre arbitraje.

De conformidad con lo dispuesto en las Directivas 2000/31/CE y 98/27/CE, se regula la acción de cesación que podrá ejercitarse para hacer cesar la realización de conductas contrarias a la presente Ley que vulneren los intereses de los consumidores y usuarios. Para el ejercicio de esta acción, deberá tenerse en cuenta, además de lo dispuesto en esta Ley, lo establecido en la Ley general de incorporación de la Directiva 98/27/CE.

La Ley prevé, asimismo, la posibilidad de que los ciudadanos y entidades se dirijan a diferentes Ministerios y órganos administrativos para obtener información práctica sobre distintos aspectos relacionados con las materias objeto de esta Ley, lo que requerirá el establecimiento de mecanismos que aseguren la máxima coordinación entre ellos y la homogeneidad y coherencia de la información suministrada a los usuarios.

Finalmente, se establece un régimen sancionador proporcionado pero eficaz, como indica la Directiva 2000/31/CE, para disuadir a los prestadores de servicios del incumplimiento de lo dispuesto en esta Ley.

Asimismo, se contempla en la Ley una serie de previsiones orientadas a hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a la información suministrada por las Administraciones públicas, compromiso al que se refiere la resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002, sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido.

La presente disposición ha sido elaborada siguiendo un amplio proceso de consulta pública y ha sido sometida al procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas previsto en la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, modificada por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio, y en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio.

## TÍTULO I

### Disposiciones generales

#### Capítulo I

##### Objeto

**Artículo 1.**  
**Objeto**

1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.
2. Las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia

**Capítulo II**  
Ámbito de aplicación

**Artículo 2.**  
**Prestadores de**  
**s e r v i c i o s**  
**establecidos**  
**en España**

1. Esta Ley será de aplicación a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos.

Se entenderá que un prestador de servicios está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se encuentren en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.

2. Asimismo, esta Ley será de aplicación a los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad.

3. A los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica.

La utilización de medios tecnológicos situados en España, para la prestación o el acceso al servicio, no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador.

4. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España estarán sujetos a las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su realización.

**Artículo 3.**  
**Prestadores de**  
**s e r v i c i o s**  
**establecidos**  
**en otro Estado**  
**miembro de la**  
**Unión Europea**  
**o del Espacio**  
**E c o n ó m i c o**  
**Europeo**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 8, esta Ley se aplicará a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes:

a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.

- b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
- c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
- d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.
- e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.
- f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

2. En todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español.

3. Los prestadores de servicios a los que se refiere el apartado 1 quedarán igualmente sometidos a las normas del ordenamiento jurídico español que regulen las materias señaladas en dicho apartado.

4. No será aplicable lo dispuesto en los apartados anteriores a los supuestos en que, de conformidad con las normas reguladoras de las materias enumeradas en el apartado 1, no fuera de aplicación la ley del país en que resida o esté establecido el destinatario del servicio.

**Artículo 4.  
Prestadores  
establecidos  
en un Estado  
no pertene-  
ciente a la  
Unión Europea  
o al Espacio  
Económico  
Europeo**

A los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 8.

Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.

**Artículo 5.  
Servicios ex-  
cluidos del  
ámbito de apli-  
cación de la  
Ley**

1. Se registrarán por su normativa específica las siguientes actividades y servicios de la sociedad de la información:

- a) Los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas.
- b) Los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio.

2. Las disposiciones de la presente Ley, con la excepción de lo establecido en el artículo 7.1, serán aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, sin perjuicio de lo establecido en su legislación específica estatal o autonómica.

## TÍTULO II

### Prestación de servicios de la sociedad de la información

#### Capítulo I

##### Principio de libre prestación de servicios

**Artículo 6.  
No sujeción a  
autorización  
previa**

La prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa.

Esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.

**Artículo 7.  
Principio de  
libre prestación  
de servicios**

1. La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 y 8.

2. La aplicación del principio de libre prestación de servicios de la sociedad de la información a prestadores establecidos en Estados no miembros del Espacio Económico Europeo se atenderá a los acuerdos internacionales que resulten de aplicación.

**Artículo 8.  
Restricciones a  
la prestación  
de servicios**

1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran.

Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) La protección de la juventud y de la infancia.

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 cuando los datos que deban retirarse o el servicio que deba interrumpirse procedan de un prestador establecido en España.

3. Las medidas de restricción a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

4. Fuera del ámbito de los procesos judiciales, cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, se seguirá el siguiente procedimiento:

- a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte

las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

- b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia ya la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo en el plazo de quince días desde su adopción. Asimismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.

Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.

## Capítulo II

Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información

### Sección 1ª Obligaciones

**Artículo 9.  
Constancia  
registral del  
nombre de  
dominio**

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España deberán comunicar al Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos, o a aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, al menos, un nombre de dominio o dirección de Internet que, en su caso, utilicen para su identificación en Internet, así como todo acto de sustitución o cancelación de los mismos, salvo que dicha información conste ya en el correspondiente registro.
2. Los nombres de dominio y su sustitución o cancelación se harán constar en cada registro, de conformidad con sus normas reguladoras. Las anotaciones practicadas en los Registros Mercantiles se comunicarán inmediatamente al Registro Mercantil Central para su inclusión entre los datos que son objeto de publicidad informativa por dicho Registro.
3. La obligación de comunicación a que se refiere el apartado 1 deberá cumplirse en el plazo de un mes desde la obtención,

sustitución o cancelación del correspondiente nombre de dominio o dirección de Internet.

**Artículo 10.  
Información  
general**

1. Sin perjuicio de los requisitos que en materia de información se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:

- a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.
- b) Los datos de su inscripción en el Registro a que se refiere el artículo 9.
- c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.
- d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar:
  1. Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.
  2. El título académico oficial o profesional con el que cuente.
  3. El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.
  4. Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.
- e) El número de identificación fiscal que le corresponda.
- f) Información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.
- g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

2. La obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en el apartado 1.

3. Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso

a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario. A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:

- a) Las características del servicio que se va a proporcionar.
- b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.
- c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y
- d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

[El apartado 3 de este artículo ha sido añadido por la Disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20-12-2003, pp. 45329-45343)]

**Artículo 11.  
Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación**

1. Cuando un órgano competente por razón de la materia hubiera ordenado, en ejercicio de las funciones que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, podrá ordenar a dichos prestadores, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran.

2. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refiere el apartado anterior, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión

a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

3. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos los previstos en la legislación procesal que corresponda.

**Artículo 12.  
Deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas**

1. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses, en los términos establecidos en este artículo y en su normativa de desarrollo.

2. Los datos que, en cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, deberán conservar los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. Los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán retener sólo aquellos imprescindibles para identificar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.

En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones. Los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y los prestadores de servicios se refiere este artículo no podrán utilizar los datos obtenidos para fines distintos de los indicados en el apartado siguiente u otros que estén permitidos por la Ley, y deberán adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado mismos.

3. Los datos se conservarán para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales del Ministerio Fiscal que así los requieran. La comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de

Seguridad se hará con sujeción a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos personales.

4. Reglamentariamente, se determinarán las categorías de datos que deberán conservarse según el tipo de servicio prestado, el plazo durante el que deberán retenerse en cada supuesto dentro del máximo previsto en este artículo, las condiciones en que deberán almacenarse, tratarse y custodiarse y la forma en que, en su caso, deberán entregarse a los órganos autorizados para su solicitud y destruirse, transcurrido el plazo de retención que proceda, salvo que fueran necesarios para estos u otros fines previstos en la Ley.

## Sección 2ª

### *Régimen de Responsabilidad*

**Artículo 13.  
Responsabilidad  
de los presta-  
dores de los  
servicios de la  
sociedad de la  
información**

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley.

2. Para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, se estará a lo establecido en los artículos siguientes.

**Artículo 14.  
Responsabilidad  
de los operado-  
res de redes y  
proveedores  
de acceso**

1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.

2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello.

**Artículo 15.  
Responsabilidad  
de los presta-  
dores de servi-  
cios que reali-  
zan copia tem-  
poral de los  
datos solicita-  
dos por los  
usuarios**

Los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos, si:

- a) No modifican la información.
- b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita.
- c) Respetan las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.
- d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y
- e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de:
  - 1º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.
  - 2º Que se ha imposibilitado el acceso a ella, o
  - 3º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

**Artículo 16.  
Responsabilidad  
de los presta-  
dores de ser-  
vicios de aloja-  
miento o alma-  
cenamiento de  
datos**

1º Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los

prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.  
2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

**Artículo 17.  
Responsabilidad  
de los presta-  
dores de ser-  
vicios que  
faciliten enla-  
ces a conteni-  
dos o instru-  
mentos de  
búsqueda**

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

2. La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos.

**Capítulo III**  
Códigos de conducta

**Artículo 18.  
Códigos de  
conducta**

1. Las Administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional. Los códigos de conducta podrán tratar, en

particular, sobre los procedimientos para la detección y retirada de contenidos ilícitos y la protección de los destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales para la resolución de los conflictos que surjan por la prestación de los servicios de la sociedad de la información.

2. En la elaboración de dichos códigos, habrá de garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y la de las organizaciones representativas de personas con discapacidades físicas o psíquicas, cuando afecten a sus respectivos intereses.

Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias. Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos.

3. Los códigos de conducta a los que hacen referencia los apartados precedentes deberán ser accesibles por vía electrónica. Se fomentará su traducción a otras lenguas oficiales en la Comunidad Europea, con objeto de darles mayor difusión.

### TÍTULO III

#### *Comunicaciones comerciales por vía electrónica*

**Artículo 19.  
Régimen  
jurídico**

1. Las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la presente Ley, por su normativa propia y la vigente en materia comercial y de publicidad.

2. En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales.

**Artículo 20.  
Información  
exigida sobre  
las comunica-  
ciones comer-  
ciales, ofertas  
promocionales  
y concurso**

1. Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan.

En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra «publicidad».

2. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación se expresen de forma clara e inequívoca.

**Artículo 21.  
Prohibición de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes**

1. Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.»

[Este artículo está redactado conforme a la disposición final 1ª de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003, pp. 38890-38924)]

**Artículo 22.  
Derechos de los destinatarios de comunicaciones comerciales**

1. El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente.

A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado.

Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

2. Cuando los prestadores de servicios empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales, informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre su utilización y finalidad, ofreciéndoles la

posibilidad de rechazar el tratamiento de los datos mediante un procedimiento sencillo y gratuito.

Lo anterior no impedirá el posible almacenamiento o acceso a datos con el fin de efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas o, en la medida que resulte estrictamente necesario, para la prestación de un servicio de la sociedad de la información expresamente solicitado por el destinatario

[Este artículo está redactado conforme a la Disposición final 1ª de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003, pp. 38890-38924)]

#### TÍTULO IV

#### Contratación por vía electrónica

**Artículo 23.  
Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica**

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial.

2. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

3. Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico.

4. No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica.

**Artículo 24.  
Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica**

1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.

**Artículo 25.  
Intervención de  
terceros de  
confianza**

1. Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizara las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública.  
2. El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años.

**Artículo 26.  
Ley aplicable**

Para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley.

**Artículo 27.  
Obligaciones  
previas al inicio  
del procedimiento de  
contratación**

1. Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca, y antes de iniciar el procedimiento de contratación, sobre los siguientes extremos:

- a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
- c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
- d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos

medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

4. Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que estas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

**Artículo 28.  
Información  
posterior a la  
celebración del  
contrato**

1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario. En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado.

Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

**Artículo 29.  
Lugar de celebración del contrato**

Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual.

Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

## TÍTULO V

### Solución judicial y extrajudicial de conflictos

**Capítulo I**  
Acción de cesación

**Artículo 30.  
Acción de cesación**

1. Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación.
2. La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.
3. La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.

**Artículo 31.  
Legitimación activa**

- Están legitimados para interponer la acción de cesación:
- a) Las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo.
  - b) Los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
  - c) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de

julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.

- d) El Ministerio Fiscal.
- e) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- f) Las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

<b>Capítulo II</b> Solución extrajudicial de conflictos
--

**Artículo 32.**  
**Solución extra-**  
**judicial de con-**  
**flictos**

1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.
2. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica.

**TÍTULO VI**  
**Información y control**

**Artículo 33.**  
**Información a**  
**los destina-**  
**rios y prestado-**  
**res de servi-**  
**cios**

Los destinatarios y prestadores de servicios de la sociedad de la información podrán dirigirse a los Ministerios de Ciencia y Tecnología, de Justicia, de Economía y de Sanidad y Consumo y a los órganos que determinen las respectivas Comunidades Autónomas y Entidades Locales, para:

- a) Conseguir información general sobre sus derechos y obligaciones contractuales en el marco de la normativa aplicable a la contratación electrónica.
- b) Informarse sobre los procedimientos de resolución judicial y extrajudicial de conflictos, y
- c) Obtener los datos de las autoridades, asociaciones u organizaciones que puedan facilitarles información adicional o asistencia práctica. La comunicación con dichos órganos podrá hacerse por medios electrónicos.

**Artículo 34.  
Comunicación  
de resolucio-  
nes relevantes**

1. El Consejo General del Poder Judicial remitirá al Ministerio de Justicia en la forma y con la periodicidad que se acuerde mediante Convenio entre ambos órganos, todas las resoluciones judiciales que contengan pronunciamientos relevantes sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, sobre su utilización como prueba en juicio, o sobre los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad de los destinatarios y los prestadores de servicios de la sociedad de la información.
2. Los órganos arbitrales y los responsables de los demás procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos a que se refiere el artículo 32.1 comunicarán al Ministerio de Justicia los laudos o decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico de acuerdo con los criterios indicados en el apartado anterior.
3. En la comunicación de las resoluciones, laudos y decisiones a que se refiere este artículo, se tomarán las precauciones necesarias para salvaguardar el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales de las personas identificadas en ellos.
4. El Ministerio de Justicia remitirá a la Comisión Europea y facilitará el acceso de cualquier interesado a la información recibida de conformidad con este artículo.

**Artículo 35.  
Supervisión y  
control**

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología controlará el cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información de las obligaciones establecidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información. No obstante, las referencias a los órganos competentes contenidas en los artículos 8, 10, 11, 15, 16, 17 y 38 se entenderán hechas a los órganos jurisdiccionales o administrativos que, en cada caso, lo sean en función de la materia.
2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá realizar las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de

su función de control. Los funcionarios adscritos al Ministerio de Ciencia y Tecnología que ejerzan la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.

3. En todo caso, y no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las conductas realizadas por los prestadores de servicios de la sociedad de la información estuvieran sujetas, por razón de la materia o del tipo de entidad de que se trate, a ámbitos competenciales, de tutela o de supervisión específicos, con independencia de que se lleven a cabo utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos, los órganos a los que la legislación sectorial atribuya competencias de control, supervisión, inspección o tutela específica ejercerán las funciones que les correspondan.

**Artículo 36.  
Deber de  
colaboración**

1. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología y a los demás órganos a que se refiere el artículo anterior toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones. Igualmente, deberán permitir a sus agentes o al personal inspector el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para la actividad de control de que se trate, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

2. Cuando, como consecuencia de una actuación inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, estatales o autonómicas, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.

**TÍTULO VII**  
**Infracciones y sanciones**

**Artículo 37.  
Responsables**

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos al régimen sancionador establecido en este Título cuando la presente Ley les sea de aplicación.

**Artículo 38.  
Infracciones**

1. Las infracciones de los preceptos de esta Ley se calificarán como muy graves, graves y leves.

2. Son infracciones muy graves:

- a) El incumplimiento de las órdenes dictadas en virtud del artículo 8 en aquellos supuestos en que hayan sido dictadas por un órgano administrativo.

- b) El incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.
  - c) El incumplimiento significativo de la obligación de retener los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, prevista en el artículo 12.
  - d) La utilización de los datos retenidos, en cumplimiento del artículo 12, para fines distintos de los señalados en él.
3. Son infracciones graves:
- a) El incumplimiento de la obligación de retener los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, prevista en el artículo 12, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave.
  - b) El incumplimiento significativo de lo establecido en los párrafos a) y f) del artículo 10.1.
  - c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.
  - d) El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios.
  - e) No poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a que, en su caso, se sujete el contrato, en la forma prevista en el artículo 27.
  - f) El incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de una aceptación, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor.
  - g) La resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora de los órganos facultados para llevarla a cabo con arreglo a esta ley.

- h) El incumplimiento significativo de lo establecido en el apartado 3 del artículo 10.
  - i) El incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22.
4. Son infracciones leves:
- a) La falta de comunicación al registro público en que estén inscritos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9, del nombre o nombres de dominio o direcciones de Internet que empleen para la prestación de servicios de la sociedad de la información.
  - b) No informar en la forma prescrita por el artículo 10.1 sobre los aspectos señalados en los párrafos b), c), d), e) y g) del mismo, o en los párrafos a) y f) cuando no constituya infracción grave.
  - c) El incumplimiento de lo previsto en el artículo 20 para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
  - d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.
  - e) No facilitar la información a que se refiere el artículo 27.1, cuando las partes no hayan pactado su exclusión o el destinatario sea un consumidor.
  - f) El incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de una petición en los términos establecidos en el artículo 28, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor, salvo que constituya infracción grave.
  - g) El incumplimiento de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave.
  - h) El incumplimiento de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios cuando no constituya infracción grave.
  - i) El incumplimiento de lo establecido en el apartado 3 del artículo 10, cuando no constituya infracción grave.

[Este artículo está redactado conforme a la Disposición adicional octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20-12-2003, pp. 45329-45343).

**Artículo 39.  
Sanciones**

1. Por la comisión de las infracciones recogidas en el artículo anterior, se impondrán las siguientes sanciones:

a) Por la comisión de infracciones muy graves, multa de 150.001 hasta 600.000 euros.

La reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años.

b) Por la comisión de infracciones graves, multa de 30.001 hasta 150.000 euros.

c) Por la comisión de infracciones leves, multa de hasta 30.000 euros.

2. Las infracciones graves y muy graves podrán llevar aparejada la publicación, a costa del sancionado, de la resolución sancionadora en el «Boletín Oficial del Estado», o en el diario oficial de la Administración pública que, en su caso, hubiera impuesto la sanción; en dos periódicos cuyo ámbito de difusión coincida con el de actuación de la citada Administración pública o en la página de inicio del sitio de Internet del prestador, una vez que aquella tenga carácter firme.

Para la imposición de esta sanción, se considerará la repercusión social de la infracción cometida, por el número de usuarios o de contratos afectados, y la gravedad del ilícito.

3. Cuando las infracciones sancionables con arreglo a lo previsto en esta Ley hubieran sido cometidas por prestadores de servicios establecidos en Estados que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, el órgano que hubiera impuesto la correspondiente sanción podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso desde España a los servicios ofrecidos por aquellos por un período máximo de dos años en el caso de infracciones muy graves, un año en el de infracciones graves y seis meses en el de infracciones leves.

**Artículo 40.  
Graduación de  
la cuantía de  
las sanciones**

La cuantía de las multas que se impongan se graduará atendiendo a los siguientes criterios:

a) La existencia de intencionalidad.

b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.

- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.

**Artículo 41.  
Medidas de  
carácter pro-  
visional**

1. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales. En particular, podrán acordarse las siguientes:

- a) Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos.
- b) Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.
- c) Advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas.

2. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refiere el apartado anterior, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

3. En todo caso, se respetará el principio de proporcionalidad de la medida a adoptar con los objetivos que se pretendan alcanzar en cada supuesto.

4. En casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en el presente artículo podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador.

Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

**Artículo 42.  
Multa coercitiva**

El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

**Artículo 43.  
Competencia sancionadora**

1. La imposición de sanciones por el incumplimiento de lo previsto en esta ley corresponderá, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Ciencia y Tecnología y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida. Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta ley.

[Este apartado 1 está redactado conforme a la Disposición final 1ª de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003, pp. 38890-38924)]

2. La potestad sancionadora regulada en esta ley se ejercerá de conformidad con lo establecido al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en sus normas de desarrollo. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento simplificado será de tres meses.

[El segundo párrafo del apartado 1 y el apartado 2 de este artículo están redactados conforme a la Disposición adicional

octava de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE núm. 304, de 20-12-2003, pp. 45329-45343).

**Artículo 44.  
Concurrencia  
de infracciones  
y sanciones**

1. No podrá ejercerse la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley cuando haya recaído sanción penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar los hechos declarados probados en la resolución judicial.

2. La imposición de una sanción prevista en esta Ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos u organismos competentes en cada caso cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido.

3. No procederá la imposición de sanciones según lo previsto en esta Ley cuando los hechos constitutivos de infracción lo sean también de otra tipificada en la normativa sectorial a la que esté sujeto el prestador del servicio y exista identidad del bien jurídico protegido.

Cuando, como consecuencia de una actuación sancionadora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.

**Artículo 45.  
Prescripción**

Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

**Disposición adicional primera**

*Significado de los términos empleados por esta Ley*

A los efectos de la presente Ley, los términos definidos en el anexo tendrán el significado que allí se les asigna.

**Disposición adicional segunda**  
*Medicamentos y productos sanitarios*

La prestación de servicios de la sociedad de la información relacionados con los medicamentos y los productos sanitarios se regirá por lo dispuesto en su legislación específica.

**Disposición adicional tercera**  
*Sistema Arbitral de Consumo*

El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquellos al Sistema Arbitral de Consumo.

La Junta Arbitral Nacional de Consumo y aquellas otras de ámbito territorial inferior, autorizadas para ello por el Instituto Nacional del Consumo, podrán dirimir los conflictos planteados por los consumidores de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, a través de medios telemáticos.

**Disposición adicional cuarta**  
*Modificación de los Códigos Civil y de Comercio*

**Uno.** Se modifica el artículo 1.262 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente manera: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

**Dos.** Se modifica el artículo 54 del Código de Comercio, que queda redactado de la siguiente manera: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

#### **Disposición adicional quinta**

##### *Accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos*

**Uno.** Las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada, de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos, antes del 31 de diciembre de 2005.

Asimismo, podrán exigir que las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados. Dos. Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y «software», para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales.

#### **Disposición adicional sexta**

##### *Sistema de asignación de nombres de dominio bajo el «.es»*

**Uno.** Esta disposición regula, en cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional decimosexta de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas, los principios inspiradores del sistema de asignación de nombres de dominio bajo el código de país correspondiente a España «.es».

**Dos.** La entidad pública empresarial Red.es es la autoridad de asignación, a la que corresponde la gestión del registro de nombres de dominio de Internet bajo el «.es», de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

**Tres.** La asignación de nombres de dominio de Internet bajo el «.es» se realizará de conformidad con los criterios que se establecen en esta disposición, en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, en las demás normas específicas que se dicten en su desarrollo por la autoridad de asignación y, en la medida en que sean compatibles con ellos, con las prácticas generalmente aplicadas y las recomendaciones emanadas de las entidades y organismos internacionales que desarrollan actividades relacionadas con la gestión del sistema de nombres de dominio de Internet.

Los criterios de asignación de nombres de dominio bajo el «.es» deberán garantizar un equilibrio adecuado entre la confianza y seguridad jurídica precisas para el desarrollo del comercio electrónico y de otros servicios y actividades por vía electrónica, y la flexibilidad y agilidad requeridas para posibilitar la satisfacción de la demanda de asignación de nombres de dominio bajo el «.es», contribuyendo, de esta manera, al desarrollo de la sociedad de la información en España.

Podrán crearse espacios diferenciados bajo el «.es», que faciliten la identificación de los contenidos que alberguen en función de su titular o del tipo de actividad que realicen. Entre otros, podrán crearse indicativos relacionados con la educación, el entretenimiento y el adecuado desarrollo moral de la infancia y juventud. Estos nombres de dominio de tercer nivel se asignarán en los términos que se establezcan en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet.

**Cuatro.** Podrán solicitar la asignación de nombres de dominio bajo el «.es», en los términos que se prevean en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, todas las personas o entidades, con o sin personalidad jurídica, que tengan intereses o mantengan vínculos con España, siempre que reúnan los demás requisitos exigibles para la obtención de un nombre de dominio.

Los nombres de dominio bajo el «.es» se asignarán al primer solicitante que tenga derecho a ello, sin que pueda otorgarse, con carácter general, un derecho preferente para la obtención o utilización de un nombre de dominio a los titulares de determinados derechos.

La asignación de un nombre de dominio confiere a su titular el derecho a su utilización, el cual estará condicionado al cumplimiento de los requisitos que en cada caso se establezcan, así como a su mantenimiento en el tiempo. La verificación por parte de la autoridad de asignación del incumplimiento de estos requisitos dará lugar a la cancelación del nombre de dominio, previa la tramitación del procedimiento que en cada caso se determine y que deberá garantizar la audiencia de los interesados.

Los beneficiarios de un nombre de dominio bajo el «.es» deberán respetar las reglas y condiciones técnicas que pueda establecer la autoridad de asignación para el adecuado funcionamiento del sistema de nombres de dominio bajo el «.es».

La responsabilidad del uso correcto de un nombre de dominio de acuerdo con las leyes, así como del respeto a los derechos de propiedad intelectual o industrial, corresponde a la persona u organización para la que se haya registrado dicho nombre de dominio, en los términos previstos en esta Ley. La autoridad de asignación procederá a la cancelación de aquellos nombres de dominio cuyos titulares infrinjan esos derechos o condiciones, siempre que así se ordene en la correspondiente resolución judicial, sin perjuicio de lo que se prevea en aplicación del apartado ocho de esta disposición adicional.

**Cinco.** En el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet se establecerán mecanismos apropiados para prevenir el registro abusivo o especulativo de nombres de dominio, el aprovechamiento indebido de términos de significado genérico o topónimos y, en general, para prevenir los conflictos que se puedan derivar de la asignación de nombres de dominio.

Asimismo, el Plan incluirá las cautelas necesarias para minimizar el riesgo de error o confusión de los usuarios en cuanto a la titularidad de nombres de dominio.

A estos efectos, la entidad pública empresarial Red.es establecerá la necesaria coordinación con los registros públicos españoles. Sus titulares deberán facilitar el acceso y consulta a dichos registros públicos, que, en todo caso, tendrá carácter gratuito para la entidad.

**Seis.** La asignación de nombres de dominio se llevará a cabo por medios telemáticos que garanticen la agilidad y fiabilidad de los procedimientos de registro. La presentación de solicitudes y la práctica de notificaciones se realizarán por vía electrónica, salvo en los supuestos en que así esté previsto en los procedimientos de asignación y demás operaciones asociadas al registro de nombres de dominio.

Los agentes registradores, como intermediarios en los procedimientos relacionados con el registro de nombres de dominio, podrán prestar servicios auxiliares para la asignación y renovación de éstos, de acuerdo con los requisitos y condiciones que determine la autoridad de asignación, los cuales garantizarán, en todo caso, el respeto al principio de libre competencia entre dichos agentes.

**Siete.** El Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet se aprobará mediante Orden del Ministro de Ciencia y Tecnología, a propuesta de la entidad pública empresarial Red.es.

El Plan se completará con los procedimientos para la asignación y demás operaciones asociadas al registro de nombres de dominio y direcciones de Internet que establezca el Presidente de la entidad pública empresarial Red.es, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoctava de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

**Ocho.** En los términos que permitan las disposiciones aplicables, la autoridad de asignación podrá establecer un sistema de resolución extrajudicial de conflictos sobre la utilización de nombres de dominio, incluidos los relacionados con los derechos de propiedad industrial. Este sistema, que asegurará a las partes afectadas las garantías procesales adecuadas, se aplicará sin perjuicio de las eventuales acciones judiciales que las partes puedan ejercitar.

**Nueve.** Con la finalidad de impulsar el desarrollo de la Administración electrónica, la entidad pública empresarial Red.es podrá prestar el servicio de notificaciones administrativas telemáticas y acreditar de forma fehaciente la fecha y hora de su recepción.

#### **Disposición adicional séptima** *Fomento de la Sociedad de la Información*

El Ministerio de Ciencia y Tecnología como Departamento de la Administración General del Estado responsable de la propuesta al Gobierno y de la ejecución de las políticas tendentes a promover el desarrollo en España de la Sociedad de la Información, la generación de valor añadido nacional y la consolidación de una industria nacional sólida y eficiente de productos, servicios

y contenidos de la Sociedad de la Información, presentará al Gobierno para su aprobación y a las Cortes Generales un plan cuatrienal para el desarrollo de la Sociedad de la Información y de convergencia con Europa con objetivos mensurables, estructurado en torno a acciones concretas, con mecanismos de seguimiento efectivos, que aborde de forma equilibrada todos los frentes de actuación, contemplando diversos horizontes de maduración de las iniciativas y asegurando la cooperación y la coordinación del conjunto de las Administraciones públicas.

Este plan establecerá, asimismo, los objetivos, las acciones, los recursos y la periodificación del proceso de convergencia con los países de nuestro entorno comunitario en línea con las decisiones y recomendaciones de la Unión Europea.

En este sentido, el plan deberá:

Potenciar decididamente las iniciativas de formación y educación en las tecnologías de la información para extender su uso; especialmente, en el ámbito de la educación, la cultura, la gestión de las empresas, el comercio electrónico y la sanidad.

Profundizar en la implantación del gobierno y la administración electrónica incrementando el nivel de participación ciudadana y mejorando el grado de eficiencia de las Administraciones públicas.

[Esta disposición adicional ha sido añadida por la Disposición final 1ª de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOE núm. 264, de 4-11-2003, pp. 38890-38924; corrección de errores BOE núm. 68, de 19-03-2004, p. 12202).]

#### **Disposición final primera**

##### ***Modificación del artículo 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones***

Se modifica el párrafo a) del apartado 1 del artículo 37 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que queda redactada en los siguientes términos:

«a) Que los ciudadanos 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, fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet.

A estos efectos, se considerará que la velocidad suficiente a la que se refiere el párrafo anterior es la que se utiliza de manera generalizada para acceder a Internet por los abonados al servicio telefónico fijo disponible para el público con conexión a la red mediante pares de cobre y módem para banda vocal».

### **Disposición final segunda**

*Modificación de la disposición adicional sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. Se modifica el apartado 10 de la disposición adicional sexta de la Ley 1 1/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que quedará redactado como sigue:*

«10. Tasa por asignación del recurso limitado de nombres de dominio y direcciones de Internet.

a) Hecho imponible.

El hecho imponible de la tasa por asignación de nombres de dominio y direcciones de Internet estará constituido por la realización por la entidad pública empresarial Red.es de las actividades necesarias para la asignación y renovación de nombres de dominio y direcciones de Internet bajo el código de país correspondiente a España (es).

b) Sujetos pasivos.

Serán sujetos pasivos de la tasa los solicitantes de la asignación o renovación de los nombres y direcciones de Internet.

c) Cuantía.

La cuantía de la tasa será única por cada nombre o dirección cuya asignación o renovación se solicite. En ningún caso se procederá a la asignación o a la renovación del nombre o dirección sin que se haya efectuado previamente el pago de la tasa.

Sólo podrán modificarse mediante Ley el número e identidad de los elementos y criterios de cuantificación con base en los cuales se determinan las cuotas exigibles.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se consideran elementos y criterios de cuantificación del importe exigible por asignación anual inicial de los nombres de dominio o direcciones de Internet el número asignado, el coste de las actividades de comprobación y verificación de las solicitudes de asignación, así como el nivel en que se produzca la asignación y, en el caso de renovación anual en los años sucesivos, el coste del mantenimiento de la asignación y de las actividades de comprobación y de actualización de datos. Igualmente, se atenderá al número de nombres o direcciones de Internet asignados y a la actuación a través de agentes registradores para concretar la cuantía de la tasa.

El establecimiento y modificación de las cuantías resultantes de la aplicación de los elementos y criterios de cuantificación a que se refieren los párrafos anteriores podrá efectuarse mediante Orden ministerial.

No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores de este apartado, en los supuestos de carácter excepcional en que así esté previsto en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet y en los términos que en el mismo se fijen, con base en el especial valor de mercado del uso de determinados nombres y direcciones, la cuantía por asignación anual inicial podrá sustituirse por la que resulte de un procedimiento de licitación en el que se fijará un valor inicial de

referencia estimado. Si el valor de adjudicación de la licitación resultase superior a dicho valor de referencia, aquél constituirá el importe de la tasa. En los supuestos en que se siga este procedimiento de licitación, el Ministerio de Ciencia y Tecnología requerirá, con carácter previo a su convocatoria, a la autoridad competente para el Registro de Nombres de Dominio para que suspenda el otorgamiento de los nombres y direcciones que considere afectados por su especial valor económico. A continuación, se procederá a aprobar el correspondiente pliego de bases que establecerá, tomando en consideración lo previsto en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, los requisitos, condiciones y régimen aplicable a la licitación.

d) Devengo

La tasa se devengará en la fecha en que se proceda, en los términos que se establezcan reglamentariamente, a la admisión de la solicitud de asignación o de renovación de los nombres o direcciones de Internet, que no se tramitará sin que se haya efectuado el pago correspondiente.

e) Exacción y gestión recaudatoria.

La exacción de la tasa se producirá a partir de la atribución de su gestión a la entidad pública empresarial Red.es y de la determinación del procedimiento para su liquidación y pago, mediante Orden ministerial.

Los modelos de declaración, plazos y formas de pago de la tasa se aprobarán mediante resolución de la entidad pública empresarial Red.es.

El importe de los ingresos obtenidos por esta tasa se destinará a financiar los gastos de la entidad pública empresarial Red.es por las actividades realizadas en el cumplimiento de las funciones asignadas a la misma en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 4 de esta disposición, ingresándose, en su caso, el excedente en el Tesoro Público, de acuerdo con la proporción y cuantía que se determine mediante resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, a propuesta de esta última».

**Disposición final tercera**

*Adición de una nueva disposición transitoria a la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*

Se añade a la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, una nueva disposición transitoria duodécima, con la siguiente redacción:

«Disposición transitoria duodécima. Criterios para el desarrollo de/ plan de actualización tecnológica de la red de acceso de la red telefónica pública fija.

En el plazo máximo de cinco meses a partir de la entrada en vigor de esta disposición, el operador designado para la prestación del servicio universal presentará al Ministerio de Ciencia y Tecnología, para su aprobación en el plazo de un mes, previo informe de la Comisión del Mercado de las

Telecomunicaciones, un plan de actuación detallado para garantizar que las conexiones a la red telefónica pública fija posibiliten a sus abonados el acceso funcional a Internet y, en particular, a los conectados mediante Telefonía Rural de Acceso Celular (TRAC).

El desarrollo del plan estará sujeto a las siguientes condiciones:

a) Incluirá soluciones tecnológicas eficientes disponibles en el mercado para garantizar el derecho de los usuarios a disponer, previa solicitud a partir de la aprobación del plan, de la posibilidad de acceso funcional a Internet en el plazo máximo de sesenta días desde la fecha de dicha solicitud en las zonas con cobertura. Estas soluciones tecnológicas deberán prever su evolución a medio plazo hacia velocidades de banda ancha sin que ello conlleve necesariamente su sustitución.

b) La implantación en la red de acceso de las soluciones tecnológicas a las que se refiere el párrafo

a) deberá alcanzar a los abonados al servicio telefónico fijo disponible al público que, en la fecha de aprobación del plan, no tienen la posibilidad de acceso funcional a Internet, de acuerdo con el siguiente calendario:

1º Al menos al 30 por 100 antes del 30 de junio de 2003.

2º Al menos al 70 por 100 antes del 31 de diciembre de 2003.

3º El 100 por 100 antes del 31 de diciembre de 2004.

En todo caso, esta implantación alcanzará, al menos, al 50 por 100 de los citados abonados en cada una de las Comunidades Autónomas antes del 31 de diciembre de 2003.

c) En el plan de actuación deberá priorizarse el despliegue al que se refiere el párrafo b) con arreglo al criterio de mayor densidad de abonados afectados.

d) A los efectos de lo dispuesto en los apartados anteriores y en caso de que sea necesario, el operador designado para la prestación del servicio universal podrá concluir con otros operadores titulares de concesiones de dominio público radioeléctrico, contratos de cesión de derechos de uso de las bandas de frecuencias necesarias para el cumplimiento de los objetivos establecidos en esta disposición. Dichos contratos deberán ser sometidos a la previa aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología, que podrá establecer las condiciones de salvaguarda del interés público que estime necesarias.»

#### **Disposición final cuarta**

*Modificación de la disposición derogatoria única de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones*

Se modifica el último párrafo de la disposición derogatoria única de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, que queda redactado de la siguiente forma:

«Igualmente, quedan derogadas cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango a la presente Ley se opongan a lo dispuesto en ella y, en especial,

a lo dispuesto en el artículo 37.1.a), en lo relativo a la velocidad de transmisión de datos».

**Disposición final quinta**

*Adecuación de la regulación reglamentaria sobre contratación telefónica o electrónica con condiciones generales a esta Ley*

El Gobierno, en el plazo de un año, modificará el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, para adaptar su contenido a lo dispuesto en esta Ley.

En dicha modificación, el Gobierno tendrá especialmente en cuenta la necesidad de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos, conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE.

**Disposición final sexta**

*Fundamento constitucional*

Esta Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6ª, 8ª y 21ª de la Constitución, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

**Disposición final séptima**

*Habilitación al Gobierno*

Se habilita al Gobierno para desarrollar mediante Reglamento lo previsto en esta Ley.

**Disposición final octava**

*Distintivo de adhesión a códigos de conducta que incorporen determinadas garantías*

En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno aprobará un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

**Disposición final novena**

*Entrada en vigor*

Esta Ley entrará en vigor los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

No obstante, las disposiciones adicional sexta y finales primera, segunda, tercera y cuarta de esta Ley entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Madrid, 11 de julio de 2002

*JUAN CARLOS R.*

El Presidente del Gobierno,  
*JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ*

## ANEXO

### Definiciones

A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- a) «Servicios de la sociedad de la información» o «servicios»: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:

1º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.

2º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.

3º La gestión de compras en la red por grupos de personas.

4º El envío de comunicaciones comerciales.

5º El suministro de información por vía telemática.

6º El video bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:

1º Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.

2º El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.

3º Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra, que la sustituya.

4º Los servicios de radiodifusión sonora, y

5º El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

- b) «Servicio de intermediación: servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.

- c) «Prestador de servicios» o «prestador»: persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información.

- d) «Destinatario del servicio» o «destinatario»: persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información.
- e) «Consumidor»: persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- f) «Comunicación comercial»: toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. A efectos de esta Ley, no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónica, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica.
- g) «Profesión regulada»: toda actividad profesional que requiera para su ejercicio la obtención de un título, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias.
- h) «Contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico»: todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones.
- i) «Ámbito normativo coordinado»: todos los requisitos aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ya vengán exigidos por la presente Ley u otras normas que regulen el ejercicio de actividades económicas por vía electrónica, o por las leyes generales que les sean de aplicación, y que se refieran a los siguientes aspectos:
  - 1º Comienzo de la actividad, como las titulaciones profesionales o cualificaciones requeridas, la publicidad registral, las autorizaciones administrativas o colegiales precisas, los regímenes de notificación a cualquier órgano u organismo público o privado, y
  - 2º Posterior ejercicio de dicha actividad, como los requisitos referentes a la actuación del prestador de servicios, a la calidad, seguridad y contenido del servicio, o los que afectan a la publicidad y a la contratación por vía electrónica y a la responsabilidad del prestador de servicios.No quedan incluidos en este ámbito las condiciones relativas a las mercancías y bienes tangibles, a su entrega ni a los: servicios no prestados por medios electrónicos.
- j) «Órgano competente»: todo órgano jurisdiccional o administrativo, ya sea de la Administración General del Estado, de las Administraciones Autonómicas, de las Entidades locales o de sus respectivos organismos o entes públicos dependientes, que actúe en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas.



# LEY 59/2003, DE FIRMA ELECTRÓNICA

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren. Sabed:  
Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley.

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I

El Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, fue aprobado con el objetivo de fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas. De este modo, se coadyuvaba a potenciar el crecimiento y la competitividad de la economía española mediante el rápido establecimiento de un marco jurídico para la utilización de una herramienta que aporta confianza en la realización de transacciones electrónicas en redes abiertas como es el caso de Internet. El citado Real Decreto-ley incorporó al ordenamiento público español 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, incluso antes de su promulgación y publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

Tras su ratificación por el Congreso de los Diputados, se acordó la tramitación del Real Decreto-ley 14/1999 como proyecto de ley, con el fin de someterlo a una más amplia consulta pública y al posterior debate parlamentario para perfeccionar su texto. No obstante, esta iniciativa decayó al expirar el mandato de las Cámaras en marzo de 2000. Esta Ley, por tanto, es el resultado del compromiso asumido en la VI Legislatura, actualizando a la vez el marco establecido en el Real Decreto-ley 14/1999 mediante la incorporación de las modificaciones que aconseja la experiencia acumulada desde su entrada en vigor tanto en nuestro país como en el ámbito internacional.

### II

El desarrollo de la sociedad de la información y la difusión de los efectos positivos que de ella se derivan exige la generalización de la confianza de la ciudadanía en las comunicaciones telemáticas. No obstante, los datos más recientes señalan que aún existe desconfianza por parte de los intervinientes en las transacciones telemáticas y, en general, en las comunicaciones que las nuevas tecnologías permiten a la hora de transmitir información, constituyendo esta

falta de confianza un freno para el desarrollo de la sociedad de la información, en particular, la Administración y el comercio electrónicos.

Como respuesta a esta necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por internet surge, entre otros, la firma electrónica. La firma electrónica constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas.

Los sujetos que hacen posible el empleo de la firma electrónica son los denominados prestadores de servicios de certificación. Para ello expiden certificados electrónicos, que son documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante.

La Ley obliga a los prestadores de servicios de certificación a efectuar una tutela y gestión permanente de los certificados electrónicos que expiden. Los detalles de esta gestión deben recogerse en la llamada declaración de prácticas de certificación, donde se especifican las condiciones aplicables a la solicitud, expedición, uso, suspensión y extinción de la vigencia de los certificados electrónicos. Además, estos prestadores están obligados a mantener accesible un servicio de consulta sobre el estado de vigencia de los certificados en el que debe indicarse de manera actualizada si éstos están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida.

Asimismo, debe destacarse que la Ley define una clase particular de certificados electrónicos denominados certificados reconocidos, que son los certificados electrónicos que se han expedido cumpliendo requisitos cualificados en lo que se refiere a su contenido, a los procedimientos de comprobación de la identidad del firmante y a la fiabilidad y garantías de la actividad de certificación electrónica.

Los certificados reconocidos constituyen una pieza fundamental de la llamada firma electrónica reconocida, que se define siguiendo las pautas impuestas en la Directiva 1999/93/CE como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. A la firma electrónica reconocida le otorga la Ley la equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica.

Por otra parte, la Ley contiene las garantías que deben ser cumplidas por los dispositivos de creación de firma para que puedan ser considerados como dispositivos seguros y conformar así una firma electrónica reconocida.

La certificación técnica de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica se basa en el marco establecido por la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y en sus disposiciones de desarrollo. Para esta certificación se utilizarán las normas técnicas publicadas a tales efectos en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* o, excepcionalmente, las aprobadas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Adicionalmente, la Ley establece un marco de obligaciones aplicables a los prestadores de servicios de certificación, en función de si éstos emiten certificados reconocidos o no, y determina su régimen de responsabilidad, teniendo en cuenta los deberes de diligencia que incumben a los firmantes y a los terceros destinatarios de documentos firmados electrónicamente.

### III

Esta Ley se promulga para reforzar el marco jurídico existente incorporando a su texto algunas novedades respecto del Real Decreto-ley 14/1999 que contribuirán a dinamizar el mercado de la prestación de servicios de certificación.

Así, se revisa la terminología, se modifica la sistemática y se simplifica el texto facilitando su comprensión y dotándolo de una estructura más acorde con nuestra técnica legislativa.

Una de las novedades que la Ley ofrece respecto del Real Decreto-ley 14/1999, es la denominación como firma electrónica reconocida de la firma electrónica que se equipara funcionalmente a la firma manuscrita. Se trata simplemente de la creación de un concepto nuevo demandado por el sector, sin que ello implique modificación alguna de los requisitos sustantivos que tanto la Directiva 1999/93/CE como el propio Real Decreto-ley 14/1999 venían exigiendo. Con ello se aclara que no basta con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la firma manuscrita; es preciso que la firma electrónica avanzada esté basada en un certificado reconocido y haya sido creada por un dispositivo seguro de creación.

Asimismo, es de destacar de manera particular, la eliminación del registro de prestadores de servicios de certificación, que ha dado paso al establecimiento de un mero servicio de difusión de información sobre los prestadores que operan en el mercado, las certificaciones de calidad y las características de los productos y servicios con que cuentan para el desarrollo de su actividad.

Por otra parte, la Ley modifica el concepto de certificación de prestadores de servicios de certificación para otorgarle mayor grado de libertad y dar un mayor protagonismo a la participación del sector privado en los sistemas de certificación y eliminando las presunciones legales asociadas a la misma, adaptándose de manera más precisa a lo establecido en la directiva. Así, se favorece la autorregulación de la industria, de manera que sea ésta quien diseñe y gestione, de acuerdo con sus propias necesidades, sistemas voluntarios de acreditación destinados a mejorar los niveles técnicos y de calidad en la prestación de servicios de certificación. El nuevo régimen nace desde el convencimiento de que los sellos de calidad son un instrumento eficaz para convencer a los usuarios de las ventajas de los productos y servicios de certificación electrónica, resultando imprescindible facilitar y agilizar la obtención de estos símbolos externos para quienes los ofrecen al público. Si bien se recogen fielmente en la Ley los conceptos de *acreditación* de prestadores de servicios de certificación y de *conformidad* de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica contenidos en la directiva, la terminología se ha

adaptado a la más comúnmente empleada y conocida recogida en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

Otra modificación relevante es que la Ley clarifica la obligación de constitución de una garantía económica por parte de los prestadores de servicios de certificación que emitan certificados reconocidos, estableciendo una cuantía mínima única de tres millones de euros, flexibilizando además la combinación de los diferentes instrumentos para constituir la garantía.

Por otra parte, dado que la prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa, resulta importante destacar que la Ley refuerza las capacidades de inspección y control del Ministerio de Ciencia y Tecnología, señalando que este departamento podrá ser asistido de entidades independientes y técnicamente cualificadas para efectuar las labores de supervisión y control sobre los prestadores de servicios de certificación.

También ha de destacarse la regulación que la Ley contiene respecto del documento nacional de identidad electrónico, que se erige en un certificado electrónico reconocido llamado a generalizar el uso de instrumentos seguros de comunicación electrónica capaces de conferir la misma integridad y autenticidad que la que actualmente rodea las comunicaciones a través de medios físicos. La Ley se limita a fijar el marco normativo básico del nuevo DNI electrónico poniendo de manifiesto sus dos notas más características -acredita la identidad de su titular en cualquier procedimiento administrativo y permite la firma electrónica de documentos- remitiéndose a la normativa específica en cuanto a las particularidades de su régimen jurídico.

Asimismo, otra novedad es el establecimiento en la Ley del régimen aplicable a la actuación de personas jurídicas como firmantes, a efectos de integrar a estas entidades en el tráfico telemático. Se va así más allá del Real Decreto-ley de 1999, que sólo permitía a las personas jurídicas ser titulares de certificados electrónicos en el ámbito de la gestión de los tributos. Precisamente, la enorme expansión que han tenido estos certificados en dicho ámbito en los últimos años, sin que ello haya representado aumento alguno de la litigiosidad ni de inseguridad jurídica en las transacciones, aconsejan la generalización de la titularidad de certificados por personas morales.

En todo caso, los certificados electrónicos de personas jurídicas no alteran la legislación civil y mercantil en cuanto a la figura del representante orgánico o voluntario y no sustituyen a los certificados electrónicos que se expidan a personas físicas en los que se reflejen dichas relaciones de representación.

Como resortes de seguridad jurídica, la Ley exige, por un lado, una especial legitimación para que las personas físicas soliciten la expedición de certificados; por otro lado, obliga a los solicitantes a responsabilizarse de la custodia de los datos de creación de firma electrónica asociados a dichos certificados, todo ello sin perjuicio de que puedan ser utilizados por otras personas físicas vinculadas a la entidad. Por último, de cara a terceros, limita el uso de estos certificados a los actos que integren la relación entre la persona jurídica y las Administraciones públicas y a las cosas o servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la entidad, sin perjuicio de los posibles límites cuantitativos o cualitativos que

puedan añadirse. Se trata de conjugar el dinamismo que debe presidir el uso de estos certificados en el tráfico con las necesarias dosis de prudencia y seguridad para evitar que puedan nacer obligaciones incontrolables frente a terceros debido a un uso inadecuado de los datos de creación de firma. El equilibrio entre uno y otro principio se ha establecido sobre las cosas y servicios que constituyen el giro o tráfico ordinario de la empresa de modo paralelo a cómo nuestro más que centenario Código de Comercio regula la vinculación frente a terceros de los actos de comercio realizados por el factor del establecimiento.

Con la expresión *giro o tráfico ordinario* de una entidad se actualiza a un vocabulario más acorde con nuestros días lo que en la legislación mercantil española se denomina *establecimiento fabril o mercantil*. Con ello se comprenden las transacciones efectuadas mediata o inmediatamente para la realización del núcleo de actividad de la entidad y las actividades de gestión o administrativas necesarias para el desarrollo de la misma, como la contratación de suministros tangibles e intangibles o de servicios auxiliares. Por último, debe recalarse que, aunque el *giro o tráfico ordinario* sea un término acuñado por el derecho mercantil, la regulación sobre los certificados de personas jurídicas no sólo se aplica a las sociedades mercantiles, sino a cualquier tipo de persona jurídica que quiera hacer uso de la firma electrónica en su actividad.

Adicionalmente, se añade un régimen especial para la expedición de certificados electrónicos a entidades sin personalidad jurídica a las que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, a los solos efectos de su utilización en el ámbito tributario, en los términos que establezca el Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, siguiendo la pauta marcada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, se incluye dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en el que figuran los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas de eficacia en juicio de la prueba documental.

Además, debe resaltarse que otro aspecto novedoso de la Ley es el acogimiento explícito que se efectúa de las relaciones de representación que pueden subyacer en el empleo de la firma electrónica. No cabe duda que el instituto de la representación está ampliamente generalizado en el tráfico económico, de ahí la conveniencia de dotar de seguridad jurídica la imputación a la esfera jurídica del representado las declaraciones que se cursan por el representante a través de la firma electrónica. Para ello, se establece como novedad que en la expedición de certificados reconocidos que admitan entre sus atributos relaciones de representación, ésta debe estar amparada en un documento público que acredite fehacientemente dicha relación de representación así como la suficiencia e idoneidad de los poderes conferidos al representante. Asimismo, se prevén mecanismos para asegurar el mantenimiento de las facultades de representación durante toda la vigencia del certificado reconocido.

Por último, debe destacarse que la ley permite que los prestadores de servicios de certificación podrán, con el objetivo de mejorar la confianza en sus servicios,

establecer mecanismos de coordinación con los datos que preceptivamente deban obrar en los Registros públicos, en particular, mediante conexiones telemáticas, a los efectos de verificar los datos que figuran en los certificados en el momento de la expedición de éstos. Dichos mecanismos de coordinación también podrán contemplar la notificación telemática por parte de los registros a los prestadores de servicios de certificación de las variaciones registrales posteriores.

#### IV

La Ley consta de 36 artículos agrupados en seis títulos, 10 disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El título I contiene los principios generales que delimitan los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación de la ley, los efectos de la firma electrónica y el régimen de empleo ante las Administraciones públicas y de acceso a la actividad de prestación de servicios de certificación.

El régimen aplicable a los certificados electrónicos se contiene en el título II, que dedica su primer capítulo a determinar quiénes pueden ser sus titulares y a regular las vicisitudes que afectan a su vigencia. El capítulo II regula los certificados reconocidos y el tercero el documento nacional de identidad electrónico.

El título III regula la actividad de prestación de servicios de certificación estableciendo las obligaciones a que están sujetos los prestadores -distinguiendo con nitidez las que solamente afectan a los que expiden certificados reconocidos-, y el régimen de responsabilidad aplicable.

El título IV establece los requisitos que deben reunir los dispositivos de verificación y creación de firma electrónica y el procedimiento que ha de seguirse para obtener sellos de calidad en la actividad de prestación de servicios de certificación.

Los títulos V y VI dedican su contenido, respectivamente, a fijar los regímenes de supervisión y sanción de los prestadores de servicios de certificación.

Por último, cierran el texto las disposiciones adicionales -que aluden a los regímenes especiales que resultan de aplicación preferente-, las disposiciones transitorias -que incorporan seguridad jurídica a la actividad desplegada al amparo de la normativa anterior-, la disposición derogatoria y las disposiciones finales relativas al fundamento constitucional, la habilitación para el desarrollo reglamentario y la entrada en vigor.

Esta disposición ha sido sometida al procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas previsto en la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, y en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y

reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información

## TÍTULO I

### Disposiciones generales

- Artículo 1.**  
**Objeto**
1. Esta ley regula la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación.
  2. Las disposiciones contenidas en esta ley no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten.
- Artículo 2.**  
**Prestadores de servicios de certificación sujetos a la ley**
1. Esta ley se aplicará a los prestadores de servicios de certificación establecidos en España y a los servicios de certificación que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.
  2. Se denomina prestador de servicios de certificación la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica.
  3. Se entenderá que un prestador de servicios de certificación está establecido en España cuando su residencia o domicilio social se halle en territorio español, siempre que éstos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección.
  4. Se considerará que un prestador opera mediante un establecimiento permanente situado en territorio español cuando disponga en él, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad.
  5. Se presumirá que un prestador de servicios de certificación está establecido en España cuando dicho prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. La mera utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio no implicará, por sí sola, el establecimiento del prestador en España.

**Artículo 3**  
**Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente**

1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.
2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.
3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.
4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.
5. Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente.
6. El documento electrónico será soporte de.
  - a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.
  - b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.
  - c) Documentos privados.
7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.
8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad,

conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

10. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.

**Artículo 4.  
Empleo de la  
firma electrónica  
en el ámbito  
de las Adminis-  
traciones pú-  
blicas**

1. Esta ley se aplicará al uso de la firma electrónica en el seno de las Administraciones públicas, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas y en las relaciones que mantengan aquéllas y éstos entre sí o con los particulares.

Las Administraciones públicas, con el objeto de salvaguardar las garantías de cada procedimiento, podrán establecer condiciones adicionales a la utilización de la firma electrónica en los procedimientos. Dichas condiciones podrán incluir, entre otras, la imposición de fechas electrónicas sobre los documentos electrónicos integrados en un expediente administrativo. Se entiende por fecha electrónica el conjunto de datos en forma electrónica utilizados como medio para constatar el momento en que se ha efectuado una actuación sobre otros datos electrónicos a los que están asociados.

2. Las condiciones adicionales a las que se refiere el apartado anterior sólo podrán hacer referencia a las características específicas de la aplicación de que se trate y deberán garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Estas condiciones serán objetivas, proporcionadas, transparentes y no discriminatorias y no deberán obstaculizar la prestación de servicios de certificación al ciudadano cuando intervengan distintas Administraciones públicas nacionales o del Espacio Económico Europeo.

3. Las normas que establezcan condiciones generales adicionales para el uso de la firma electrónica ante la Administración General del Estado, sus organismos públicos y las entidades dependientes o vinculadas a las mismas se dictarán

a propuesta conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y de Ciencia y Tecnología y previo informe del Consejo Superior de Informática y para el impulso de la Administración Electrónica.

4. La utilización de la firma electrónica en las comunicaciones que afecten a la información clasificada, a la seguridad pública o a la defensa nacional se regirá por su normativa específica.

**Artículo 5.  
Régimen de  
prestación de  
los servicios de  
certificación**

1. La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia. No podrán establecerse restricciones para los servicios de certificación que procedan de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

2. Los órganos de defensa de la competencia velarán por el mantenimiento de condiciones de competencia efectiva en la prestación de servicios de certificación al público mediante el ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas.

3. La prestación al público de servicios de certificación por las Administraciones públicas, sus organismos públicos o las entidades dependientes o vinculadas a las mismas se realizará con arreglo a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

**TÍTULO II**  
**Certificados electrónicos**

**Capítulo I**  
**Disposiciones generales**

**Artículo 6.  
Concepto de  
certificado  
electrónico y  
de firmante**

1. Un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad.

2. El firmante es la persona que posee un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representa.

**Artículo 7.  
Certificados  
electrónicos  
de personas  
jurídicas**

1. Podrán solicitar certificados electrónicos de personas jurídicas sus administradores, representantes legales y voluntarios con poder bastante a estos efectos. Los certificados electrónicos de personas jurídicas no podrán afectar al régimen de representación orgánica o voluntaria regulado por la legislación civil o mercantil aplicable a cada persona jurídica.

2. La custodia de los datos de creación de firma asociados a cada certificado electrónico de persona jurídica será responsabilidad de la persona física solicitante, cuya identificación se incluirá en el certificado electrónico.

3. Los datos de creación de firma sólo podrán ser utilizados cuando se admita en las relaciones que mantenga la persona jurídica con las Administraciones públicas o en la contratación de bienes o servicios que sean propios o concernientes a su giro o tráfico ordinario. Asimismo, la persona jurídica podrá imponer límites adicionales, por razón de la cuantía o de la materia, para el uso de dichos datos que, en todo caso, deberán figurar en el certificado electrónico.

4. Se entenderán hechos por la persona jurídica los actos o contratos en los que su firma se hubiera empleado dentro de los límites previstos en el apartado anterior.

Si la firma se utiliza transgrediendo los límites mencionados, la persona jurídica quedará vinculada frente a terceros sólo si los asume como propios o se hubiesen celebrado en su interés. En caso contrario, los efectos de dichos actos recaerán sobre la persona física responsable de la custodia de los datos de creación de firma, quien podrá repetir, en su caso, contra quien los hubiera utilizado.

5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los certificados que sirvan para verificar la firma electrónica del prestador de servicios de certificación con la que firme los certificados electrónicos que expida.

6. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los certificados que se expidan a favor de las Administraciones públicas, que estarán sujetos a su normativa específica.

**Artículo 8.  
Extinción de la  
vigencia de los  
certificados  
electrónicos**

1. Son causas de extinción de la vigencia de un certificado electrónico:

- a) Expiración del período de validez que figura en el certificado.
- b) Revocación formulada por el firmante, la persona física o jurídica representada por éste, un tercero autorizado o la persona física solicitante de un certificado electrónico de persona jurídica.
- c) Los datos de creación de firma del firmante o del prestador de servicios de certificación o utilización indebida de dichos datos por un tercero.
- d) Resolución judicial o administrativa que lo ordene.
- e) Fallecimiento o extinción de la personalidad jurídica del firmante, fallecimiento, o extinción de la personalidad jurídica del representado, incapacidad sobrevinida, total

o parcial, del firmante o de su representado, terminación de la representación; disolución de la persona jurídica representada o alteración de las condiciones de custodia o uso de los datos de creación de firma que estén reflejadas en los certificados expedidos a una persona jurídica.

- f) Cese en la actividad del prestador de servicios de certificación salvo que, previo consentimiento expreso del firmante, la gestión de los certificados electrónicos expedidos por aquél sean transferidos a otro prestador de servicios de certificación.
- g) Alteración de los datos aportados para la obtención del certificado o modificación de las circunstancias verificadas para la expedición del certificado, como las relativas al cargo o a las facultades de representación, de manera que éste ya no fuera conforme a la realidad.
- h) Cualquier otra causa lícita prevista en la declaración de prácticas de certificación.

2. El período de validez de los certificados electrónicos será adecuado a las características y tecnología empleada para generar los datos de creación de firma. En el caso de los certificados reconocidos este período no podrá ser superior a cuatro años.

3. La extinción de la vigencia de un certificado electrónico surtirá efectos frente a terceros, en los supuestos de expiración de su período de validez, desde que se produzca esta circunstancia y, en los demás casos, desde que la indicación de dicha extinción se incluya en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados del prestador de servicios de certificación.

**Artículo 9.  
Suspensión de  
la vigencia de  
los certificados  
electrónicos**

1. Los prestadores de servicios de certificación suspenderán la vigencia de los certificados electrónicos expedidos si concurre alguna de las siguientes causas:

- a) Solicitud del firmante, la persona física o jurídica representada por éste, un tercero autorizado o la persona física solicitante de un certificado electrónico de persona jurídica. b) Resolución judicial o administrativa que lo ordene.
- c) La existencia de dudas fundadas acerca de la concurrencia de las causas de extinción de la vigencia de los certificados contempladas en los párrafos c) y g) del artículo 8. 1.

d) Cualquier otra causa lícita prevista en la declaración de prácticas de certificación.

2. La suspensión de la vigencia de un certificado electrónico surtirá efectos desde que se incluya en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados del prestador de servicios de certificación.

**Artículo 10.  
Disposiciones  
comunes a la  
extinción y  
suspensión de  
la vigencia de  
certificados  
electrónicos**

1. El prestador de servicios de certificación hará constar inmediatamente, de manera clara e indubitada, la extinción o suspensión de la vigencia de los certificados electrónicos en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados en cuanto tenga conocimiento fundado de cualquiera de los hechos determinantes de la extinción o suspensión de su vigencia.

2. El prestador de servicios de certificación informará al firmante acerca de esta circunstancia de manera previa o simultánea a la extinción o suspensión de la vigencia del certificado electrónico, especificando los motivos y la fecha y la hora en que el certificado quedará sin efecto. En los casos de suspensión, indicará, además, su duración máxima, extinguiéndose la vigencia del certificado si transcurrido dicho plazo no se hubiera levantado la suspensión.

3. La extinción o suspensión de la vigencia de un certificado electrónico no tendrá efectos retroactivos.

4. La extinción o suspensión de la vigencia de un certificado electrónico se mantendrá accesible en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados al menos hasta la fecha en que hubiera finalizado su período inicial de validez.

**Capítulo II**  
Certificados reconocidos

**Artículo 11.  
Concepto y  
contenido de  
los certifica-  
dos reconoci-  
dos**

1. Son certificados reconocidos los certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación que cumpla los requisitos establecidos en esta ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten.

2. Los certificados reconocidos incluirán, al menos, los siguientes datos

- a) La indicación de que se expiden como tales.
- b) El código identificativo único del certificado.

- c) La identificación del prestador de servicios de certificación que expide el certificado y su domicilio.
- d) La firma electrónica avanzada del prestador de servicios de certificación que expide el certificado.
- e) La identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de documento nacional de identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su código de identificación fiscal.
- f) Los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma que se encuentren bajo el control del firmante.
- g) El comienzo y el fin del período de validez del certificado.
- h) Los límites de uso del certificado, si se establecen.
- i) Los límites del valor de las transacciones para las que puede utilizarse el certificado, si se establecen.

3. Los certificados reconocidos podrán asimismo contener cualquier otra circunstancia o atributo específico del firmante en caso de que sea significativo en función del fin propio del certificado y siempre que aquél lo solicite.

4. Si los certificados reconocidos admiten una relación de representación incluirán una indicación del documento público que acredite de forma fehaciente las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente y, en caso de ser obligatoria la inscripción, de los datos registrales, de conformidad con el apartado 2 del artículo 13.

**Artículo 12.  
Obligaciones  
previas a la  
expedición de  
certificados  
reconocidos**

Antes de la expedición de un certificado reconocido, los prestadores de servicios de certificación deberán cumplir las siguientes obligaciones:

- a) Comprobar la identidad y circunstancias personales de los solicitantes de certificados con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente.
- b) Verificar que la información contenida en el certificado es exacta y que incluye toda la información prescrita para un certificado reconocido.
- c) Asegurarse de que el firmante está en posesión de los datos de creación de firma correspondientes a los de verificación que constan en el certificado.
- d) Garantizar la complementariedad de los datos de creación y verificación de firma, siempre que ambos sean generados por el prestador de servicios de certificación.

**Artículo 13.  
Comprobación  
de la identidad  
y otras cir-  
cunstancias  
personales de  
los solicitantes  
de un certifica-  
do reconocido**

1 La identificación de la persona física que solicite un certificado reconocido exigirá su personación ante los encargados de verificarla y se acreditará mediante el documento nacional de identidad, pasaporte u otros medios admitidos en derecho. Podrá prescindirse de la personación si su firma en la solicitud de expedición de un certificado reconocido ha sido legitimada en presencia notarial.

El régimen de personación en la solicitud de certificados que se expidan previa identificación del solicitante ante las Administraciones públicas se regirá por lo establecido en la normativa administrativa.

2. En el caso de certificados reconocidos de personas jurídicas, los prestadores de servicios de certificación comprobarán, además, los datos relativos a la constitución y personalidad jurídica y a la extensión y vigencia de las facultades de representación del solicitante, bien mediante consulta en el registro público en el que estén inscritos los documentos de constitución y de apoderamiento, bien mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente, cuando aquellos no sean de inscripción obligatoria.

3. Si los certificados reconocidos reflejan una relación de representación voluntaria, los prestadores de servicios de certificación comprobarán, los datos relativos a la personalidad jurídica del representado y a la extensión y vigencia de las facultades del representante, bien mediante consulta en el registro público en el que estén inscritas, bien mediante los documentos públicos que sirvan para acreditar los extremos citados de manera fehaciente, cuando aquellos no sean de inscripción obligatoria. Si los certificados reconocidos admiten otros supuestos de representación, los prestadores de servicios de certificación deberán exigir la acreditación de las circunstancias en las que se fundamenten, en la misma forma prevista anteriormente.

Cuando el certificado reconocido contenga otras circunstancias personales o atributos del solicitante, como su condición de titular de un cargo público, su pertenencia a un colegio profesional o su titulación, éstas deberán comprobarse mediante los documentos oficiales que las acrediten, de conformidad con su normativa específica.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores podrá no ser exigible en los siguientes casos

- a) Cuando la identidad u otras circunstancias permanentes de los solicitantes de los certificados constaran ya al prestador de servicios de certificación en virtud de una

relación preexistente, en la que, para la identificación del interesado, se hubieran empleado los medios señalados en este artículo y el período de tiempo transcurrido desde la identificación es menor de cinco años.

- b) Cuando para solicitar un certificado se utilice otro vigente para cuya expedición se hubiera identificado al firmante en la forma prescrita en este artículo y le conste al prestador de servicios de certificación que el período de tiempo transcurrido desde la identificación es menor de cinco años.

5. Los prestadores de servicios de certificación podrán realizar las actuaciones de comprobación previstas en este artículo por sí o por medio de otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, siendo responsable, en todo caso, el prestador de servicios de certificación.

**Artículo 14.  
Equivalencia  
internacional  
de certificados  
reconocidos**

Los certificados electrónicos que los prestadores de servicios de certificación establecidos en un Estado que no sea miembro del Espacio Económico Europeo expidan al público como certificados reconocidos de acuerdo con la legislación aplicable en dicho Estado se considerarán equivalentes a los expedidos por los establecidos en España, siempre que se cumpla alguna de las siguientes condiciones

- a) Que el prestador de servicios de certificación reúna los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos y haya sido certificado conforme a un sistema voluntario de certificación establecido en un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

- b) Que el certificado esté garantizado por un prestador de servicios de certificación establecido en el Espacio Económico Europeo que cumpla los requisitos establecidos en la normativa comunitaria sobre firma electrónica para la expedición de certificados reconocidos.

- c) Que el certificado o el prestador de servicios de certificación estén reconocidos en virtud de un acuerdo bilateral o multilateral entre la Comunidad Europea y terceros países u organizaciones internacionales.

**Capítulo III**  
El documento nacional de identidad electrónico

**Artículo 15.**  
**Documento nacional de identidad electrónico**

1. El documento nacional de identidad electrónico es el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos.
2. Todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán la eficacia del documento nacional de identidad electrónico para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, y para acreditar la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos.

**Artículo 16.**  
**Requisitos y características del documento nacional de identidad electrónico**

1. Los órganos competentes del Ministerio del Interior para la expedición del documento nacional de identidad electrónico cumplirán las obligaciones que la presente Ley impone a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos con excepción de la relativa a la constitución de la garantía a la que se refiere el apartado 2 del artículo 20.
2. La Administración General del Estado empleará, en la medida de lo posible, sistemas que garanticen la compatibilidad de los instrumentos de firma electrónica incluidos en el documento nacional de identidad electrónico con los distintos dispositivos y productos de firma electrónica generalmente aceptados.

**TÍTULO III**

Prestación de servicios de certificación

**Capítulo I**  
Obligaciones

**Artículo 17.**  
**Protección de los datos personales**

1. El tratamiento de los datos personales que precisen los prestadores de servicios de certificación para el desarrollo de su actividad y los órganos administrativos para el ejercicio de las funciones atribuidas por esta ley se sujetará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus normas de desarrollo.

2. Para la expedición de certificados electrónicos al público, los prestadores de servicios de certificación únicamente podrán recabar datos personales directamente de los firmantes o previo consentimiento expreso de éstos.

Los datos requeridos serán exclusivamente los necesarios para la expedición y el mantenimiento del certificado electrónico y la prestación de otros servicios en relación con la firma electrónica, no pudiendo tratarse con fines distintos sin el consentimiento expreso del firmante.

3 Los prestadores de servicios de certificación que consignen un seudónimo en el certificado electrónico a solicitud del firmante deberán constatar su verdadera identidad y conservar la documentación que la acredite.

Dichos prestadores de servicios de certificación estarán obligados a revelar la identidad de los firmantes cuando lo soliciten los órganos judiciales en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas y en los demás supuestos previstos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal en que así se requiera.

4. En cualquier caso, los prestadores de servicios de certificación no incluirán en los certificados electrónicos que expidan, los datos a los que se hace referencia en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

**Artículo 18.  
Obligaciones  
de los presta-  
dores de ser-  
vicios de certi-  
ficación que  
expidan certifi-  
cados electró-  
nicos**

Los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados electrónicos deberán cumplir las siguientes obligaciones:

- a) No almacenar ni copiar los datos de creación de firma de la persona a la que hayan prestado sus servicios.
- b) Proporcionar al solicitante antes de la expedición del certificado la siguiente información mínima, que deberá transmitirse de forma gratuita, por escrito o por vía electrónica

1. Las obligaciones del firmante, la forma en que han de custodiarse los datos de creación de firma, el procedimiento que haya de seguirse para comunicar la pérdida o posible utilización indebida de dichos datos y determinados dispositivos de creación y de verificación de firma electrónica que sean compatibles con los datos de firma y con el certificado expedido.
2. Los mecanismos para garantizar la fiabilidad de la firma electrónica de un documento a lo largo del tiempo.

3. El método utilizado por el prestador para comprobar la identidad del firmante u otros datos que figuren en el certificado.
4. Las condiciones precisas de utilización del certificado, sus posibles límites de uso y la forma en que el prestador garantiza su responsabilidad patrimonial.
5. Las certificaciones que haya obtenido, en su caso, el prestador de servicios de certificación y los procedimientos aplicables para la resolución extrajudicial de los conflictos que pudieran surgir por el ejercicio de su actividad.
6. Las demás informaciones contenidas en la declaración de prácticas de certificación.

La información citada anteriormente que sea relevante para terceros afectados por los certificados deberá estar disponible a instancia de éstos.

c) Mantener un directorio actualizado de certificados en el que se indicarán los certificados expedidos y si están vigentes o si su vigencia ha sido suspendida o extinguida. La integridad del directorio se protegerá mediante la utilización de los mecanismos de seguridad adecuados.

d) Garantizar la disponibilidad de un servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados rápido y seguro.

**Artículo 19.  
Declaración de  
prácticas de  
certificación**

1. Todos los prestadores de servicios de certificación formularán una declaración de prácticas de certificación en la que detallarán, en el marco de esta ley y de sus disposiciones de desarrollo, las obligaciones que se comprometen a cumplir en relación con la gestión de los datos de creación y verificación de firma y de los certificados electrónicos, las condiciones aplicables a la solicitud, expedición, uso, suspensión y extinción de la vigencia de los certificados las medidas de seguridad técnicas y organizativas, los perfiles y los mecanismos de información sobre la vigencia de los certificados y, en su caso la existencia de procedimientos de coordinación con los Registros públicos correspondientes que permitan el intercambio de información de manera inmediata sobre la vigencia de los poderes indicados en los certificados y que deban figurar preceptivamente inscritos en dichos registros.

2. La declaración de prácticas de certificación de cada prestador estará disponible al público de manera fácilmente accesible, al menos por vía electrónica y de forma gratuita.

3. La declaración de prácticas de certificación tendrá la consideración de documento de seguridad a los efectos previstos en la legislación en materia de protección de datos de carácter

personal y deberá contener todos los requisitos exigidos para dicho documento en la mencionada legislación.

**Artículo 20.  
Obligaciones  
de los presta-  
dores de ser-  
vicios de certi-  
ficación que  
expidan certifi-  
cados recono-  
cidos**

1. Además de las obligaciones establecidas en este capítulo, los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos deberán cumplir las siguientes obligaciones

- a) Demostrar la fiabilidad necesaria para prestar servicios de certificación.
- b) Garantizar que pueda determinarse con precisión la fecha y la hora en las que se expidió un certificado o se extinguió o suspendió su vigencia.
- c) Emplear personal con la cualificación, conocimientos y experiencia necesarios para la prestación de los servicios de certificación ofrecidos y los procedimientos de seguridad y de gestión adecuados en el ámbito de la firma electrónica.
- d) Utilizar sistemas y productos fiables que estén protegidos contra toda alteración y que garanticen la seguridad técnica y, en su caso, criptográfica de los procesos de certificación a los que sirven de soporte.
- e) Tomar medidas contra la falsificación de certificados y, en el caso de que el prestador de servicios de certificación genere datos de creación de firma, garantizar su confidencialidad durante el proceso de generación y su entrega por un procedimiento seguro al firmante.
- f) Conservar registrada por cualquier medio seguro toda la información y documentación relativa a un certificado reconocido y las declaraciones de prácticas de certificación vigentes en cada momento, al menos durante 15 años contados desde el momento de su expedición, de manera que puedan verificarse las firmas efectuadas con el mismo.
- g) Utilizar sistemas fiables para almacenar certificados reconocidos que permitan comprobar su autenticidad e impedir que personas no autorizadas alteren los datos, restrinjan su accesibilidad en los supuestos o a las personas que el firmante haya indicado y permitan detectar cualquier cambio que afecte a estas condiciones de seguridad.

2. Los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos deberán constituir un seguro de responsabilidad civil por importe de al menos 3.000.000 de euros para afrontar el riesgo de la responsabilidad por los daños

y perjuicios que pueda ocasionar el uso de los certificados que expidan.

La citada garantía podrá ser sustituida total o parcialmente por una garantía mediante aval bancario o seguro de caución, de manera que la suma de las cantidades aseguradas sea al menos de 3.000.000 de euros.

Las cuantías y los medios de aseguramiento y garantía establecidos en los dos párrafos anteriores podrán ser modificados mediante real decreto.

**Artículo 21.  
Cese de la  
actividad de un  
prestador de  
servicios de  
certificación**

1. El prestador de servicios de certificación que vaya a cesar en su actividad deberá comunicarlo a los firmantes que utilicen los certificados electrónicos que haya expedido así como a los solicitantes de certificados expedidos a favor de personas jurídicas, y podrá transferir, con su consentimiento expreso, la gestión de los que sigan siendo válidos en la fecha en que el cese se produzca a otro prestador de servicios de certificación que los asuma o, en caso contrario, extinguir su vigencia. La citada comunicación se llevará a cabo con una antelación mínima de dos meses al cese efectivo de la actividad e informará, en su caso, sobre las características del prestador al que se propone la transferencia de la gestión de los certificados.

2. El prestador de servicios de certificación que expida certificados electrónicos al público deberá comunicar al Ministerio de Ciencia y Tecnología, con la antelación indicada en el anterior apartado, el cese de su actividad y el destino que vaya a dar a los certificados, especificando, en su caso, si va a transferir la gestión y a quién o si extinguirá su vigencia.

Igualmente, comunicará cualquier otra circunstancia relevante que pueda impedir la continuación de su actividad. En especial, deberá comunicar, en cuanto tenga conocimiento de ello, la apertura de cualquier proceso concursal que se siga contra él.

3. Los prestadores de servicios de certificación remitirán al Ministerio de Ciencia y Tecnología con carácter previo al cese definitivo de su actividad la información relativa a los certificados electrónicos cuya vigencia haya sido extinguida para que éste se haga cargo de su custodia a efectos de lo previsto en el artículo 20.1.f). Este ministerio mantendrá accesible al público un servicio de consulta específico donde figure una indicación sobre los citados certificados durante un período que considere suficiente en función de las consultas efectuadas al mismo.

## Capítulo II Responsabilidad

### **Artículo 22. Responsabilidad de los presta- dores de ser- vicios de certi- ficación**

1. 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 esta ley.

La responsabilidad del prestador de servicios de certificación regulada en esta ley será exigible conforme a las normas generales sobre la culpa contractual o extracontractual, según proceda, si bien corresponderá al prestador de servicios de certificación demostrar que actuó con la diligencia profesional que le es exigible.

2. Si el prestador de servicios de certificación no cumpliera las obligaciones señaladas en los párrafos b) al d) del artículo 12 al garantizar un certificado electrónico expedido por un prestador de servicios de certificación establecido en un Estado no perteneciente al Espacio Económico Europeo, será responsable por los daños y perjuicios causados por el uso de dicho certificado.

3. De manera particular, el prestador de servicios de certificación responderá de los perjuicios que se causen al firmante o a terceros de buena fe por la falta o el retraso en la inclusión en el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados de la extinción o suspensión de la vigencia del certificado electrónico.

4. Los prestadores de servicios de certificación asumirán toda la responsabilidad frente a terceros por la actuación de las personas en las que deleguen la ejecución de alguna o algunas de las funciones necesarias para la prestación de servicios de certificación.

5. La regulación contenida en esta ley sobre la responsabilidad del prestador de servicios de certificación se entiende sin perjuicio de lo establecido en la legislación sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

### **Artículo 23. Limitaciones de responsa- bilidad de los prestadores de servicios de certificación**

1. El prestador de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al firmante o terceros de buena fe, si el firmante incurre en alguno de los siguientes supuestos:

- a) No haber proporcionado al prestador de servicios de certificación información veraz, completa y exacta sobre los datos que deban constar en el certificado electrónico o que sean necesarios para su expedición o para la

extinción o suspensión de su vigencia, cuando su inexactitud no haya podido ser detectada por el prestador de servicios de certificación.

- b) La falta de comunicación sin demora al prestador de servicios de certificación de cualquier modificación de las circunstancias reflejadas en el certificado electrónico.
- c) Negligencia en la conservación de sus datos de creación de firma, en el aseguramiento de su confidencialidad y en la protección de todo acceso o revelación.
- d) No solicitar la suspensión o revocación del certificado electrónico en caso de duda en cuanto al mantenimiento de la confidencialidad de sus datos de creación de firma.
- e) Utilizar los datos de creación de firma cuando haya expirado el período de validez del certificado electrónico o el prestador de servicios de certificación le notifique la extinción o suspensión de su vigencia.
- f) Superar los límites que figuren en el certificado electrónico en cuanto a sus posibles usos y al importe individualizado de las transacciones que puedan realizarse con él o no utilizarlo conforme a las condiciones establecidas y comunicadas al firmante por el prestador de servicios de certificación.

2. En el caso de los certificados electrónicos que recojan un poder de representación del firmante, tanto éste como la persona o entidad representada, cuando ésta tenga conocimiento de la existencia del certificado, están obligados a solicitar la revocación o suspensión de la vigencia del certificado en los términos previstos en esta ley.

3. Cuando el firmante sea una persona jurídica, el solicitante del certificado electrónico asumirá las obligaciones indicadas en el apartado 1.

4. El prestador de servicios de certificación tampoco será responsable por los daños y perjuicios ocasionados al firmante o a terceros de buena fe si el destinatario de los documentos firmados electrónicamente actúa de forma negligente. Se entenderá, en particular, que el destinatario actúa de forma negligente en los siguientes casos

- a) Cuando no compruebe y tenga en cuenta las restricciones que figuren en el certificado electrónico en cuanto a sus posibles usos y al importe individualizado de las transacciones que puedan realizarse con él.
- b) Cuando no tenga en cuenta la suspensión o pérdida de vigencia del certificado electrónico publicada en el

servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados o cuando no verifique la firma electrónica.

5. El prestador de servicios de certificación no será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al firmante o terceros de buena fe por la inexactitud de los datos que consten en el certificado electrónico, si éstos le han sido acreditados mediante documento público. En caso de que dichos datos deban figurar inscritos en un registro público, el prestador de servicios de certificación deberá comprobarlos en el citado registro en el momento inmediato anterior a la expedición del certificado, pudiendo emplear, en su caso, medios telemáticos.

6. La exención de responsabilidad frente a terceros obliga al prestador de servicios de certificación a probar que actuó en todo caso con la debida diligencia.

---

#### TÍTULO IV

#### Dispositivos de firma electrónica y sistemas de certificación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de firma electrónica

##### Capítulo I

##### Dispositivos de firma electrónica

**Artículo 24.**  
**Dispositivos de creación de firma electrónica**

1. Los datos de creación de firma son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica.
2. Un dispositivo de creación de firma es un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma.
3. Un dispositivo seguro de creación de firma es un dispositivo de creación de firma que ofrece, al menos, las siguientes garantías:
  - a) Que los datos utilizados para la generación de firma pueden producirse sólo una vez y asegura razonablemente su secreto.
  - b) Que existe una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de firma no pueden ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma está protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento.

- c) Que los datos de creación de firma pueden ser protegidos de forma fiable por el firmante contra su utilización por terceros.
- d) Que el dispositivo utilizado no altera los datos o el documento que deba firmarse ni impide que éste se muestre al firmante antes del proceso de firma.

**Artículo 25.  
Dispositivos  
de verificación  
de firma elec-  
trónica**

1. Los datos de verificación de firma son los datos, como códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica.
2. Un dispositivo de verificación de firma es un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.
3. Los dispositivos de verificación de firma electrónica garantizarán, siempre que sea técnicamente posible, que el proceso de verificación de una firma electrónica satisfaga, al menos, los siguientes requisitos:
  - a) Que los datos utilizados para verificar la firma correspondan a los datos mostrados a la persona que verifica la firma.
  - b) Que la firma se verifique de forma fiable y el resultado de esa verificación se presente correctamente.
  - c) Que la persona que verifica la firma electrónica pueda, en caso necesario, establecer de forma fiable el contenido de los datos firmados y detectar si han sido modificados.
  - d) Que se muestren correctamente tanto la identidad del firmante o, en su caso, conste claramente la utilización de un seudónimo, como el resultado de la verificación.
  - e) Que se verifiquen de forma fiable la autenticidad y la validez del certificado electrónico correspondiente.
  - f) Que pueda detectarse cualquier cambio relativo a su seguridad.
4. Asimismo, los datos referentes a la verificación de la firma, tales como el momento en que ésta se produce o una constatación de la validez del certificado electrónico en ese momento, podrán ser almacenados por la persona que verifica la firma electrónica o por terceros de confianza.

## Capítulo II

### Certificación de prestadores de servicios de certificación y de dispositivos de creación de firma electrónica

**Artículo 26.  
Certificación  
de prestadores  
de servicios de  
certificación**

1. La certificación de un prestador de servicios de certificación es el procedimiento voluntario por el que una entidad cualificada pública o privada emite una declaración a favor de un prestador de servicios de certificación, que implica un reconocimiento del cumplimiento de requisitos específicos en la prestación de los servicios que se ofrecen al público.
2. La certificación de un prestador de servicios de certificación podrá ser solicitada por éste y podrá llevarse a cabo, entre otras, por entidades de certificación reconocidas por una entidad de acreditación designada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en sus disposiciones de desarrollo.
3. En los procedimientos de certificación podrán utilizarse normas técnicas u otros criterios de certificación adecuados. En caso de utilizarse normas técnicas, se emplearán preferentemente aquellas que gocen de amplio reconocimiento aprobadas por organismos de normalización europeos y, en su defecto, otras normas internacionales o españolas.
4. La certificación de un prestador de servicios de certificación no será necesaria para reconocer eficacia jurídica a una firma electrónica.

**Artículo 27.  
Certificación  
de dispositivos  
seguros de  
creación de  
firma electrón-  
ica**

1. La certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica es el procedimiento por el que se comprueba que un dispositivo cumple los requisitos establecidos en esta ley para su consideración como dispositivo seguro de creación de firma.
2. La certificación podrá ser solicitada por los fabricantes o importadores de dispositivos de creación de firma y se llevará a cabo por las entidades de certificación reconocidas por una entidad de acreditación designada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y en sus disposiciones de desarrollo.
3. En los procedimientos de certificación se utilizarán las normas técnicas cuyos números de referencia hayan sido publicados en el "Diario Oficial de la Unión Europea" y, excepcionalmente, las aprobadas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología que se publicarán en la dirección de Internet de este Ministerio.

4. Los certificados de conformidad de los dispositivos seguros de creación de firma serán modificados o, en su caso, revocados cuando se dejen de cumplir las condiciones establecidas para su obtención.

Los organismos de certificación asegurarán la difusión de las decisiones de revocación de certificados de dispositivos de creación de firma.

**Artículo 28.  
Reconocimiento  
de la conformidad con la normativa aplicable a los productos de firma electrónica**

1. Se presumirá que los productos de firma electrónica aludidos en el párrafo d) del apartado 1 del artículo 20 y en el apartado 3 del artículo 24 son conformes con los requisitos previstos en dichos artículos si se ajustan a las normas técnicas correspondientes cuyos números de referencia hayan sido publicados en el "Diario Oficial de la Unión Europea".

2. Se reconocerá eficacia a los certificados de conformidad sobre dispositivos seguros de creación de firma que hayan sido otorgados por los organismos designados para ello en cualquier Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

## TÍTULO V

### Supervisión y control

**Artículo 29.  
Supervisión y control**

1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología controlará el cumplimiento por los prestadores de servicios de certificación que expidan al público certificados electrónicos de las obligaciones establecidas en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo. Asimismo, supervisará el funcionamiento del sistema y de los organismos de certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica.

2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología realizará las actuaciones inspectoras que sean precisas para el ejercicio de su función de control.

Los funcionarios adscritos al Ministerio de Ciencia y Tecnología que realicen la inspección a que se refiere el apartado anterior tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de sus cometidos.

3. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá acordar las medidas apropiadas para el cumplimiento de esta ley y sus disposiciones de desarrollo.

4. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá recurrir a entidades independientes y técnicamente cualificadas para que le asistan en las labores de supervisión y control sobre los prestadores de servicios de certificación que le asigna esta ley.

**Artículo 30.  
Deber de información y colaboración**

1. Los prestadores de servicios de certificación, la entidad independiente de acreditación y los organismos de certificación tienen la obligación de facilitar al Ministerio de Ciencia y Tecnología toda la información y colaboración precisas para el ejercicio de sus funciones.

En particular, deberán permitir a sus agentes o al personal inspector el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para la inspección de que se trate, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En sus inspecciones podrán ir acompañados de expertos o peritos en las materias sobre las que versen aquéllas.

2. Los prestadores de servicios de certificación deberán comunicar al Ministerio de Ciencia y Tecnología el inicio de su actividad, sus datos de identificación, incluyendo la identificación fiscal y registral, en su caso, los datos que permitan establecer comunicación con el prestador, incluidos el nombre de dominio de internet, los datos de atención al público, las características de los servicios que vayan a prestar, las certificaciones obtenidas para sus servicios y las certificaciones de los dispositivos que utilicen. Esta información deberá ser convenientemente actualizada por los prestadores y será objeto de publicación en la dirección de internet del citado ministerio con la finalidad de otorgarle la máxima difusión y conocimiento.

3. Cuando, como consecuencia de una actuación inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en otras leyes, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción.

## TÍTULO VI

### Infracciones y sanciones

**Artículo 31.  
Infracciones**

1. Las infracciones de los preceptos de esta ley se clasifican en muy graves, graves y leves.

2. Son infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en los artículos 18 y 20 en la expedición de certificados reconocidos, siempre que se hayan causado daños graves a los usuarios o la seguridad de los servicios de certificación se haya visto gravemente afectada.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación respecto al incumplimiento de la obligación de

- constitución de la garantía económica prevista en el apartado 2 del artículo 20.
- b) La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas señaladas en el artículo 12, cuando ello afecte a la mayoría de los certificados reconocidos expedidos en los tres años anteriores al inicio del procedimiento sancionador o desde el inicio de la actividad del prestador si este período es menor.
3. Son infracciones graves:
- a) El incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en los artículos 18 y 20 en la expedición de certificados reconocidos, excepto de la obligación de constitución de la garantía prevista en el apartado 2 del artículo 20, cuando no constituya infracción muy grave.
- b) La falta de constitución por los prestadores que expidan certificados reconocidos de la garantía económica contemplada en el apartado 2 del artículo 20.
- c) La expedición de certificados reconocidos sin realizar todas las comprobaciones previas indicadas en el artículo 12, en los casos en que no constituya infracción muy grave.
- d) El incumplimiento por los prestadores de servicios de certificación que no expidan certificados reconocidos de las obligaciones señaladas en el artículo 18, si se hubieran causado daños graves a los usuarios o la seguridad de los servicios de certificación se hubiera visto gravemente afectada.
- e) El incumplimiento por los prestadores de servicios de certificación de las obligaciones establecidas en el artículo 21 respecto al cese de actividad de los mismos o la producción de circunstancias que impidan la continuación de su actividad, cuando las mismas no sean sancionables de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- f) La resistencia, obstrucción, excusa o negativa injustificada a la actuación inspectora de los órganos facultados para llevarla a cabo con arreglo a esta ley y la falta o deficiente presentación de la información solicitada por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología en su función de inspección y control.
- g) El incumplimiento de las resoluciones dictadas por el Ministerio de Ciencia y Tecnología para asegurar que el

prestador de servicios de certificación se ajuste a esta ley.

4. Constituyen infracciones leves

El incumplimiento por los prestadores de servicios de certificación que no expidan certificados reconocidos, de las obligaciones señaladas en el artículo 18 y las restantes de esta ley, cuando no constituya infracción grave o muy grave, excepto las contenidas en el apartado 2 del artículo 30.

**Artículo 32.  
Sanciones**

1. Por la comisión de infracciones recogidas en el artículo anterior, se impondrán las siguientes sanciones:

a) Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa de 150.001 a 600.000 euros.

La comisión de dos o más infracciones muy graves en el plazo de tres años, podrá dar lugar, en función de los criterios de graduación del artículo siguiente, a la sanción de prohibición de actuación en España durante un plazo máximo de dos años.

b) Por la comisión de infracciones graves, se impondrá al infractor multa de 30.001 a 150.000 euros.

c) Por la comisión de infracciones leves, se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 30.000 euros.

2. Las infracciones graves y muy graves podrán llevar aparejada, a costa del sancionado, la publicación de la resolución sancionadora en el "Boletín Oficial del Estado" y en dos periódicos de difusión nacional o en la página de inicio del sitio de internet del prestador y, en su caso, en el sitio de internet del Ministerio de Ciencia y Tecnología, una vez que aquélla tenga carácter firme.

Para la imposición de esta sanción, se considerará la repercusión social de la infracción cometida, el número de usuarios afectados y la gravedad del ilícito.

**Artículo 33.  
Graduación de  
la cuantía de  
las sanciones**

La cuantía de las multas que se impongan, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta lo siguiente:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La reincidencia, por comisión de infracciones de la misma naturaleza, sancionadas mediante resolución firme.

c) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.

d) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción

- e) El beneficio que haya reportado al infractor la comisión de la infracción.
- f) Volumen de la facturación a que afecte la infracción cometida.

**Artículo 34.  
Medidas  
provisionales**

1. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá adoptar, con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.

En particular, podrán acordarse las siguientes

- a) Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios de certificación y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos.
- b) Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.
- c) Advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas.

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados.

2. En los supuestos de daños de excepcional gravedad en la seguridad de los sistemas empleados por el prestador de servicios de certificación que menoscaben seriamente la confianza de los usuarios en los servicios ofrecidos, el Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá acordar la suspensión o pérdida de vigencia de los certificados afectados, incluso con carácter definitivo.

3. En todo caso, se respetará el principio de proporcionalidad de la medida a adoptar con los objetivos que se pretendan alcanzar en cada supuesto.

4. En casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este artículo podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador.

Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

**Artículo 35.  
Multa  
coercitiva**

El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas.

**Artículo 36.  
Competencia y  
procedimiento  
sancionador**

1. La imposición de sanciones por el incumplimiento de lo previsto en esta ley corresponderá, en el caso de infracciones muy graves, al Ministro de Ciencia y Tecnología y en el de infracciones graves y leves, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. No obstante, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 17 será sancionado por la Agencia de Protección de Datos con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2. La potestad sancionadora regulada en esta Ley se ejercerá de conformidad con lo establecido al respecto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en sus normas de desarrollo.

**Disposición adicional primera**  
*Fe pública y uso de firma electrónica*

1. Lo dispuesto en esta ley no sustituye ni modifica las normas que regulan las funciones que corresponden a los funcionarios que tengan legalmente la facultad de dar fe en documentos en lo que se refiere al ámbito de sus competencias siempre que actúen con los requisitos exigidos en la ley.

2. En el ámbito de la documentación electrónica, corresponderá a las entidades prestadoras de servicios de certificación acreditar la existencia de los servicios prestados en el ejercicio de su actividad de certificación electrónica, a solicitud del usuario, o de una autoridad judicial o administrativa.

**Disposición adicional segunda**

*Ejercicio de la potestad sancionadora sobre la entidad de acreditación y los organismos de certificación de dispositivos de creación de firma electrónica.*

1. En el ámbito de la certificación de dispositivos de creación de firma, corresponderá al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología la imposición de sanciones por la comisión, por los organismos de certificación de dispositivos seguros de creación de firma electrónica o por la entidad que los acredite, de las infracciones graves previstas en los párrafos e), f) y g) del apartado segundo del artículo 31 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y de las infracciones leves indicadas en el párrafo a) del apartado 3 del artículo 31 de la citada ley que cometan en el ejercicio de actividades relacionadas con la certificación de firma electrónica.
2. Cuando dichas infracciones merezcan la calificación de infracciones muy graves, serán sancionadas por el Ministro de Ciencia y Tecnología.

**Disposición adicional tercera**

*Expedición de certificados electrónicos a entidades sin personalidad jurídica para el cumplimiento de obligaciones tributarias.*

Podrán expedirse certificados electrónicos a las entidades sin personalidad jurídica a que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria a los solos efectos de su utilización en el ámbito tributario, en los términos que establezca el Ministro de Hacienda.

**Disposición adicional cuarta**

*Prestación de servicios por la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda.*

Lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

**Disposición adicional quinta**

*Modificación del artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.*

Se añaden apartado doce al artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con la siguiente redacción.

"Doce. En el ejercicio de las funciones que le atribuye el presente artículo, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda estará exenta de la constitución de la garantía a la que se refiere el apartado 2 del artículo 20 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica".

**Disposición adicional sexta**

*Régimen jurídico del documento nacional de identidad electrónico*

1. Sin perjuicio de la aplicación de la normativa vigente en materia del documento nacional de identidad en todo aquello que se adecue a sus características particulares, el documento nacional de identidad electrónico se registrará por su normativa específica.
2. El Ministerio de Ciencia y Tecnología podrá dirigirse al Ministerio del Interior para que por parte de éste se adopten las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que le incumban como prestador de servicios de certificación en relación con el documento nacional de identidad electrónico.

**Disposición adicional séptima**

*Emisión de facturas por vía electrónica*

Lo dispuesto en esta ley se entiende sin perjuicio de las exigencias derivadas de las normas tributarias en materia de emisión de facturas por vía electrónica.

**Disposición adicional octava**

*Modificaciones de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*

**Uno.** Adición de un nuevo apartado 3 al artículo 10 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Se añade un apartado 3 con el siguiente texto

«3. Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario.

A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información

- a) Las características del servicio que se va a proporcionar.
- b) Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.
- c) El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y
- d) El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos

aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional».

**Dos.** Los apartados 2, 3 y 4 del artículo 38 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico se redactan en los siguientes términos

«2. Son infracciones muy graves

- a) El incumplimiento de las órdenes dictadas en virtud del artículo 8 en aquellos supuestos en que hayan sido dictadas por un órgano administrativo.
- b) El incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.
- c) El incumplimiento significativo de la obligación de retener los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, prevista en el artículo 12.
- d) La utilización de los datos retenidos, en cumplimiento del artículo 12, para fines distintos de los señalados en él.

3. Son infracciones graves

- a) El incumplimiento de la obligación de retener los datos de tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información, prevista en el artículo 12, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave.
- b) El incumplimiento significativo de lo establecido en los párrafos a) y f) del artículo 10.1.
- c) El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21.
- d) El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios.
- e) No poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a que, en su caso, se sujete el contrato, en la forma prevista en el artículo 27.
- f) El incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de una aceptación, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor.
- g) La resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora de los órganos facultados para llevarla a cabo con arreglo a esta ley.

- h) El incumplimiento significativo de lo establecido en el apartado 3 del artículo 10.
  - i) El incumplimiento significativo de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22.
4. Son infracciones leves
- a) La falta de comunicación al registro público en que estén inscritos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9, del nombre o nombres de dominio o direcciones de Internet que empleen para la prestación de servicios de la sociedad de la información.
  - b) No informar en la forma prescrita por el artículo 10.1 sobre los aspectos señalados en los párrafos b), c), d), e) y g) del mismo, o en los párrafos a) y f) cuando no constituya infracción grave.
  - c) El incumplimiento de lo previsto en el artículo 20 para las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos.
  - d) El envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 y no constituya infracción grave.
  - e) No facilitar la información a que se refiere el artículo 27.1, cuando las partes no hayan pactado su exclusión o el destinatario sea un consumidor.
  - f) El incumplimiento de la obligación de confirmar la recepción de una petición en los términos establecidos en el artículo 28, cuando no se haya pactado su exclusión o el contrato se haya celebrado con un consumidor, salvo que constituya infracción grave.
  - g) El incumplimiento de las obligaciones de información o de establecimiento de un procedimiento de rechazo del tratamiento de datos, establecidas en el apartado 2 del artículo 22, cuando no constituya una infracción grave.
  - h) El incumplimiento de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios cuando no constituya infracción grave.
  - i) El incumplimiento de lo establecido en el apartado 3 del artículo 10, cuando no constituya infracción grave».

**Tres.** Modificación del artículo 43, apartado 1, segundo párrafo de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

El segundo párrafo del apartado 1 del artículo 43 queda redactado como sigue:

«No obstante lo anterior, la imposición de sanciones por incumplimiento de las resoluciones dictadas por los órganos competentes en función de la materia o entidad de que se trate a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 38.2 de esta ley corresponderá al órgano que dictó la resolución incumplida.

Igualmente, corresponderá a la Agencia de Protección de Datos la imposición de sanciones por la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 38.3 c), d) e i) y 38.4 d), g) y h) de esta ley».

**Cuatro.** Modificación del artículo 43, apartado 2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. El apartado 2 del artículo 43 queda redactado como sigue.

«2. La potestad sancionadora regulada en esta ley se ejercerá de conformidad con lo establecido al respecto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en sus normas de desarrollo. No obstante, el plazo máximo de duración del procedimiento simplificado será de tres meses».

#### **Disposición adicional novena**

##### *Garantía de accesibilidad para las personas con discapacidad y de la tercera edad*

Los servicios, procesos, procedimientos y dispositivos de firma electrónica deberán ser plenamente accesibles a las personas con discapacidad y de la tercera edad, las cuales no podrán ser en ningún caso discriminadas en el ejercicio de los derechos y facultades reconocidos en esta ley por causas basadas en razones de discapacidad o edad avanzada.

#### **Disposición adicional décima**

##### *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

Se añade un apartado tres al artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con el siguiente tenor:

«Cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

#### **Disposición transitoria primera**

##### *Validez de los certificados electrónicos expedidos previamente a la entrada en vigor de esta ley*

Los certificados electrónicos que hayan sido expedidos por prestadores de servicios de certificación en el marco del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, mantendrán su validez.

#### **Disposición transitoria segunda**

##### *Prestadores de servicios de certificación establecidos en España antes de la entrada en vigor de esta ley*

Los prestadores de servicios de certificación establecidos en España antes de la entrada en vigor de esta ley deberán comunicar al Ministerio de Ciencia y

Tecnología su actividad y las características de los servicios que presten en el plazo de un mes desde la referida entrada en vigor. Esta información será objeto de publicación en la dirección de internet del citado ministerio con la finalidad de otorgarle la máxima difusión y conocimiento.

**Disposición derogatoria única**

*Derogación normativa*

Queda derogado el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta ley.

**Disposición final primera**

*Fundamento constitucional*

Esta ley se dicta al amparo del artículo 149.1.8.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 21.<sup>a</sup> y 29.<sup>a</sup> de la Constitución.

**Disposición final segunda**

*Desarrollo reglamentario*

1. El Gobierno adaptará la regulación reglamentaria del documento nacional de identidad a las previsiones de esta ley.
2. Así mismo, se habilita al Gobierno para dictar las demás disposiciones reglamentarias que sean precisas para el desarrollo y aplicación de esta ley.

**Disposición final tercera**

*Entrada en vigor*

La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto, mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley. En Madrid, 19 de diciembre de 2003.

*JUAN CARLOS R.*

El Presidente del Gobierno,  
*JOSÉ MARÍA AZNAR LÓPEZ*

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.781, de fecha  
23 de septiembre de 2003

**Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003**

HUGO RAFAEL CHÁVEZ FRÍAS  
PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 10 del artículo 236 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en Consejo de Ministros,

Decreta

El siguiente:

**REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE  
TELECOMUNICACIONES SOBRE EL SERVICIO UNIVERSAL  
DE TELECOMUNICACIONES**

**Título I**  
Disposiciones Generales

**Artículo 1. Objeto**

El presente Reglamento tiene por objeto regular la asignación, subsidio y control de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones que se establezcan para la prestación de servicios de telecomunicaciones en condiciones económicas asequibles, con estándares mínimos de calidad, penetración y acceso a los servicios, a los fines de impulsar el desarrollo social a través de las telecomunicaciones, con independencia de las zonas geográficas, promoviendo la integración nacional, la maximización del acceso a la información, el desarrollo de los servicios educativos y de salud y la reducción de las desigualdades de acceso a los

servicios de telecomunicaciones por parte de la población. Asimismo, a través del presente Reglamento se regula la administración y control del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 2. Principios rectores del Servicio Universal de Telecomunicaciones**

En la planificación, establecimiento, asignación y seguimiento de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones orientará su actuación a los siguientes principios:

1. Equidad, a los fines de procurar el desarrollo e integración del país,

atendiendo a los valores de justicia distributiva, solidaridad, reducción de la desigualdad de acceso y asequibilidad económica.

2. Continuidad en la prestación del servicio y en el mantenimiento de las condiciones de calidad del servicio que se establezcan al efecto.

3. Neutralidad en la planificación y en el establecimiento de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones que procure no favorecer a prestadores específicos ni conferir derechos de exclusividad o privilegiar tecnologías.

4. Transparencia en los mecanismos y en el manejo del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones, los cuales deberán ser realizados de manera objetiva, clara y pública, de conformidad con la ley y demás normas aplicables.

5. Igualdad de oportunidades para todos los participantes en los mecanismos de asignación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

6. Eficiencia en el establecimiento de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones y en la administración financiera de los recursos del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones.

### **Artículo 3. Definición y alcance social de las obligaciones**

Se entiende por obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones aquella que se asigne a un operador de servicios de telecomunicaciones a través de los mecanismos establecidos en el Título IV del presente Reglamento, en función de las necesidades de telecomunicaciones que determine la Comisión

Nacional de Telecomunicaciones y en atención a los propósitos de alcance social establecidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. A tal efecto, las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones tendrán por finalidad:

1. Coadyuvar a la disminución de los niveles de desincorporación de grupos sociales al proceso general que conforma y consolida la nación, generados por las barreras geográficas y las situaciones limitantes inherentes a la marginalidad social, a los fines de contribuir a la integración nacional.

2. Procurar maximizar el acceso a la información por parte de la población nacional a los servicios de telecomunicaciones y el desarrollo de la infraestructura necesaria, con el objeto de insertar a la población del país en la Sociedad del Conocimiento.

3. Procurar la existencia de servicios de telecomunicaciones que coadyuven a una mayor incorporación de la población al proceso educativo, a una diversificación y enriquecimiento de los medios de acceso y suministro de información y a elevar el nivel de las condiciones de acceso a las telecomunicaciones en los establecimientos educativos, a los fines de contribuir al desarrollo de la educación en el país.

4. Fomentar la promoción y desarrollo de la telemedicina, servicios de apoyo a emergencias y aumento de las condiciones de acceso a las telecomunicaciones en centros hospitalarios y ambulatorios, a fin de apoyar el desarrollo de los servicios de salud.

5. Aumentar los niveles de acceso a los servicios de telecomunicaciones, privilegiando a las áreas geográficas

donde tal acceso es inexistente o escaso, a los fines de lograr una reducción en las desigualdades de acceso.

**Artículo 4. Operador sujeto a las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

A los efectos de participar en los mecanismos de asignación de obligaciones de servicio universal se entiende por operador a toda persona debidamente habilitada o autorizada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones para la prestación de servicios de telecomunicaciones y para el establecimiento y explotación de redes de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos.

**Artículo 5. Actuación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones**

Corresponde a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, entre otros, determinar las necesidades de telecomunicaciones, la formulación de los proyectos asociados a las obligaciones de Servicio Universal de

Telecomunicaciones y la asignación de dichas obligaciones, de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el presente Reglamento.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones procurará lograr los propósitos del Servicio Universal de Telecomunicaciones establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el presente Reglamento, bajo un criterio de racionalidad económica e impacto social de los proyectos asociados a las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 6. Régimen Aplicable**

Todo lo no previsto en el presente Reglamento se regirá por los mecanismos y disposiciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos, demás normas aplicables, los pliegos de condiciones, las resoluciones que se dicten y los contratos que se celebren a los fines de dar cumplimiento a las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Título II**  
Del monto del subsidio

**Artículo 7. Del subsidio**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones subsidiará total o parcialmente con recursos del Fondo del Servicio Universal los costos de infraestructura a aquellos operadores a los que se les haya asignado obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.

**Artículo 8. Costos de infraestructura**

Se entenderá por costos de infraestructura aquellos atribuibles a los elementos, funciones y activos asociados a la instalación, planificación, mantenimiento y operación de la infraestructura necesaria para el cumplimiento de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 9. Determinación del subsidio máximo**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones estimará el monto del subsidio máximo, considerando la disponibilidad financiera del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones y el resultado del análisis económico-financiero de cada proyecto. En dicha estimación utilizará los costos totales estimados de prestación de los servicios por proyecto, procurándose la sostenibilidad de los mismos. El monto del subsidio máximo no podrá ser mayor al valor actualizado de los costos de infraestructura y tendrá carácter confidencial hasta el acto de calificación de las ofertas.

A efectos de evitar direccionamientos implícitos hacia determinados operadores, no se utilizará en la determinación del subsidio máximo, beneficios no monetarios específicos, la eventual utilización de economías de escala, la utilización de subvenciones interservicios ni cualquier otro factor económico o financiero que pueda representar una ventaja competitiva específica que atente contra la igualdad de oportunidades en el mecanismo de asignación de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 10. Restricciones para el otorgamiento del subsidio**

El monto del subsidio a otorgarse no podrá ser mayor al monto del subsidio máximo determinado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ni menor al monto del subsidio mínimo determinado por cada uno de los operadores interesa-

dos, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.

**Artículo 11. Determinación del monto de subsidio mínimo y subsidio efectivo**

Los operadores que manifiesten su interés y participen en los mecanismos de asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, realizarán el cálculo del monto del subsidio mínimo y del monto del subsidio efectivo, de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.

El monto del subsidio efectivo deberá ser igual o superior al monto del subsidio mínimo presentado.

**Artículo 12. Criterios para calcular el monto del subsidio mínimo**

El cálculo del monto del subsidio mínimo a que hace referencia el artículo anterior deberá garantizar la sostenibilidad del proyecto. A tales efectos, los operadores utilizarán la metodología de valor actual neto del flujo económico del proyecto, considerando lo siguiente:

1. Ingresos asociados a la prestación de la obligación de Servicio Universal, incluyendo aquellos ingresos que percibirá el operador por concepto de tráfico en sentido entrante hacia los usuarios que serán atendidos como consecuencia de la prestación del servicio asociado a la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

2. Costos de infraestructura definidos de conformidad con el artículo 8 del presente Reglamento.

3. Costos diferentes a los costos de infraestructura en que se incurra para la ejecución del proyecto y el

cumplimiento de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

4. Beneficios no monetarios calculados con base en un mayor reconocimiento de la marca e incremento de la reputación, publicidad en terminales públicos, ventajas comerciales, entre otros aspectos, el cual podrá tomar valor igual a cero.

5. El horizonte temporal a ser considerado en la determinación del valor actual neto del flujo económico, será establecido por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el pliego de condiciones, pudiendo coincidir con el tiempo estimado de duración de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones. El horizonte temporal podrá incorporar la reposición de los activos principales necesarios para el cumplimiento de dicha obligación.

6. La tasa de descuento establecida por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el pliego de condiciones.

7. El valor residual de los activos financiados con el Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones calculado de acuerdo al valor en libro de dichos activos.

8. Cualquier otro criterio particular que establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el pliego de condiciones.

#### **Artículo 13. Aprobación de las tarifas**

La calificación de la oferta presentada por un operador implicará la aprobación de las tarifas mínima y máxima indicadas por dicho operador.

En todo caso, las tarifas mínima y máxima que presenten los operadores deberán estar comprendidas dentro de los límites establecidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en el pliego de condiciones.

#### **Artículo 14. Otorgamiento del subsidio efectivo**

En los mecanismos abiertos de asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, se otorgará el subsidio a aquel operador cuya oferta haya sido calificada y que solicite el menor monto de subsidio efectivo para financiar los costos de infraestructura necesarios para el cumplimiento de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

### **Título III**

Determinación de las necesidades de telecomunicaciones y la formulación de Proyectos de Servicio Universal de Telecomunicaciones

#### **Capítulo I**

##### Disposición General

#### **Artículo 15. Fases**

Con el objeto de establecer las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión

Nacional de Telecomunicaciones deberá cumplir con las siguientes fases:

1. Determinación de necesidades: fase en la cual se realiza la identificación y evaluación de los requerimientos de servicios de telecomunicaciones en las zonas geográficas que serán abordadas en el cumplimiento de los propósitos del Servicio Universal de Telecomunicaciones, así como la determinación de los objetivos que deben ser cumplidos.

2. Formulación del proyecto: fase en la cual se realiza el diseño a nivel de sistema del soporte físico y lógico necesario para la prestación de los servicios objeto del proyecto en lapsos determinados y en ubicaciones específicas, así como la estimación económica de los costos relacionados, requerimiento de inversiones y políti-

cas tarifarias aplicables y la determinación de la información necesaria e índices específicos que permitan estimar la sostenibilidad del proyecto en el marco de financiamiento del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones.

3. Asignación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones: fase en la cual la Comisión Nacional de Telecomunicaciones asigna a un operador de telecomunicaciones una Obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones específica, de conformidad con los mecanismos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el presente Reglamento.

## Capítulo II

### Determinación de necesidades de telecomunicaciones

#### **Artículo 16. Plan de Desarrollo de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como mínimo, cada tres (3) años, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, revisará las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, a los fines de planificar, cuantificar y ampliar, de ser el caso, las referidas obligaciones, de conformidad con el presente Reglamento.

A tal efecto, establecerá un Plan de Desarrollo de Obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, en atención a estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica, entre otros, de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. El plan a que hace referencia el presente

artículo deberá ser sometido a consulta pública y se solicitará la participación de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia.

#### **Artículo 17. Lista de áreas geográficas y servicios sujetos a obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, atendiendo al Plan de Desarrollo de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, publicará anualmente en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en su portal oficial en Internet, la lista de áreas geográficas y servicios de telecomunicaciones sometidos a obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, dentro de los primeros treinta (30) días de cada año

calendario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

**Artículo 18. Criterios para la elaboración de las listas**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones a los efectos de la publicación de la lista a que se refiere el artículo anterior, procurará ajustar su actuación a los siguientes criterios:

1. Criterio de evaluación de los propósitos de Integración Nacional, que comprende:

- a. Maximización del universo de usuarios incorporados por servicio.
- b. Estimación de los efectos de la ejecución de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones en la comunidad beneficiada.

c. Nivel de incorporación de la población discapacitada y con necesidades sociales especiales.

2. Criterio de maximización del acceso a la información, a través de:

- a. Diversificación del acceso a las fuentes de información.
- b. Convergencia tecnológica.

3. Criterio de reducción de las desigualdades de acceso, a través de la maximización del universo de nuevos usuarios potenciales. El universo de nuevos usuarios potenciales es aquél referido a usuarios que no tendrían acceso si no se ejecutase la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

4. Cualquier otro que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estime conveniente.

**Capítulo III**

**Formulación de Proyectos de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

**Artículo 19. De las prioridades de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

En la formulación de los proyectos de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones se ajustará a las prioridades establecidas en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, asegurando los principios establecidos en el presente Reglamento y procurará dar prioridad a los proyectos con el mayor valor económico por unidad invertida del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones determinará el orden y lugar de atención de las necesidades de telecomunicaciones identificadas de conformidad con el Capítulo anterior.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en función de la satisfacción de las necesidades de telecomunicaciones, la evolución técnica, el desarrollo del mercado y de acuerdo con los planes que determine el Ejecutivo Nacional, podrá formular proyectos en los cuales se incorporen servicios de telecomunicaciones adicionales a los establecidos como prioritarios en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

**Artículo 20. Análisis**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en el desarrollo de la fase de formulación de proyectos, deberá efectuar el análisis del valor

actual neto del flujo económico del proyecto elaborado a fin de determinar el monto del subsidio máximo.

**Artículo 21. Atención a personas con condiciones especiales de acceso**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá velar que

todo proyecto de Servicio Universal de Telecomunicaciones asegure condiciones que permitan el acceso y utilización de los servicios de telecomunicaciones por parte de usuarios con discapacidad o con necesidades sociales especiales.

**Título IV**

**Mecanismos para la asignación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

**Capítulo I**

Disposiciones Generales

**Artículo 22. Mecanismos para la asignación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

A los fines de la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones empleará el mecanismo abierto de asignación establecido en el Capítulo II del presente Título, así como el mecanismo de asignación directa previsto en el Capítulo III del presente Título.

**Artículo 23. Requisito para optar por la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

Podrá optar por la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones cualquier operador de servicios de telecomunicaciones, con excepción de los prestadores de servicio de radiodifusión sonora y televisión abierta y de radiodifusión sonora y televisión abierta comunitarias, sin fines de lucro, de conformidad con la Ley Orgánica de

Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables.

**Artículo 24. Cómputo de los lapsos**

Todos los lapsos a los que se refiere el presente Título se computarán por días continuos. En consecuencia, todos los lapsos o términos cuya culminación coincida con días no hábiles para la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, culminarán el día hábil inmediato siguiente.

**Artículo 25. Suspensión y terminación**

Los lapsos en los cuales se ejecutarán los mecanismos para la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones podrán ser suspendidos en cualquier momento por un lapso de hasta veinte (20) días, cuando así lo estime conveniente la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, pudiendo ser prorrogada la suspensión por igual lapso. Asimismo, podrá la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dar por terminado el mecanismo de asignación por razones

de interés general o por la declaratoria de desierto, de conformidad con lo que al respecto establezca la Comisión.

**Artículo 26. Desistimiento del interés**

Los interesados en participar en el mecanismo abierto de asignación podrán retirarse del mismo manifestando su voluntad por escrito, hasta el día anterior al acto de calificación de ofertas.

En caso de que algún interesado se retirase con posterioridad al acto de calificación de oferta, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones ejecutará la fianza de participación respectiva.

**Artículo 27. Modalidad**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones otorgará al operador de servicios de telecomunicaciones sobre quien recaiga la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones en el área geográfica previamente delimitada a tal efecto, la modalidad de servicio universal a ser incorporada a los títulos o constancias de notificación que posean.

**Artículo 28. Régimen temporal de la obligación**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones indicará en el pliego de condiciones la duración de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la cual no podrá ser inferior a cinco (5) años.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en atención a las circunstancias de hecho que imperen con anterioridad al vencimiento de una obligación de Servicio Universal

de Telecomunicaciones y oída la opinión de la Junta de Evaluación y Seguimiento de proyectos, así como del operador sujeto a la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, podrá prorrogar por una vez la vigencia de la obligación, la cual no podrá exceder de su lapso original.

La prórroga de la obligación de Servicio Universal de telecomunicaciones deberá preverse en el pliego de condiciones.

**Artículo 29. Culminación anticipada de la obligación**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, oída la opinión de la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos podrá, previo informe de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, declarar concluidas anticipadamente las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

El régimen aplicable al operador en caso de culminación anticipada será determinado en el acto de asignación de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 30. Definición de ampliación de las obligaciones de Servicio universal de Telecomunicaciones**

A los efectos del presente Reglamento, se entiende por ampliación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones el aumento en el nivel de penetración de los servicios prestados bajo la modalidad de Servicio Universal de Telecomunicaciones, dentro del ámbito geográfico del proyecto que será objeto de ampliación.

**Artículo 31. Procedencia de la ampliación**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para alcanzar los fines del Servicio Universal de Telecomunicaciones, oída la opinión favorable de la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, podrá ampliar las obligaciones que hubiese asignado cuando la demanda de servicio dentro del área geográfica no pueda ser satisfecha bajo los parámetros del proyecto original.

**Artículo 32. Mecanismo para la ampliación de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones**

Para llevar a cabo la ampliación de una obligación del servicio universal, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones utilizará el mecanismo de asignación directa previsto en el presente Reglamento.

**Capítulo II**

Mecanismo abierto de asignación

*Sección I : Disposiciones Generales*

**Artículo 33. Fases**

El mecanismo abierto de asignación se dividirá en dos fases, una fase de calificación y una fase de asignación.

En la fase de calificación se determinarán las ofertas presentadas por los operadores que cumplen con los extremos requeridos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones. Tales ofertas recibirán la categoría de calificadas.

En la fase de asignación se escogerá entre las ofertas calificadas aquella que requiera el menor monto de subsidio de parte del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones. Mediante contrato suscrito entre el operador y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones se desarrollarán los términos y condiciones de cumplimiento de la obligación.

**Artículo 34. Declaratoria de mecanismo desierto**

El mecanismo abierto de asignación podrá ser declarado desierto en los casos siguientes:

1. Cuando fijada la oportunidad para retirar el pliego de condiciones no concurra interesado alguno a adquirirlo.
2. Cuando no se presenten por lo menos dos ofertas en el acto público de recepción de ofertas.
3. Cuando no hubiesen calificado al menos dos de las ofertas presentadas por los participantes.
4. Cuando todos los participantes retiren sus ofertas.
5. Cuando todos los interesados hayan solicitado un monto de subsidio efectivo superior al monto de subsidio máximo establecido por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o inferior al monto del subsidio mínimo determinado por el interesado respectivo.

**Artículo 35. Ofertas válidas**

Se entenderán como ofertas válidas aquellas que cumplan en conjunto con los requisitos y recaudos técnicos, sociales, económicos y legales exigidos por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, conforme a la ley, los reglamentos, demás disposiciones aplicables y el pliego de condiciones.

**Artículo 36. Opciones derivadas de la declaratoria de desierto**

Una vez verificado alguno de los supuestos establecidos en el artículo

34 del presente Reglamento la Comisión Nacional de Telecomunicaciones decidirá, según la naturaleza del caso, entre la reformulación del proyecto o la asignación directa de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, según lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título.

Cuando se optare por la reformulación del proyecto, deberá tramitarse el mecanismo abierto de asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones previsto en el presente Reglamento.

*Sección II: Inicio del mecanismo y calificación de ofertas*

**Artículo 37. Inicio del mecanismo**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, una vez formulado el proyecto de Servicio Universal de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Título III del presente Reglamento y aprobado por la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, dictará el acto que dará inicio al mecanismo abierto de asignación, en el cual ordenará la publicación de la convocatoria a participar en el mismo. Dicha convocatoria deberá hacerse a través del portal oficial en Internet de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y en (2) dos diarios de circulación en el territorio nacional.

En todo caso, se podrán utilizar, además de los expresamente previstos, otros medios para hacer del conocimiento público la convocatoria a participar en el mencionado mecanismo.

**Artículo 38. Convocatoria a participar en el mecanismo**

La convocatoria a que hace referencia el artículo anterior será

realizada, con por lo menos dos (2) días de diferencia entre una y otra publicación en los diarios referidos, y deberá contener como mínimo, lo siguiente:

1. Identificación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones como ente que convoca el mecanismo abierto de asignación.

2. Determinación del ámbito geográfico del proyecto de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

3. Indicación de los servicios a ser prestados.

4. Lapso, lugar y horario en el que los interesados podrán adquirir el pliego de condiciones.

5. Día, lugar y hora prevista para la realización del acto público de recepción de ofertas.

6. Día, lugar y hora prevista para que tenga lugar el acto público de apertura de los sobres contentivos de la determinación que hagan los interesados del monto de subsidio efectivo.

7. Valor del pliego de condiciones y modalidad de pago del mismo, con indicación de que su adquisición es obligatoria para participar en el

mecanismo de asignación de las obligaciones de Servicio Universal.

**Artículo 39. Pliego de condiciones**

Dentro de los quince (15) días siguientes a la última de las publicaciones a que se refiere el artículo anterior, los interesados podrán adquirir el pliego de condiciones para participar en el mecanismo abierto de asignación. En dicho pliego se establecerá, como mínimo, lo siguiente:

1. Descripción del ámbito geográfico del proyecto, señalando las zonas a ser atendidas a través de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, con especificación de los centros poblados a ser atendidos y la densidad de penetración que se pretende alcanzar, de conformidad con el cronograma que se establezca al efecto.

2. Indicación de los servicios de telecomunicaciones a ser prestados.

3. Tiempo de duración estimada de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, así como, la posibilidad de prorrogar por una vez la vigencia de esta obligación.

4. Descripción de la situación socioeconómica de la zona a ser atendida.

5. Descripción del nivel mínimo de calidad para la prestación del servicio.

6. Tiempo máximo de instalación e inicio de operaciones.

7. Recaudos técnicos, sociales, legales y económicos que debe aportar el operador.

8. Requerimiento de garantías de fiel cumplimiento de la obligación.

9. Términos de la fianza de participación.

10. Las tarifas máxima y mínima fijadas por la Comisión Nacional de

Telecomunicaciones y la tasa de descuento.

11. Las porciones del espectro radioeléctrico disponibles a los fines del proyecto, de ser el caso

12. Tratamiento de la reposición de la infraestructura y del manejo contable de la depreciación.

13. Indicación de las condiciones para la administración y gestión de los equipos terminales por personas diferentes al operador al que se le asigne la obligación de Servicio Universal, de ser el caso.

14. Cualquier otra condición o información que sin contrariar los principios establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el presente Reglamento sea requerida por la naturaleza del proyecto.

**Artículo 40. Observaciones y aclaratorias de los interesados**

Durante un lapso de quince (15) días contados a partir de la culminación del lapso establecido en el artículo anterior, los interesados en la asignación de obligaciones de Servicio Universal mediante el mecanismo abierto de asignación podrán presentar observaciones o solicitar aclaratorias respecto de lo establecido en el pliego de condiciones por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

**Artículo 41. Análisis de las observaciones y aclaratorias**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones contará con un lapso de diez (10) días para evaluar las observaciones y hacer las aclaratorias solicitadas por los interesados. La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá acoger o rechazar las observaciones e incluso modificar las condiciones establecidas en el pliego

de condiciones, no pudiendo realizar modificación alguna a partir de la culminación del lapso para evaluar las observaciones y hacer las aclaratorias solicitadas por los interesados.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá hacer del conocimiento de todos los participantes las modificaciones al pliego de condiciones, de ser el caso.

**Artículo 42. Acto público de recepción de ofertas**

Una vez culminado el lapso establecido en el artículo anterior para dar respuesta a las observaciones y aclaratorias, comenzará a transcurrir un lapso de tres (3) meses a cuya culminación tendrá lugar el acto público de recepción de ofertas, en el lugar y hora previstos en el pliego de condiciones. En este acto, el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o la persona que éste designe a tal efecto, recibirá de parte de los interesados los recaudos relativos a la documentación técnica, económica, social y legal que corresponda a sus respectivas ofertas, de lo cual se levantará un acta en la cual se dejará constancia de la presentación de las ofertas, la cual deberá ser firmada por los interesados o sus representantes debidamente acreditados.

A tal efecto, en el acto público de recepción de ofertas, se ordenará el depósito del sobre contentivo de dicho monto en la bóveda de seguridad de la entidad bancaria que a tal efecto determine la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, junto con los sobres contentivos del monto de subsidio efectivo requerido por cada uno de los operadores interesados.

**Artículo 43. Contenido de las ofertas**

Las ofertas que presenten los participantes en el acto público a que se refiere el artículo anterior deberán ajustarse a lo establecido en el pliego de condiciones. En todo caso, las ofertas deberán contener, como mínimo, lo siguiente:

1. Identificación del operador interesado y de su representante legal en el mecanismo abierto de asignación.

2. Descripción de los niveles de calidad ofrecidos para el servicio a prestar.

3. Indicación del monto de subsidio efectivo y del monto de subsidio mínimo.

4. Descripción clara y precisa del proyecto a implementar, del cual deben desprenderse, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a. Capacidad técnica del participante para la realización de la actividad de telecomunicaciones correspondiente.
- b. Adecuación a los planes técnicos del sector de telecomunicaciones en Venezuela.
- c. Uso efectivo y eficiente de los recursos limitados de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables.
- d. Interoperabilidad de las redes e interfuncionamiento de los servicios de telecomunicaciones.
- e. Continuidad en la prestación de los servicios.
- f. Acceso en condiciones de calidad y disponibilidad a todos

los usuarios del servicio dentro de la zona de cobertura del mismo, de acuerdo al cronograma establecido a tal efecto.

- g. Capacidad técnica de cumplimiento de los niveles de calidad ofrecidos.
- h. Ingeniería básica del proyecto.
- i. Sostenibilidad del proyecto con la incorporación del monto del subsidio mínimo.
- j. Cronograma de erogaciones.

5. Dirección en la cual se realizarán las notificaciones pertinentes. En cualquier caso, el interesado podrá señalar una dirección de correo electrónico a tales efectos.

6. Fianza de participación y el compromiso de otorgar garantías de fiel cumplimiento, en caso de asignársele la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

#### **Artículo 44. Forma de presentación de los recaudos**

Todos los recaudos contentivos de la oferta deberán ser presentados por los interesados en el acto de recepción de ofertas. La información relativa al monto del subsidio efectivo deberá ser consignada en sobre cerrado y separado del resto de los recaudos.

El sobre contentivo del monto de subsidio efectivo requerido para llevar a cabo el proyecto de Servicio Universal de Telecomunicaciones será depositado a resguardo en la bóveda o caja de seguridad que determine la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos.

#### **Artículo 45. Aclaratorias solicitadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones**

A partir de la realización del acto público de recepción de ofertas comenzará a correr un lapso de veinte (20) días, dentro de los cuales la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá solicitar aclaratorias a los operadores que hubiesen consignado alguna oferta. Los participantes dispondrán de cinco (5) días para dar respuesta a tal solicitud.

#### **Artículo 46. Conclusión de la evaluación de las ofertas**

Una vez concluido el lapso establecido en el artículo anterior para solicitar aclaratorias, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones concluirá con la evaluación de las ofertas, debiendo decidir acerca de la calificación o no de las mismas al término de quince (15) días. Tal término podrá ser prorrogado hasta por quince (15) días adicionales y por una sola vez por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

#### **Artículo 47. Calificación de ofertas**

Luego de culminado el lapso establecido en el artículo anterior, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, oída la opinión favorable de la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, calificará las ofertas que cumplan con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, indicando expresamente el monto mínimo de subsidio establecido por cada uno de los participantes. En ningún caso, podrá ser calificada una oferta cuyo monto de subsidio mínimo supere al monto de subsidio máximo

establecido por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones publicará en dos (2) diarios de circulación en el territorio nacional y en su portal oficial en Internet, un aviso en el cual se indique los operadores que resultaron

calificados, así como el día, lugar y hora en que se efectuará el acto público de apertura de los sobres contentivos del monto del subsidio efectivo. Igualmente, notificará individualmente a cada uno de los participantes cuyas ofertas no hayan sido calificadas.

*Sección III: De la fase de asignación*

**Artículo 48. Inicio**

Las ofertas calificadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones pasarán a la fase de asignación.

**Artículo 49. Acto público de apertura de los sobres contentivos del monto de subsidio efectivo**

El Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones o la persona que éste designe a tal efecto, dará lectura al monto correspondiente al subsidio efectivo que haya presentado cada uno de los participantes cuyas ofertas hayan sido calificadas, seguidamente dará lectura al monto de subsidio máximo establecido por la Comisión Nacional de Telecomunicación, de lo cual se levantará un acta, en la que se dejará constancia de lo ocurrido y que deberá ser firmada por el representante de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y por los participantes o sus representantes debidamente acreditados.

**Artículo 50. Otorgamiento de la buena pro**

En el acto a que se refiere el artículo anterior, se otorgará la buena pro a aquel participante que hubiese solicitado el monto de subsidio

efectivo más bajo, siempre que dicho monto fuese igual o superior al monto de subsidio mínimo establecido en su oferta y menor o igual al monto del subsidio máximo establecido por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

**Artículo 51. Solicitudes de monto de subsidio efectivo idéntico**

En caso de que dos o más operadores participantes soliciten el mismo monto de subsidio efectivo y que éste resulte ser el más bajo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tendrá un lapso de diez (10) días para otorgar la buena pro a aquel operador que vista su capacidad técnica y financiera, así como la cercanía de su capacidad instalada al área geográfica objeto de la obligación y experiencia en la consecución de los fines perseguidos, satisfaga de manera más adecuada el interés público.

**Artículo 52. Cronograma de pagos**

Con el otorgamiento de la buena pro se entenderá aprobado el cronograma de erogaciones de recursos del Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones propuesto en la oferta del operador.

### Capítulo III

#### Mecanismo de asignación directa

##### Artículo 53. Supuesto de Procedencia

Cuando hubiese sido declarado desierto el mecanismo abierto de asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá escoger entre reformular el proyecto o utilizar el mecanismo de asignación directa previsto en este Capítulo.

##### Artículo 54. Acto de inicio del mecanismo de asignación directa

El Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, mediante resolución, dictará el acto que dará inicio al mecanismo de asignación directa dirigido al operador que estime deba ser destinatario de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, vista su capacidad técnica y financiera, así como la cercanía de su capacidad instalada al área geográfica objeto de la obligación y experiencia en la consecución de los fines perseguidos. Dicho acto contendrá, al menos, lo siguiente:

1. Descripción del ámbito geográfico del proyecto, señalando las zonas a ser atendidas a través de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, con especificación de los centros poblados beneficiados y la penetración que se pretende alcanzar de conformidad con el cronograma que se establezca al efecto.

2. Indicación de los servicios a ser prestados.

3. Tiempo de duración estimada de la obligación de Servicio Universal.

4. Descripción aproximada de la situación socioeconómica de la zona a ser atendida.

5. Descripción del nivel mínimo de calidad del servicio a ser prestado.

6. Tiempo máximo de instalación e inicio de operaciones.

7. Requerimiento de garantías de fiel cumplimiento de la obligación.

8. Tarifas máxima y mínima, así como la tasa de descuento.

9. Porciones del espectro radioeléctrico disponibles a los fines del proyecto, de ser el caso.

10. Tratamiento de la reposición de la infraestructura y limitaciones al manejo contable de la depreciación.

11. Indicación de las condiciones para la administración y gestión de los equipos terminales por personas diferentes al operador al que se le asigne la obligación de Servicio Universal de telecomunicaciones, de ser el caso.

12. Lapso para la presentación de la oferta, el cual no podrá ser menor de quince (15) días ni superior a sesenta (60).

13. Cualquier otra condición o información que sin contrariar los principios establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el presente Reglamento sea requerida por la naturaleza del proyecto.

##### Artículo 55. Contenido de la oferta

La oferta que presente el operador, de conformidad con las disposiciones de este Capítulo, deberá ajustarse a lo establecido en el acto de apertura a que se refiere el artículo anterior. En todo caso, la oferta deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

1. Descripción de los niveles de calidad ofrecidos para el servicio a prestar.

2. Indicación del monto de subsidio solicitado.

3. Descripción clara y precisa del proyecto a implementar, del cual debe desprenderse como mínimo los siguientes aspectos:

- a. Adecuación a los planes técnicos del sector de telecomunicaciones en Venezuela.
- b. Uso efectivo y eficiente de los recursos limitados de telecomunicaciones, de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables.
- c. Interoperabilidad de las redes e interfuncionamiento de los servicios de telecomunicaciones.
- d. Continuidad en la prestación de los servicios.
- e. Acceso en condiciones de calidad y disponibilidad a todos los usuarios del servicio dentro de la zona de cobertura del mismo, de acuerdo al cronograma establecido a tal efecto.
- f. Capacidad técnica de cumplimiento de los niveles de calidad ofrecidos.
- g. Ingeniería básica del proyecto.

4. Dirección en la cual se realizarán las notificaciones pertinentes. En cualquier caso, el operador podrá

señalar una dirección de correo electrónico a tales efectos.

#### **Artículo 56. Evaluación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones**

Culminado el lapso a que se refiere el numeral 12 del artículo 54 del presente Reglamento, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones dispondrá de un lapso de diez (10) días para evaluar la oferta del operador.

En caso que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones estime que la oferta del operador cumple con todos los parámetros y requerimientos establecidos, la aceptará y procederá a la asignación de la obligación y a suscribir el contrato respectivo. En caso contrario, se abrirá una fase de conciliación.

#### **Artículo 57. Fase de conciliación**

La fase de conciliación tendrá una duración máxima de veinticinco (25) días, sin embargo, de alcanzarse un acuerdo antes del vencimiento de dicho lapso, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones asignará la obligación y procederá a suscribir el contrato respectivo.

Culminada la fase de conciliación sin haberse alcanzado el acuerdo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá optar entre la reformulación del proyecto de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, en cuyo caso iniciará el mecanismo abierto de asignación, o asignar directamente la obligación, en los términos y condiciones que considere más convenientes para el interés público.

**Título V**  
Seguimiento de las obligaciones de Servicio Universal  
de Telecomunicaciones

**Capítulo I**  
De los mecanismos de control

**Artículo 58. Actuación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones**

A los fines del seguimiento y control de las obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones realizará todas las actuaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones y la continuidad en la prestación del servicio.

**Artículo 59. Nivel de calidad de servicio**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, a los fines de ejercer el control y seguimiento de la calidad del servicio, verificará el cumplimiento de los niveles de calidad que se establezcan.

**Artículo 60. Utilización de la infraestructura**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, periódicamente, realizará inspecciones sobre la utilización de la infraestructura destinada al cumplimiento de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, con el objeto de verificar el respeto al régimen de los bienes, según lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y en el Capítulo II del Título V del presente Reglamento.

**Artículo 61. Sanciones aplicables**

En caso de verificarse, mediante la sustanciación de un procedimiento administrativo, el incumplimiento por parte de un operador de las previsiones, actividades y cargas derivadas de la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, se aplicarán las sanciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y las consecuencias establecidas en los contratos celebrados o, en su defecto, en el pliego de condiciones.

**Artículo 62. Comportamiento económico**

La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos realizará el seguimiento y evaluación del comportamiento económico financiero de la actividad del operador, con ocasión de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones. Tal seguimiento y evaluación se realizará como mínimo una vez cada seis (6) meses en el lapso comprendido entre la asignación de la obligación y el segundo año de operación y, como mínimo, anualmente a partir del tercer año de operación. A tales efectos, los operadores suministrarán los estados financieros representativos de dicha operación.

**Artículo 63. Evaluación del comportamiento económico**

En la evaluación del comportamiento económico financiero, la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos deberá determinar la correspondencia y variaciones en relación con el pronóstico de comportamiento económico financiero; diagnosticar los factores que pueden influir en el mantenimiento y en las variaciones pertinentes, así como estimar la evolución a corto y mediano plazo de la operación. En particular, deberá vigilar cualquier indicativo que pudiera señalar tendencias hacia un posible incumplimiento de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 64. Separación contable**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá, en el momento que considere oportuno, solicitar a los operadores sujetos a obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones, la separación contable de cada uno de los servicios prestados,

exigiendo la implementación de un sistema de costos basado en actividades y regido por principios de causalidad, que permita reflejar la distribución de los costos, en función a las actividades requeridas para la prestación de cada servicio.

En todo caso, los operadores a quienes se les haya asignado obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones deberán registrar los ingresos y costos derivados de la operación que ejecuten para cumplir con cada una de las obligaciones en cuentas separadas, de modo de permitir el seguimiento y evaluación del comportamiento económico financiero de cada operación.

La Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos solicitará la colaboración del Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para que en nombre de ésta solicite y recaude la información pertinente, la cual será remitida a la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos.

**Capítulo II**

Régimen de los bienes

**Artículo 65. De la infraestructura subsidiada**

La infraestructura que un operador adquiera para ser empleada en el cumplimiento de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones y sea subsidiada por el Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones será considerada propiedad del operador una vez cumplida tal obligación y se determine la existencia de competencia efectiva en el mercado respectivo, oída la opinión de la

Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, con las limitaciones establecidas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y demás normas aplicables.

En caso del incumplimiento previsto en el numeral 1 del artículo 171 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en concordancia con el artículo 61 de este Reglamento, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá, reasignar la infraestructura subsidiada, a otro operador

que demuestre a través de un nuevo proceso de asignación de obligaciones poder continuar con las actividades y cargas derivadas de la asignación de obligaciones de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 66. Sustitución o reposición de la infraestructura**

La infraestructura subsidiada total o parcialmente con recursos del Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones y empleada por un operador para la satisfacción de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones podrá ser sustituida o repuesta por los operadores por concepto de mantenimiento preventivo y correctivo, así como por adecuación menor de planta, siempre que:

1. Sea reemplazada por infraestructura de similar calidad.
2. No implicare un cambio sustancial a la estructura de costos de la operación y,
3. Se garantice la continuidad en la prestación del servicio en las condiciones de calidad establecidas.

Tales sustituciones o reposiciones serán notificadas periódicamente a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y no implicarán erogación adicional del Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

El resto de las reposiciones o sustituciones que se originen por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias extraordinarias deberán someterse a la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la cual de considerarlo conveniente y oída la opinión favorable de la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, podrá acordar erogaciones adicionales a tales fines.

**Artículo 67. Utilización de la infraestructura para la prestación de otros servicios**

La infraestructura subsidiada total o parcialmente con recursos del Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones y empleada por un operador para la satisfacción de una obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones, podrá ser utilizada por el operador previa autorización de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para la prestación de otros servicios que no sean objeto de la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones o para arrendarla parcialmente, siempre que tales actividades no afecten la continuidad en la prestación del servicio sometido a la obligación de Servicio Universal de Telecomunicaciones ni menoscaben su calidad o la ejecución del programa de despliegue de infraestructura establecido en el proyecto.

**Título VI**  
Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones

**Artículo 68. Recursos del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones**

El Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones está constituido por los aportes y rendimientos que le corresponden de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, los cuales serán registrados en la contabilidad general de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la partida contable denominada Fondo de Servicio Universal de Telecomunicaciones.

**Artículo 69. Donaciones**

Las donaciones que se hiciesen a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones con destino al Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones serán únicamente en dinero. Las donaciones no podrán perseguir un fin distinto al establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables. Corresponderá al Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la aceptación de dichas donaciones.

**Artículo 70. Mecanismos de control**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá presentar, dentro de los veinticinco (25) días continuos siguientes a la finalización de cada trimestre del año calendario, un informe a la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, referido al manejo administrativo del Fondo del

Servicio Universal de Telecomunicaciones.

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá hacer público un informe anual con la finalidad de reflejar los aportes realizados y los montos de subsidio que se hubiesen otorgado, como también el estado de los proyectos en ejecución, las áreas atendidas, el beneficio social obtenido, entre otros aspectos, de conformidad con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Para la elaboración de dicho informe, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá requerir toda la información que estime necesaria a los operadores involucrados.

La publicación del informe anual se realizará dentro los cuarenta y cinco (45) días continuos siguientes a la finalización de cada año calendario.

**Artículo 71. Resultados auditados**

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones pondrá a la disposición de todos los operadores que aportan al Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones, la información relativa a las auditorias realizadas sobre su manejo, dentro de los primeros cuatro (4) meses del año calendario. A tal efecto, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones hará pública la disponibilidad de estos resultados y dispondrá de un lapso de quince (15) días continuos para entregar esta información al operador que lo solicite por escrito, quien podrá hacer a la Comisión Nacional de Tele-

comunicaciones las observaciones que juzgue conveniente, en un lapso de quince (15) días continuos luego de recibida la información.

**Artículo 72. Representante de los operadores**

El representante de los operadores en la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Ser mayor de edad;
2. No estar sometido a interdicción de ningún tipo;
3. Tener experiencia e idoneidad técnica y profesional comprobada en el sector de las telecomunicaciones o en el desarrollo de programas sociales.

**Artículo 73. Representantes de los Ministerios**

Los representantes de los Ministerios a que hace referencia el artículo 56 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, deberán cumplir con las siguientes condiciones:

1. Ser mayor de edad.
2. No estar sometido a interdicción de ningún tipo.
3. Tener la condición de funcionario público del Ministerio respectivo.

Dado en Caracas a los diecinueve días del mes de septiembre de, 2003. Años 193° de la Independencia y 144° de la Federación.

(L.S.)

HUGO CHÁVEZ FRÍAS

**Artículo 74. Solicitud de información**

A los fines de velar por la rentabilidad y liquidez de las operaciones financieras del Fondo del Servicio Universal de Telecomunicaciones, la Junta de Evaluación y Seguimiento de Proyectos de Servicio Universal de Telecomunicaciones podrá solicitar en cualquier momento a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones el informe del manejo administrativo de los recursos del Fondo, pudiendo realizar las observaciones que estime pertinentes.

**Disposición Final**

**Única.** El presente Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

**Disposición Transitoria**

**Única.** Durante los dos (2) primeros años de vigencia del presente Reglamento, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá elaborar el Plan de Desarrollo de Obligaciones de Servicio Universal a que hace referencia el artículo 15 del presente Reglamento, con lapsos de vigencia de un (1) año.

---

## **JURISPRUDENCIA**



# Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Giuseppe Urso Cedeño\*

---

Con fundamento en el numeral 8° del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela<sup>1</sup>, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 5 de agosto de 2003, declaró CON LUGAR el recurso de colisión de normas legales que fuera interpuesto por los apoderados judiciales de la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, determinando que “... son estas últimas las aplicables al caso de fijación de tarifas en lo relativo al servicio de telecomunicaciones.”

Al respecto, las normas cuya colisión fueran denunciadas, presuponían, en el caso del artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la facultad en cabeza del Ministro correspondiente de fijar mediante Resolución, el precio máximo de venta de los bienes y de las prestaciones de servicios, que previamente hubieran sido declaradas como de “primera necesidad”<sup>2</sup>, entendiéndose que tal condición de los bienes y servicios, tendría que ser fijada por el Presidente de la República en Consejo de Ministros mediante Decreto.

\* Abogado y Especialista en Derecho Tributario de la Universidad Central de Venezuela, Profesor del Instituto de Desarrollo Profesional de los Colegios de Contadores Públicos del Distrito Federal y del Estado Miranda, miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Financiero, miembro del Departamento de Legal e Impuestos de Deloitte Venezuela (Romero-Muci & Asociados).

<sup>1</sup> Artículo 336 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “*Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: (...)*”

<sup>2</sup> 8. *Resolver las colisiones que existan entre las diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.*”

<sup>2</sup> Artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario: “*El Ministerio o los Ministerios, según el caso, que tengan asignadas las competencias en materia de precios y tarifas, podrá establecer mediante resolución, el precio máximo de venta o de prestación de servicios al público, en todo o en parte del Territorio Nacional, para aquellos bienes y servicios que hayan sido declarados de primera necesidad. A tal efecto, tomará en cuenta la calidad, los*”

Se trataba de un esquema, que en cierta medida pudiera calificarse de dúctil, toda vez que, conforme al artículo 5 del citado texto legislativo, fuera de los bienes y servicios calificados de “primera necesidad”, el Ejecutivo Nacional “*Cuando las circunstancias económicas y sociales así lo requieran, a fin de garantizar el bienestar de la población y evitar distorsiones en la economía...*” bien podía proceder a “... *dictar las medidas necesarias, en todo o en parte del territorio nacional, destinadas a evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios declarados o no de primera necesidad*”.

Lo anterior, obviamente se corresponde con las nociones de un Estado intervencionista, en el que éste se presenta con un papel preponderante en la fijación de los precios.

Por su parte, la normativa correspondiente a los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>3</sup> parte del concepto fundamental que inspiró al legislador nacional en el año 2000, esto es - la libertad - en el caso que nos ocupa, la de los operadores de servicios de telecomunicaciones para establecer el monto a cobrar por los servicios ofertados al público, únicamente previendo limitaciones en dos supuestos específicos, cada uno de ellos, con un objetivo distinto, pero en ningún caso sin llegar a desconocer el postulado general que informa a la Ley, que no ha sido otro que ofrecer condiciones económicas atractivas para la entrada de nuevos actores, bajo un escenario de libre competencia.

*costos de producción y de comercialización, la denominación, la forma, condición de empaque y de presentación, el tamaño, peso y contenido por unidad comercializable, así como también los elementos que entran en la composición o preparación de los bienes, los cuales no podrán ser alterados en perjuicio del consumidor o de los usuarios”.*

<sup>3</sup> Artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “*Los prestadores de servicio 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 Comisión Nacional de Telecomunicaciones, su propuesta de tarifa máxima y mínima, 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 una posición de dominio, por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, 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, oída la recomendación que al efecto haga la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, las cuales estarán vigentes hasta que existan condiciones que permitan la competencia efectiva de 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 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones: “*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 trata, como bien lo apunta la doctrina nacional<sup>4</sup>, que el Estado haya dejado de tener presencia o influencia en esta área de la economía nacional, sino que su acento fundamental ha cambiado el centro de gravedad, para orientarse al control de los operadores de servicios, ya bien sea, en la vertiente del otorgamiento de habilitaciones administrativas o concesiones, o bien, en el resguardo de la correcta prestación de los servicios, a efectos de garantizar principalmente, la calidad y eficiencia de los mismos.

Al respecto, conforme lo preconiza el aludido artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la libre fijación de precios debía respetar:

- (i) En primer lugar, los servicios prestados en función de una obligación de servicio universal, ello, apuntamos, con el objeto de resguardar el cumplimiento de objetivos sociales, y de los cuales se dan cuenta en la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al señalar:

“... el Servicio Universal es una herramienta con la que cuenta el Estado para lograr la satisfacción de propósitos de integración nacional, maximización del acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud y reducción de las desigualdades de acceso a los servicios de telecomunicaciones de la población. De allí que el Servicio Universal se orientará principalmente a los servicios en áreas no urbanas o en lugares considerados de interés estratégico o social”.

- (ii) Luego, para los casos en que exista “...una posición de dominio, por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, monopolios, oligopolios u otras formas de dominio de mercado...”, el artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, faculta al ente regulador para fijar tarifas mínimas o máximas, con el fin de garantizar la libre competencia y competencia de los operadores. Es decir, el Estado reserva su actuación, para aquellos casos en que determinadas conductas de los operadores de servicios, puedan ser consideradas como contrarias a la libertad de competir, y que por lo

*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”.*

<sup>4</sup> “... además de la apertura de este sector, el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones en régimen de libre competencia pareciera ser la intención del legislador y no la eliminación o disminución de una injerencia Estatal sobre la misma, propia y necesaria en las actividades llamadas de “interés público”. Por el contrario, la propia LOTEL reconoce el interés general que incide esta actividad y sobre la base de ello, la somete a ciertas restricciones y controles.” BLANCO-URIBE, Mariela: “Derecho a Realizar Actividades de Telecomunicaciones, Habilitaciones y Concesiones”, en *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Andersen Legal, Caracas, 2001, p. 84.

tanto generaran distorsiones en el sector, amparándose para ello en la opinión calificada del organismo especializado en la materia, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (artículo 214 *ejusdem*).

En este marco, la Sala Constitucional, como previo a la resolución del conflicto, muestra cuál sería el camino interpretativo que utilizaría para la resolución de la colisión denunciada:

“La resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que resulta aplicable, con la salvedad de que esta Sala –y antes la Corte Suprema de Justicia en Pleno- tiene el poder de que su declaración tenga carácter vinculante y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma.

*A partir del fallo de esta Sala, entonces, el dilema desaparece: ya no habría conflicto, pues la sentencia decide cuál norma aplicar y cuál no. Es un caso típico de sentencia declarativa de certeza, pues elimina la incertidumbre sobre una situación controvertida, y lo hace de manera definitiva.*

*Entre esos principios se destaca, en el caso de autos, el de la especialidad: será de aplicación preferente aquella norma que se refiere de manera más concreta al aspecto debatido, que no es otro que la fijación de tarifas para el sector de las telecomunicaciones. Siendo así, no cabe duda que el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario debe ceder a favor de los artículos 145 y 214 de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que la fijación de esas tarifas corresponde a las operadoras respectivas, reservándose a CONATEL el poder para aprobarlas, si bien existen casos -cuando la competencia en el mercado no sea “efectiva”- en los que CONATEL puede hacerlo directamente”.*

Ahora bien, como puede inferirse del punto debatido, y no obstante haberse silenciado en la decisión, el enfrentamiento normativo no se limitaba simplemente a resolver una antinomia legislativa, sino que las diferencias en la determinación del esquema tarifario aplicables a los operadores de servicios de telecomunicaciones, implicaban una modificación sustancial de las condiciones económicas que constituyeron y propulsaron la apertura de los servicios de telefonía en nuestro país.

Es decir, la duplicidad de regímenes aplicables al establecimiento de las tarifas del sector de telecomunicaciones, suponía un abierto enfrentamiento a la garantía de seguridad jurídica, lo que se concreta en la representación de los distintos escenarios económicos y jurídicos que prudentemente habían podido trazarse y evaluar las empresas e inversionistas.

Finaliza el Tribunal Supremo precisando:

***“...Por tanto, en virtud de su carácter especial, debe entenderse que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevalece sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en lo relacionado con la competencia para la fijación de las tarifas. Así se declara.***

*Si bien esta Sala se ha basado en la especialidad de la norma para dar preferencia a la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, debe también ponerse de relieve que esa normativa especial es, además, posterior a la general, con lo que se demuestra el propósito del legislador de regular la materia de una nueva manera. Ahora bien -y es por ello que esta Sala desea traerlo a colación en este momento, cuando ya ha declarado que es la especialidad lo fundamental- **ello no puede conducir a la conclusión de que la segunda de esas leyes esté derogada.** (...)" (destacado mío)*

De lo anterior, quizá el aspecto más particular a ser resaltado lo constituye el hecho que, no obstante haber declarado la prevalencia de las normas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, esta última, por expresa mención de la Sala Constitucional<sup>5</sup>, podrá utilizarse por CONATEL en el caso que deba regular las tarifas, pasando a integrar el *corpus* normativo regulatorio de las telecomunicaciones en Venezuela<sup>6</sup>, con lo cual se ha logrado una mixtura que pone de relieve el activo ejercicio de las facultades normativas de este alto Tribunal, pero que ciertamente viene a golpear la estabilidad normativa del ordenamiento jurídico venezolano.

5 Sobre el particular la sentencia en comento señala: "*Sobre los elementos que deben ser tomados para la fijación: En este aspecto en realidad no existe colisión, sino que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones nada dice sobre el particular. Ante ese silencio, las operadoras –en el régimen en el que se le encomienda la propuesta- o CONATEL –para el período en el que aún pueda regular las tarifas, por no existir “competencia efectiva en el mercado”– deberán basarse en los elementos que son generalmente aceptados en ese sector, lo que no impide que algunos de los elementos enumerados en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, como norma general, puedan ser empleados al efecto*". (destacado mío).

6 Es preciso advertir que prácticamente a un año de la decisión, el 4 de mayo de 2004, fue reformada la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y en especial, la norma que fuera objeto del recurso de colisión, la cual quedó redactada en los siguientes términos: "*El Ministerio que tenga asignada la competencia en materia de precios y tarifas podrá requerir de los productores, importadores, comercializadores o prestadores de servicio, cuando lo considere necesario, información exhaustiva de la estructura de costos, así como de las condiciones de venta de cualquier bien que produzcan, importen o comercialicen o de servicios que presten, sean o no de primera necesidad*".



**SALA CONSTITUCIONAL**

Exp: N° 03-0800  
Caracas, 05 de agosto de 2003. 193° y 144°  
Magistrado Ponente: Antonio J. García García

El 20 de marzo de 2003 los abogados Carlos Escarrá Malavé, Anna María De Stefano, Víctor Alvarez Medina y Gustavo Martínez Morales, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 3.632.966, 12.502.641, 12.422.136 y 11.117.196, respectivamente, en representación de la COMPAÑÍA ANÓNIMA TELEFONOS DE VENEZUELA (CANTV), inscrita en el Registro Mercantil que llevaba el Juzgado de Comercio del Distrito Federal (hoy Distrito Metropolitano) el 20 de junio de 1930, bajo el N° 387, Tomo 2, interpusieron recurso de colisión entre las disposiciones contenidas en el artículo 40 de la LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR Y AL USUARIO y los artículos 145 y 214 de la LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES.

En la misma oportunidad se dio cuenta del escrito en Sala, y se acordó

pasar las actuaciones al Juzgado de Sustanciación, el cual admitió el recurso por auto del 27 de marzo de 2003, y ordenó la notificación del Presidente de la Asamblea Nacional, del Fiscal General de la República y del Procurador General de la República.

Efectuadas las notificaciones ordenadas, el Juzgado de Sustanciación remitió el expediente a esta Sala, en la cual se dio cuenta de los autos el 6 de mayo de 2003, ocasión en la que designó ponente al Magistrado Antonio J. García García, quien con tal carácter, suscribe el presente fallo.

Así, cumplida la tramitación del presente expediente, conforme al procedimiento establecido en la jurisprudencia de esta Sala, se pasa a dictar sentencia, previas las siguientes consideraciones:

**I**

**ALEGATOS DE LA RECURRENTE**

El presente recurso de colisión fue interpuesto por los apoderados judiciales de la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), con fundamento en los alegatos que esta Sala, resume a continuación:

La recurrente se dedica a la actividad de telecomunicaciones, por lo que tiene interés en la precisión de

los procedimientos legales para la fijación de las tarifas que puede cobrar a sus clientes, por la prestación de sus servicios.

Al respecto, sus apoderados judiciales expusieron que la norma que contiene en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (publicada en la Gaceta

Oficial N° 4.898 Extraordinario, del 13 de diciembre de 1995), está en conflicto con las normas contenidas en los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (publicada en la Gaceta Oficial N° 36.970 del 12 de julio de 2000).

En tal sentido, los recurrentes señalaron:

1) En el primero se asignó la competencia para la fijación de precios máximos para la venta o prestación de servicios al Ministerio que es competente por la materia de que se trate.

2) En el segundo, en cambio, se dispuso que, son los propios prestadores del servicio los que fijaran *“libremente sus precios, salvo por lo que respecta a los servicios prestados en función de una obligación de servicio universal”*, en cuyo caso harán la propuesta a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), la cual tiene la potestad de aprobación.

3) En el tercero, por su parte, se hizo una remisión al régimen tarifario que estableció el Reglamento de Apertura de Telefonía Básica. Al respecto, los apoderados de CANTV citaron el texto de varias disposiciones de ese Reglamento (Decreto Presidencial N° 1.095, publicado en la Gaceta Oficial N° 37.085 del 24 de noviembre de 2000), a fin de destacar que en su articulado se estableció la potestad de CONATEL para la fijación de las tarifas máximas por concepto de servicio de telefonía.

Por otra parte los apoderados de CANTV expusieron que, con base en las competencias que atribuye la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, la

Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) dictó la Resolución N° 145, del 21 de mayo de 2002, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.454 del 30 de ese mes, por la cual fijó tarifas máximas. Esa misma Comisión emitió una nueva Resolución, la N° 156 del 8 de julio de 2002, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.497 del 2 de agosto de ese año, en la que fijó también tarifas máximas.

Ahora bien, los representantes de la actora expusieron que, en oportunidad reciente, los Ministerios de Producción y Comercio y de Infraestructura dictaron una Resolución Conjunta, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.631 del 13 de febrero de 2003, con base -entre varias disposiciones- en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual regula las tarifas máximas en telefonía, aunque se limitó a mantener las que había ya fijado CONATEL, a través de las referidas Resoluciones N° 145 y 156.

Los abogados de la accionante plantearon a la Sala la solución que estiman correcta. En su criterio, prevalece lo preceptuado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, porque es posterior, especial y orgánica. En tal virtud, estimaron que la competencia en materia de tarifas de telefonía corresponde a CONATEL y no a Ministerio alguno.

Sin embargo, en el recurso no se denunció exclusivamente una colisión en cuanto a la competencia para fijar las tarifas máximas, sino también acerca de *“la forma y modo del establecimiento de los topes tarifarios”*. Al respecto se afirmó que las tarifas se fijan con base en *“los*

*indicadores oficiales del sector de las telecomunicaciones” y no con fundamento en el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Según se lee en el escrito contentivo del recurso, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones atribuyó a los propios operadores de telefonía la potestad de proponer las tarifas que cobrarán, si bien CONATEL debe darle su autorización para ser aplicables. Así, se dió libertad a los empresarios del sector para el cálculo de las tarifas, según los criterios internacionalmente reconocidos, teniendo CONATEL exclusivamente la posibilidad de aprobarlas o de negar su aprobación, sin poder alguno de*

modificación ni de fijación de tarifas propias.

En todo caso, los apoderados de la accionante advirtieron que, en la actualidad -por mandato del artículo 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones- esa libertad “*se ve restringida*”, pues en él se estableció que, hasta tanto “*no se produzca una competencia efectiva en el mercado*”, se aplicarían las tarifas fijadas por CONATEL en el caso de los servicios de telefonía básica, y es potestad de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia la determinación del momento cuando esa competencia efectiva se produce.

## II

### CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1. A través del presente recurso se ha denunciado la colisión entre normas de rango legal, cuya resolución es competencia de esta Sala, de conformidad con el artículo 336, número 8, de la Constitución.

En efecto, se ha planteado un conflicto entre normas de igual rango que se refieren a una misma situación: la fijación de precios para la prestación de servicios. Sin embargo, la accionante destacó que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones es la que versa, en realidad, sobre el servicio concreto de telefonía y no la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, la cual se refiere a la generalidad de las actividades comerciales. Con independencia de que la última de las leyes mencionadas tenga un ámbito mayor de aplicación al de la segunda, lo cierto es que, en el fondo, se refieren a una misma

situación, como es la fijación de precios. En tal virtud, esta Sala declara su competencia.

Asimismo, la Sala observa que, la legitimación de la accionante es evidente, pues su actividad comercial es la prestación del servicio de telefonía, por lo que no cabe duda de su interés en lo relativo a la fijación de las tarifas correspondientes, siendo que no pretende, a través de este recurso, más que una sentencia mero declarativa acerca de la aplicación preferente de las normas. Así lo declara la Sala.

2. Texto de las tres normas que, en criterio del recurrente, están en conflicto:

*Artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario:*

“El Ministerio o los Ministerios, según el caso, que tengan asignadas

las competencias en materia de precios y tarifas, podrá establecer mediante resolución, el precio máximo de venta o de prestación de servicios al público, en todo o en parte del Territorio Nacional, para aquellos bienes y servicios que hayan sido declarados de primera necesidad. A tal efecto, tomará en cuenta la calidad, los costos de producción y de comercialización, la denominación, la forma, condición de empaque y de presentación, el tamaño, peso y contenido por unidad comercializable, así como también los elementos que entran en la composición o preparación de los bienes, los cuales no podrán ser alterados en perjuicio del consumidor o de los usuarios”.

*Artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:*

“Los prestadores de servicio 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 Comisión Nacional de Telecomunicaciones, su propuesta de tarifa máxima y mínima, 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 una posición de dominio, por parte de una o más empresas, derivada de la existencia de carteles, 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, oída la recomendación que al efecto haga la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia,

las cuales estarán vigentes hasta que existan condiciones que permitan la competencia efectiva de 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 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones:*

“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”.

Como ha precisado esta Sala en cada ocasión cuando se pronunció sobre un conflicto de normas de rango legal, su competencia consiste en determinar, con base en los principios generales del Derecho, cuál es la norma que debe prevalecer, partiendo de la premisa de que no puede haber disposiciones que conduzcan a soluciones contradictorias entre sí.

La resolución de conflictos normativos es una actividad común a cualquier operador jurídico, pues todos están en la necesidad de precisar, ante eventuales colisiones, la norma que resulta aplicable, con la salvedad de que esta Sala –y antes la Corte Suprema de Justicia en Pleno– tiene el poder de que su declaración tenga carácter vinculante y, en consecuencia, deba ser seguida por todo aquel que, en un momento dado, se enfrente al dilema de aplicar una u otra norma.

A partir del fallo de esta Sala, entonces, el dilema desaparece: ya no habría conflicto, pues la sentencia decide cuál norma aplicar y cuál no. Es un caso típico de sentencia declarativa de certeza, pues elimina la incertidumbre sobre una situación controvertida, y lo hace de manera definitiva.

Si la única diferencia entre la respuesta que dé esta Sala al conflicto planteado y la que pueda proporcionar cualquier operador jurídico consiste en el efecto de la declaratoria, es obvio que la determinación de la norma de aplicación preferente sólo puede surgir del recurso a los conocidos principios hermenéuticos que recoge incluso el Código Civil, texto positivo sin duda, pero que, en buena parte de sus disposiciones iniciales, no es sino

el reflejo de los principios generales del Derecho, aplicables aun sin establecimiento legal.

Entre esos principios se destaca, en el caso de autos, el de la especialidad: será de aplicación preferente aquella norma que se refiere de manera más concreta al aspecto debatido, que no es otro que la fijación de tarifas para el sector de las telecomunicaciones. Siendo así, no cabe duda que el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario debe ceder a favor de los artículos 145 y 214 de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que la fijación de esas tarifas corresponde a las operadoras respectivas, reservándose a CONATEL el poder para aprobarlas, si bien existen casos –cuando la competencia en el mercado no sea “efectiva”– en los que CONATEL puede hacerlo directamente.

Precisamente es esa especialidad la que hace que el carácter orgánico de la Ley de Telecomunicaciones también la haga privar sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pues es sabido que la organicidad de la ley no le reviste de una superioridad general sobre las leyes ordinarias, sino sólo sobre aquéllas de la especialidad correspondiente. Por tanto, en realidad, para el caso de autos, interesa más la condición de ley especial que su carácter orgánico.

Por tanto, en virtud de su carácter especial, debe entenderse que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevalece sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en lo relacionado con la competencia para la fijación de las tarifas. Así se declara.

Si bien esta Sala se ha basado en la especialidad de la norma para dar preferencia a la aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, debe también ponerse de relieve que esa normativa especial es, además, posterior a la general, con lo que se demuestra el propósito del legislador de regular la materia de una nueva manera. Ahora bien -y es por ello que esta Sala desea traerlo a colación en este momento, cuando ya ha declarado que es la especialidad lo fundamental- ello no puede conducir a la conclusión de que la segunda de esas leyes esté derogada.

En efecto, los apoderados de la recurrente invocaron en su escrito el artículo 208 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el cual está contenida la cláusula general de derogatoria de todas aquellas disposiciones que contraríen el texto de esa ley. Ahora bien, debe aclararse que la posterioridad de la ley -y en parte así lo hace la recurrente en sus consideraciones iniciales- sólo tiene interés en cuanto a la demostración del deseo del legislador de dictar normas especiales que modifiquen lo relacionado con la fijación de tarifas, al menos para un sector económico - el de las telecomunicaciones-, pero no como una demostración de que el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario esté derogado. Al contrario, se trata de una norma vigente, aplicable en muchos casos, aun cuando no para las telecomunicaciones. Así se declara.

La aplicación preferente de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones conduce a dos conclusiones,

relacionadas con los dos aspectos sometidos a esta Sala por la empresa accionante:

1) *Sobre el habilitado para fijar las tarifas*: Según se ha reseñado, el principio general, contenido en el artículo 145 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, es el de la libertad de las prestadoras del servicio para fijar las tarifas, si bien en ciertos casos deben hacerlo a través de una propuesta que se somete a la consideración de CONATEL, órgano que debe limitarse a aprobarlas o rechazarlas. Sin embargo, el propio artículo 145 dispone un supuesto de excepción, en el cual CONATEL hace la fijación: cuando las condiciones de competencia no sean las adecuadas. La determinación de esas circunstancias corresponde a la Superintendencia de Promoción y Protección a la Libre Competencia. A ese mismo supuesto se refiere el artículo 214 *eiusdem*, el cual establece que, mientras dure esa situación, las tarifas serán las que fije CONATEL, con base en el Reglamento de Apertura de los Servicios de Telefonía Básica.

2) *Sobre los elementos que deben ser tomados para la fijación*: En este aspecto en realidad no existe colisión, sino que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones nada dice sobre el particular. Ante ese silencio, las operadoras -en el régimen en el que se le encomienda la propuesta- o CONATEL -para el período en el que aún pueda regular las tarifas, por no existir "*competencia efectiva en el mercado*"- deberán basarse en los elementos que son generalmente aceptados en ese sector, lo que no impide que algunos de los elementos enumerados en el artículo 40 de la Ley

de Protección al Consumidor y al Usuario, como norma general, puedan ser empleados al efecto.

Por último, esta Sala debe pronunciarse sobre los efectos de la sentencia que resuelve la colisión. Los fallos en estos recursos son de naturaleza declarativa, pues resuelven una situación de incertidumbre, y lo hacen a través de la aplicación preferente de una norma sobre otra. Esa aplicación preferente, si bien la declara la sentencia y se hace obligatoria, no surge realmente del fallo, sino de principios generales del Derecho que la Sala no hace más que darle efectividad para el caso concreto. Por ello, sin problema alguno, cualquier operador jurídico pudo llegar a la misma respuesta con anterioridad a la resolución judicial.

Ese carácter declarativo hace que sea posible que los efectos del fallo

se retrotraigan, para que así pueda aplicarse el criterio judicial a un caso ya ocurrido. Ahora bien, en criterio de esta Sala, las mismas razones que aconsejan darle sólo efectos prospectivos a las sentencias anulatorias, son invocables en el recurso de colisión, de manera que el criterio judicial se haga vinculante sólo para casos futuros, con lo que el efecto del fallo se acerca al de aquellos de naturaleza constitutiva. Ello obedece a razones de seguridad jurídica, que son precisamente las que llevan a esta Sala, en el caso de autos, a fijar los efectos *erga omnes* de esta decisión hacia el futuro (*ex nunc*), comenzando a computarse a partir de la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República. Así también se decide.

### III DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **CON LUGAR** el recurso de colisión de normas legales interpuesto por los apoderados judiciales de la Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV), entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que son estas últimas las aplicables al caso de fijación de tarifas en lo relativo al servicio de telecomunicaciones.

Se **FIJAN** los efectos de este fallo hacia el futuro (*ex nunc*), a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República, en cuyo sumario se indicará con precisión el siguiente título: “SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA QUE LOS ARTICULOS 145 Y 214 DE LA LEY ORGANICA DE TELECOMUNICACIONES PREVALECEAN SOBRE EL ARTICULO 40 DE LA LEY DE PROTECCION AL CONSUMIDOR”.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase copia certificada de la

presente decisión al Director General de la Imprenta Nacional y Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, para que proceda sin demora a publicar su texto en esa Gaceta. 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 05 días del mes de agosto dos mil tres (2003). Años: 193° de la Independencia y 144° de la Federación.

El Presidente,  
*Iván Rincón Urdaneta*

El Vicepresidente,  
*Jesús Eduardo Cabrera Romero*

Los Magistrados,  
*Antonio J. García García* *José M. Delgado Ocando*  
Ponente

*Pedro Rafael Rondón Haaz*

El Secretario,  
*José Leonardo Requena Cabello*

AGG/ASA  
Exp: 03-0800

---

## **RECENSIÓN**



# Selección y comentarios sobre bibliografía jurídica especializada

Mariliana Rico Carrillo\*

---

- Briceño, Francisco (Coord.): *Aspectos legales del comercio electrónico*, Cavecom, Caracas, 294 págs, 2004.

La Cámara Venezolana de Comercio Electrónico (Cavecom-e) ha publicado la obra colectiva “Aspectos legales del comercio electrónico”, labor que ha sido posible gracias a la colaboración de jóvenes autores venezolanos dirigidos por el abogado Francisco Briceño, quien tiene a su cargo la presidencia de la institución. Constituye ésta la segunda iniciativa bibliográfica llevada a cabo por Cavecom-e, que aborda distintos aspectos jurídicos relacionados con el comercio electrónico, la primera obra en coautoría de este estilo se realizó en 1999, bajo la dirección de su presidente fundador, Lorenzo Lara Carrero, titulada “Comercio electrónico: las fronteras de la ley”.

La importancia de esta nueva publicación, casi a cinco años de la primera, se pone de manifiesto ante la evolución jurídica que ha experimentado el país en el área tecnológica. En 1999, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagró como derecho fundamental el acceso a la tecnología, a partir de esta norma se han promulgado diversos instrumentos jurídicos encaminados a reconocer eficacia y valor jurídico a los soportes electrónicos, las disposiciones más importantes se encuentran contenidas en el Decreto 825 sobre el uso de Internet del año 2000 y en el Decreto-Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001. La mayoría de las leyes que se han reformado luego de la adopción de estos Decretos, contemplan el uso de medios electrónicos, tal es el caso del Código Orgánico Tributario, la Ley de Licitaciones, la Ley de Registro Público y del Notariado y la Ley del Comercio Marítimo, entre otras.

La obra se encuentra estructurada en quince capítulos donde se abordan diversos temas relacionados con el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, tales como el hábeas data, los contratos electrónicos, las licitaciones electrónicas, los problemas de la propiedad intelectual y los nombres

\* Doctora en Derecho mención Cum Laude (Universidad Carlos III de Madrid). Profesora de Derecho Mercantil y Derecho de las Tecnologías de la Información en la Universidad Católica del Táchira. Profesora de Derecho Mercantil, Derecho Bancario y Derecho del Comercio Electrónico en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesora del Master en Derecho Informático de la Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías. [mrico@ucat.edu.ve](mailto:mrico@ucat.edu.ve), [mariliana.rico@uc3m.es](mailto:mariliana.rico@uc3m.es)

de dominio, los mensajes de datos como medios de prueba, la factura electrónica y los delitos informáticos

En el primer capítulo, Inés Affife Bahachille, profesora de la Universidad Católica Andrés Bello nos habla del hábeas data, tema bastante complejo debido a la ausencia de una ley especial de protección de datos en Venezuela. La autora alude a necesidad de regular esta materia a la vez que cita diversas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia donde se reconoce la existencia de este derecho y se establece el procedimiento para ejercitarlo, se destaca además la necesidad de protección en redes abiertas como Internet.

Seguidamente encontramos la aportación de Raquel Núñez García, profesora de la Universidad Central de Venezuela, quien se refiere a los contratos de adhesión en el comercio electrónico y a la necesidad de precisar el alcance de las cláusulas predispuestas en la contratación a través de las páginas Web de acuerdo con la legislación venezolana, en especial con la Ley de Protección al Consumidor y Usuario. También se pone de manifiesto la importancia de la interpretación en los contratos de adhesión y se suministran algunas reglas para facilitar esta tarea. La autora finaliza su explicación con una mención a la jurisdicción en los contratos celebrados en el marco del comercio electrónico y a los sistemas alternativos de solución de controversias.

En tercer lugar tenemos la participación de Gustavo Mucci Fachín, destacado especialista en el área, colaborador en la primera edición jurídica de Cavecom-e y autor de diversas obras y artículos especializados en la materia. Mucci nos ofrece un amplio panorama sobre los aspectos legales de la banca en línea, en una nota introductoria, explica las principales características del sistema de banca electrónica para pasar luego a un análisis crítico de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, instrumento que regula por primera vez en Venezuela la figura de la banca virtual (denominación empleada por la citada ley). Uno de los aspectos más resaltantes de esta contribución se centra en el análisis de los riesgos propios e inherentes a la banca en línea, el tema concluye con una referencia a las operaciones bancarias transnacionales y la supervisión bancaria.

Continuando con los aspectos que rodean la contratación bancaria electrónica encontramos el trabajo de Erwin Kurt Thomas Monagas, Especialista en Derecho Bancario Internacional, quien nos hace una exposición sobre las características generales de la contratación a través de Internet y la nueva forma de concebir los contratos para pasar luego a analizar la situación bancaria y los contratos bancarios en particular, donde se mencionan las cuentas corrientes, los préstamos, los créditos, las cesiones de crédito y las tarjetas.

En el ámbito de la contratación pública escribe Vanessa Vink, Especialista en Derecho Administrativo, quien desarrolla un interesante trabajo sobre las licitaciones electrónicas, previstas en Venezuela en la Ley de Licitaciones de 2001. Vink hace referencia a los beneficios que obtiene el Estado con este sistema, aludiendo a la posibilidad de realizar procesos ágiles y transparentes gracias a la automatización y a la reducción de trámites burocráticos. Dentro del marco legal aplicable a las licitaciones electrónicas se citan: la Constitución,

el Decreto 825 sobre el uso de Internet, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley de Registro Público y del Notariado.

En el área de los nombres de dominio nos encontramos la brillante colaboración de José Ovidio Salgueiro, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, quien al igual que Mucci repite en la segunda edición de *Cavecome*. Una vez más con bastante claridad y precisión Salgueiro nos expone acerca de la estructura y funciones de los nombres de dominio, las dificultades para desentrañar su naturaleza jurídica, el sistema de administración de estos identificadores, los problemas que se ocasionan con los signos distintivos tradicionales y los procedimientos de defensa y resolución de conflictos.

A continuación, Miguel Osío-Zamora, colaborador en la redacción de distintas leyes de contenido tecnológico, nos habla acerca de las Tecnologías de la Información en el marco de la Ley de Registro Público y del Notariado, instrumento que prevé la automatización de los registros públicos y las notarías en Venezuela. Al abordar los aspectos de esta ley, el autor se refiere a la nueva estructura del sistema registral y notarial con especial énfasis en las normas que prevén el uso de medios electrónicos en este ámbito y en el significado de esta regulación, al permitir la celebración de negocios jurídicos electrónicos que requieran el cumplimiento de formalidades y la posibilidad de inscripción de estos documentos en los registros y notarías.

Siguiendo con el tema del desarrollo legislativo en Venezuela, Gerardo Pagés Semidey, Consultor jurídico del Centro Nacional de Tecnologías de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología, realiza un trabajo compilatorio sobre la actividad normativa del Estado comenzando por la Constitución de 1999 para pasar a mencionar y describir los distintos instrumentos que contemplan el uso de medios tecnológicos en el Derecho venezolano.

En el ámbito del Derecho procesal encontramos el trabajo de Pedro Alberto Jedlicka Zapata, profesor de la Universidad Monteávila, quien nos hace un excelente planteamiento sobre el aspecto probatorio de los mensajes de datos. Temas tan importantes como la autenticidad, promoción y evacuación de estos instrumentos son explicados desde una óptica del Derecho procesal, con la finalidad de suministrar al juez y a las partes, los elementos necesarios para determinar la eficacia probatoria del documento electrónico de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y el Código de Procedimiento Civil.

Los aspectos probatorios también son estudiados por Albert Brewer, Magíster en Tecnologías de la Información, y Rosa Virginia Superlano, Especialista en Contratos y Sociedades Mercantiles, estos autores ofrecen una visión sobre la prueba documental electrónica, centrandó su exposición en la noción del documento electrónico, las formalidades de este instrumento, el alcance probatorio y sus efectos prácticos. En este trabajo se insiste sobre la trascendencia de las normas que reconocen los soportes electrónicos y se citan distintos cuerpos

legales del ordenamiento jurídico venezolano donde se admite el uso de estos instrumentos y se reconoce su idoneidad como medios de prueba.

Juan Andrés Avellán Veloz, jurista reconocido por su labor y experiencia en el ámbito internacional, colaborador de la primera edición de Cavecom-e, nos habla nuevamente de la firma electrónica. En esta oportunidad su trabajo se centra en un aspecto de especial interés en la materia como es la validez extraterritorial de este instrumento, la cual se estudia desde dos vertientes conceptuales. Por una parte se hace referencia a la posibilidad de que la firma electrónica tenga validez fuera de la jurisdicción donde se emite y por la otra, a la apertura de los ordenamientos jurídicos para otorgar validez a las firmas electrónicas originadas en otras jurisdicciones. Entre los aspectos técnicos se aborda el tema de los estándares internacionales.

En el tema de la privacidad, Juan Carlos Pro Rísquez, profesor de la Universidad Central de Venezuela y Lynne Hope Glass, abogada egresada de esta Institución, nos explican desde el punto de vista del Derecho laboral aspectos relacionados con el control de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores. Los autores tratan aspectos relacionados con el derecho a la privacidad, el monitoreo de los correos electrónicos en el sitio de trabajo y la inviolabilidad de las comunicaciones, también aluden a la poca actividad normativa y jurisprudencial en este aspecto y se citan experiencias de otros países como España, Francia y el Reino Unido. La exposición concluye con una referencia al hábeas data en materia laboral y unas recomendaciones a los patronos para legitimar el control del correo electrónico de sus trabajadores.

En el capítulo décimo tercero Mónica Viloría Méndez y Luis Fraga Pittaluga tratan el tema de la factura electrónica. Los trabajos de Viloría han sido publicados en distintas obras jurídicas, también es colaboradora en la primera edición publicada por Cavecom-e en este género. Fraga Pittaluga, es reconocido en el país como un especialista de amplia experiencia en el área del Derecho procesal y administrativo. En una combinación de conocimientos los autores nos exponen los aspectos de mayor consideración en el tema de la facturación electrónica, haciendo referencia a las dificultades que se generan con el uso y la implementación de este instrumento, a las previsiones legales en la materia que existen en el Derecho venezolano y al valor probatorio que debe atribuírsele. Finalizan sus planteamientos con una referencia al régimen de facturación electrónica en el Derecho comparado.

En el campo de los delitos informáticos, Alexander Rosemberg Holcblat, estudiante de Derecho en la Universidad Católica Andrés Bello, nos presenta un trabajo sobre la Ley Especial contra Delitos Informáticos, instrumento que ha sido objeto de serias críticas en la doctrina venezolana. Rosemberg ofrece un panorama conceptual de los delitos informáticos mencionando algunos de los errores en que -a su juicio- incurre el legislador venezolano, algunos de ellos ya señalados por otros autores. El trabajo concluye con una mención a la jurisdicción penal en el área de los delitos informáticos. La aportación de este autor se fundamenta en un estudio de la Convención sobre Cibercrimen del Consejo de

Europa y del Proyecto de Convención sobre Ciberdelitos de la Universidad de Stanford.

El último de los temas tratados se relaciona con las comunidades cerradas como factor fundamental del desarrollo del comercio electrónico en Latinoamérica. En esta oportunidad, Jhamil Chirinos Cabaleiro, Director General de la Red Mundial de Justicia ([justicia.net](http://justicia.net)) se refiere a la necesidad de establecer fronteras o zonas seguras en Internet con el fin de crear comunidades cerradas. En el trabajo se subraya la importancia de la firma electrónica como elemento de seguridad en estos entornos. La colaboración de Chirinos finaliza con una mención a la implementación y el desarrollo de las comunidades cerradas en Latinoamérica, enfatizando el papel de los gobiernos en el fomento de esta iniciativa. A título de ejemplo, se cita el caso de la Red Mundial de Justicia, fundada por el Ilustre Colegio de Abogados de Caracas, como una plataforma electrónica que facilita la labor de los abogados.

Gracias a la publicación de esta obra, los lectores cuentan con un material bibliográfico elaborado por reconocidos especialistas en la materia, quienes se destacan en diferentes áreas del Derecho, unos por sus labores docentes, de asesoría o ejercicio privado de la profesión, otros por su desempeño en dependencias administrativas del gobierno, estos factores permiten obtener una visión amplia y desde diversas perspectivas acerca de los avances legislativos, jurisprudenciales y de aplicación práctica del comercio electrónico en Venezuela.



## ÍNDICE ACUMULADO

### ARTICULOS

---

### CONFERENCIAS

---

### LEGISLACIÓN

---

NACIONAL

INTERNACIONAL

### RESEÑA LEGISLATIVA

---

### CRÓNICA JURÍDICA



### JURISPRUDENCIA

---

COMENTARIOS

SENTENCIAS

### RECENSIÓN

---

COMENTARIOS SOBRE BIBLIOGRAFÍA JURÍDICA  
ESPECIALIZADA

- ALVÁREZ CABRERA, Carlos.
- Patentabilidad de las invenciones relacionadas con la computación. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 37-50.
- ARIAS DE RINCÓN, María Inés.
- La perfección del contrato en el Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **2**, (Enero/Junio 2003), 131-150.
- ARRIETA ZINGUER, Miguel.
- Régimen jurídico de la interconexión en las telecomunicaciones en Venezuela. **1**, (2002), 111-128.
- BARZALLO, José Luis.
- Derechos de autor y tecnología. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 7-36.
- CÁRDENAS, Gilberto.
- Análisis jurisprudencial del artículo 90 del Tratado de la Unión Europea como fundamento jurídico para la liberalización del mercado de las telecomunicaciones. **1**, (2002), 93-110.
- GARCÍA CACHAFEIRO, Fernando y GARCÍA PÉREZ, Rafael.
- La tensión entre las restricciones a la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información y los derechos fundamentales y libertades públicas. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 151-165.
- GRAHAM, James A.
- *La Uniform Dispute Resolution Policy*: Una tentativa de calificación. **2**, (Enero/Junio 2003), 151-159.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo.
- Los registros de ADN y los derechos fundamentales: ¿Cómo esquivar sin despellejar? **2**, (Enero/Junio 2003), 21-41.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael.
- La equivalencia funcional como principio elemental del Derecho del comercio electrónico. **1**, (2002), 9-23.
- IRIARTE AHON, Erick.
- Sobre nombres de dominio: una propuesta para el debate. Análisis de la Radicación 1376 del Consejo de Estado colombiano. **2**, (Enero/Junio 2003), 103-129.
- LAGUNA, Rosa.
- ¿Nueva pedagogía para el *e-learning*? **3**, (Julio/Diciembre 2003), 127-150.
- OLIVER LALANA, A. Daniel.
- Estrategias de protección de datos en el comercio electrónico. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 51-71.
- LASTIRI SANTIAGO, Mónica.
- Autorregulación publicitaria. **1**, (2002), 157-182.
- MARESCA, Fernando.
- Protección jurídica del software: un debate abierto. **1**, (2002), 147-156.
- MARTÍNEZ NADAL, Apolonia y FERRER GOMILÁ, Josep Luis.
- Delimitación de responsabilidades en caso de revocación de un certificado de firma electrónica: soluciones legales de Derecho europeo. **1**, (2002), 53-71.
- PERALES VISCASILLAS, M<sup>a</sup> del Pilar.
- Sobre la perfección del contrato en España: el “popurri” de los “nuevos” artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. **2**, (Enero/Junio 2003), 7-19.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique.
- Reflexiones sobre la contratación informática. **4**, (Enero/Julio 2004), 11-21
- PÉREZ PEREIRA, María.
- Proveedores de servicios de certificación: aspectos venezolanos y europeos. **1**, (2002), 33-51.
- PLAZA SOLER, Juan Carlos.
- Los correos electrónicos comerciales no solicitados en el Derecho español, europeo y estadounidense.

- se. 3, (Julio/Diciembre 2003), 73-98.
- RAMÍREZ COLINA, Sulmer Paola.
- El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. 2, (Enero/Junio 2003), 61-80
- RICO CARRILLO, Mariliana.
- Firmas electrónicas y criptografía. 2, (Enero/Junio 2003), 81-101.
- SALGADO SEGUÍN, Víctor Alberto.
- La Directiva europea sobre comercio electrónico. 1, (2002), 73-91.
- SALGUEIRO A., José Ovidio.
- La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela. 1, (2002), 25-32.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús.
- Monopolio y competencia en el Derecho comunitario europeo de las telecomunicaciones. 1, (2002), 129-146.
- SARMIENTO, María Gabriela.
- Anteproyecto de Convención sobre la Contratación Electrónica llevada a cabo por el Grupo de Trabajo IV sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. 3, (Julio/Diciembre 2003), 99-125.
- SOTO, Alberto.
- Derecho penal y delitos informáticos: Seguridad de la información, seguridad legal y seguridad jurídica. Una visión en Argentina. 3, (Julio/Diciembre 2003), 167-178.
- VARGAS LEAL, Luis.
- Regulación de las telecomunicaciones en un ámbito de convergencia tecnológica. 4, (Enero/Julio 2004), 23-62
- WACHOWICZ, Marcos y REZENDE, Denis Alcides.
- La Tecnología de la Información y sus impactos en la propiedad intelectual. 2, (Enero/Junio 2003), 43-59.

## CONFERENCIAS

- ÁLVAREZ CABRERA, Carlos S.
- Propiedad intelectual y nuevas tecnologías. 4, (Enero/Julio 2004), 93
- AMONI REVERÓN, Gustavo Adolfo.
- El testamento electrónico. 4, (Enero/Julio 2004), 193
- ARAUJO - JUÁREZ, José.
- El nuevo "modelo de regulación" de las telecomunicaciones en Venezuela. 4, (Enero/Julio 2004), 65-91
- ARRIETA ZINGÜER, Miguel.
- Tributación e Internet. 4, (Enero/Julio 2004), 145
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo.
- Páginas Web: modalidades de aplicación en el comercio electrónico. 4, (Enero/Julio 2004), 165
- ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.
- Importancia de la descripción de software y hardware en las pericias informáticas y otros actos judiciales. 4, (Enero/Julio 2004), 187
- PÉREZ PEREIRA, María.
- España y las nuevas tecnologías: aspectos jurídicos. 4, (Enero/Julio 2004), 177
- REMOLINA ANGARITA, Nelson.
- Data protection: aproximación global con énfasis en el caso colombiano. 4, (Enero/Julio 2004), 109

## LEGISLACIÓN

### II.1. Nacional

#### Decretos

- Decreto N° 825 del 10 de mayo de 2000 mediante el cual se declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela. **1**, (2002), 185-188.
- Decreto N° 1.093 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de Interconexión. **2**, (Enero/Junio 2003), 163-180.
- Decreto N° 1.094 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre Habilitaciones Administrativas y Concesiones de uso y explotación del espectro radio-eléctrico. **2**, (Enero/Junio 2003), 181-207.
- Decreto N° 1.095 de 24 de noviembre de 2000 mediante el cual se decreta el Reglamento de apertura de los servicios de telefonía básica. **2**, (Enero/Junio 2003), 209-245.
- Decreto N° 2.189 de 13 de diciembre de 2002 mediante el cual se decreta el Reglamento sobre los tributos establecidos en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **2**, (Enero/Junio 2003), 255-280.
- Decreto-Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. **1**, (2002), 255-273.
- Decreto N° 2.614, de fecha 24 de septiembre de 2003 mediante el cual se decreta el Reglamento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre el Servicio Universal de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Junio 2004), 301-322.

#### Leyes

- Ley especial contra los Delitos Informáticos. **1**, (2002), 275-285.

- Ley Orgánica de Telecomunicaciones. **1**, (2002), 189-253.

#### Resoluciones

- Resolución contentiva de los atributos de las Habilitaciones Administrativas publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.215 de 8 de junio de 2001. **2**, (Enero/Junio 2003), 247-254.

### II.2. Internacional

#### Directivas

- Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 197-211.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 213-242.
- Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 243-252.

#### Leyes Modelo

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) con la guía para su incorporación al Derecho Interno. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 181-190.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 191-196.

#### Legislación española

- Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. **4**, (Enero/Junio 2004), 219-261.
- Ley 59/2003, de firma electrónica. **4**, (Enero/Junio 2004), 263-300.

---

## RESEÑA LEGISLATIVA

---

ARRIETA ZINGUER, Miguel.

- Comentario al Proyecto de Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. **2**, (Enero/Junio 2003), 283-309.

---

## CRÓNICA JURÍDICA

---

ORTA MARTÍNEZ, Raymond J.

- La Informática forense como medio de prueba. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 255-260

Antonio Jesús SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

- El servicio de telecomunicaciones a través de las redes eléctricas: *Power Line Communications* (PLC). **3**, (Julio/Diciembre 2003), 261-268.

---

## JURISPRUDENCIA

---

RICO CARRILLO, Mariliana.

- Interposición del recurso de amparo a través de medios electrónicos. Sentencias y comentarios jurisprudenciales. **1**, (2002), 289-319.
- La notificación por medios electrónicos. Comentario a la sentencia de 01 de febrero de 2000 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano. **2**, (Enero/Junio 2003), 313-314.
- El valor jurídico de la página Web del Tribunal Supremo de Justicia. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 271-273.

URSO CEDEÑO, Giuseppe.

- Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que resuelve el Recurso de Colisión intentado entre el artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario y los artículos 145 y 214 de la Ley Orgánica

de Telecomunicaciones. **4**, (Enero/Julio 2004), 325-329

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 03.08.2001 sobre el reconocimiento del valor jurídico de la información contenida en el sitio web del Tribunal. **1**, (2002), 320-323.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 01 de febrero de 2000. **2**, (Enero/Junio 2003), 315-337

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 19 de agosto de 2002. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 275-277.

Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano de 05 de agosto de 2003. **4**, (Enero/Julio 2004), 331-338

## RECENSIÓN

---

PÉREZ PEREIRA, María. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada

- BARRAL VIÑALS, Immaculada (Coord.) *La regulación del comercio electrónico*. Edt. Dykinson, Madrid 2003, 207 págs. **3**, (julio/Diciembre 2003), 281-282.
- BRANDT GRATEROL, Leopoldo. *Páginas web: condiciones, políticas y términos legales*. Editorial Legis, Caracas, 2001, 358 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 283-284.

- RICO CARRILLO, Mariliana: *Comercio electrónico, Internet y Derecho*. Edt. Legis, Caracas, 2003, 277 págs. **3**, (Julio/Diciembre 2003), 285.

RICO CARRILLO, Mariliana. Selección y comentarios sobre bibliografía Jurídica especializada

- BRICEÑO, Francisco (Coord.): *Aspectos legales del comercio electrónico*, Cavecom, Caracas, 2004, 294 págs. **4**, (Enero/Julio 2004), 341-245

## **Normas para la presentación de artículos a ser publicados en la Revista Derecho y Tecnología**

1. El material presentado debe ser inédito, entendiéndose que el mismo no ha sido publicado ni sometido para publicación en otro medio de divulgación.
2. Los artículos deben estar redactados en programas editores que funcionen en ambiente Windows™ 3.0 o superiores. Los gráficos o imágenes que contenga el artículo deben estar especificados con los formatos o extensiones en que se hicieron (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, y otros), asimismo, las ilustraciones deben estar numeradas y a continuación del texto (no se aceptarán las que se encuentren al final del artículo). Las revistas podrán decidir no incluirlas, previa comunicación al autor o autores, si éstas no llenan los requisitos técnicos para su reproducción.
3. El texto del artículo debe redactarse tomando en cuenta los siguientes parámetros:
  - 3.1. La primera página debe contener:
    - a) Título del artículo
    - b) Nombre del autor o autores
    - c) Título académico y afiliación institucional
    - d) Dirección del autor y correo electrónico
    - e) Síntesis curricular no mayor a diez (10) líneas
  - 3.2. La segunda página debe contener un resumen no mayor de ciento cuarenta (140) palabras, concentrándose en los objetivos, métodos de estudio, resultados y conclusiones. Al final del mismo se deben incluir las palabras claves en un número no mayor a cinco (5).
    - a) El resumen y las palabras claves deben venir redactadas en español e inglés
    - b) Se podrán aceptar artículos redactados en inglés, francés u otros idiomas sólo en casos especiales, debiendo contener las palabras claves en español e inglés.
  - 3.3. El texto del artículo debe estructurarse en secciones debidamente identificadas, siendo la primera la introducción (o reseña de los conocimientos existentes, limitada estrictamente al tema tratado en el artículo). Las secciones deben identificarse sólo con números arábigos. Cada artículo antes de la primera sección o sección introductoria, debe tener un sumario en el que se enumeren los temas que se van a desarrollar (las secciones en las cuales fue dividido el trabajo).
  - 3.4. Si parte del material trabajado (textos, gráficos e imágenes utilizados) no son originales del autor o de los autores, es necesario que los mismos estén acompañados del correspondiente permiso del autor (o de los autores) y el editor donde fueron publicados originalmente, en su defecto, se debe indicar la fuente de donde fueron tomados.
  - 3.5. En las referencias bibliográficas se debe utilizar el sistema de cita formal,

haciendo la correspondiente referencia en las notas a pie de página, las cuales deben ser enumeradas en números arábigos, siguiendo un orden correlativo.

4. Los artículos deben tener una extensión no mayor de cuarenta (40) cuartillas o páginas, escritas a doble espacio y con un margen izquierdo de cuatro (4) centímetros. Tipo de letra: Times New Roman 12.
5. Los artículos se deben remitir en un archivo adjunto, a la dirección electrónica [derechoytecnologia@ucac.edu.ve](mailto:derechoytecnologia@ucac.edu.ve) con copia a [mrco@ucac.edu.ve](mailto:mrco@ucac.edu.ve)
6. Los autores deberán firmar una autorización (en un formato que remitirá a tal efecto) donde se especifica el derecho que tiene la revista, y por ende, la Universidad Católica del Táchira, de reproducir el artículo en este medio de comunicación, sin ningún tipo de retribución económica o compromiso de la Universidad con el autor o los autores, entendiéndose éste como una contribución a la difusión del conocimiento y/o desarrollo tecnológico, cultural o científico de la comunidad o del país en el área en que se inscribe.
7. Cuando se envíen textos que estén firmados por más de un autor, se presumirá que todos los autores han revisado y aprobado el original enviado.
8. Se reserva el derecho de hacer las correcciones de estilo que se consideren convenientes, una vez que el trabajo haya sido aceptado por el Consejo de Redacción para su publicación.
9. Los artículos serán analizados por un Comité de Árbitros y por un Consejo de Redacción. El cumplimiento de las normas no garantiza su publicación, si el trabajo no es aprobado por estas instancias.
10. La Universidad Católica del Táchira, el editor y el Consejo de Redacción de la revista, no se responsabilizarán de las opiniones expresadas por los colaboradores en sus respectivos artículos.

## **Rules the introduction of articles to be published on the Revista Derecho y Tecnología**

1. The material must be unpublished, understanding it had not been published or presented to be evaluated by other divulging means.
2. Articles must be redacted in editor programs that work in Windows™ 3.0 or higher. The graphics or images that present the article must be specified with the formats or extensions where they were made (Excel™, Corel Draw™, jpg, gif, bmp, and others), in the same way, the illustrations must be numbered just after the text (Those illustrations at the end of the article will be not accepted). The magazines could decide not to include them, by communication to the author or authors in advance, if they do not fulfil the technical requirements to their publication.
3. The text of the article must be redacted considering the following parameters:
  - 3.1. The first page must have:
    - a) Title of the article
    - b) Author or authors name
    - c) Academic title and institutional affiliation
    - d) Author address and e-mail
    - e) Resume no longer than 10 lines
  - 3.2. The second page must have an abstract no longer than one hundred and forty words (140), focusing on the goals, methodology, results and conclusions. At the end, the key words must be included in a maximum number of five (5).
    - a) The abstract and the key words must be translated in Spanish and English.
    - b) Articles in English, French and other languages could be accepted, just in special cases. In all cases they must have the key words in Spanish and English.
  - 3.3. The text article must be structured in clearly identified sections, being the first the background (description of the existent knowledge, limited to the subject of the article). The sections must be identified only with Arabic numeral. Each article, before section one or background, must have a summary where appear numbered the subjects to be discuss on the paper (sections the article was divided).
  - 3.4. If part of the material (text, graphics, images) is not original of the author or authors, is necessary that this material to be authorized by the original author (or authors) and the editor where were first published, in lack of this, the source where they were taken must be indicated.
  - 3.5. The formal citing system must be used for the bibliographic references, doing the right reference at the foot of the page numbered in Arabic numeral, following a correlative order.

4. Articles must have a maximum extension of forty (40) sheet or pages written in double space with a left margin of four (4) centimeters. The type letter will be always Times New Roman 12.
5. Articles must be sent in an attachment to the e-mail: [derechoytecnologia@ucac.edu.ve](mailto:derechoytecnologia@ucac.edu.ve) with copy to [mrco@ucac.edu.ve](mailto:mrco@ucac.edu.ve)
6. Authors should sign an authorization (a format will be sent to this purpose) where it is specified the right of the Revista Tachirensis de Derecho as well as the Universidad Católica del Táchira, to publish the article on this divulging means, without any economic retribution or commitment of the University with the author or authors, understanding the article is a contribution to the divulging of knowledge and technological development, cultural or scientific of the community or the country in the area where it is registered.
7. When articles are sign by more than an author, it would be presumed that all authors have been check and approved the original text sent.
8. The right of change of stylus that are considered convenient is reserved, once the article have been accepted by the Redaction Council for its publication.
9. An Arbitral Committee and a Redaction Council will analyze the articles. The observance of the norms do not guarantee the publication of the article if this is not approved by these instances.
10. The Universidad Católica del Táchira, the editor and the Redaction Council of the magazine, are not responsible of the expressed opinions by the collaborating and the articles.

## **DERECHO Y TECNOLOGÍA**

<b>CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y POLÍTICAS</b>	<b>4/2004</b>
--	---------------

Revista de Derecho y Tecnología, Enero / Julio 2004,  
de la Universidad Católica del Táchira, la presente edición se terminó  
de imprimir en el mes de enero de 2005, en los talleres de  
Litho Arte, C. A., y su tiraje fue de 500 ejemplares.  
San Cristóbal - Venezuela

