DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION.

José María Chillón Medina

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

ESCUELA NACIONAL
DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

Título:
Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información

Autor:
José María Chillón Medina

© José María Chillón Medina, 2004

Escuela Nacional de la Judicatura
Calle César Nicolás Penson No. 59, Gazcue
1 (809) 686-0672, Fax: 1 (809) 686-1101
Santo Domingo, República Dominicana
E-mail: info@enj.org
http://www.enj.org
Hecho el depósito de ley
Depósito legal: 000 1835, Libro V del 06 de febrero 2004

ISBN: 99934-978-2-7

José María Chillón Medina
Curso Virtual Sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información / José María Chillón Medina. - 1ra. ed. -- Santo Domingo
República Dominicana : Escuela Nacional de la Judicatura, 2004.
550 p.

ISBN: 99934-978-2-7

1. TELECOMUNICACIONES - INFORMACION - TECNOLOGÍA

INDICE TEMATICO

PRÓLOGOS 5

PREFACIO DEL AUTOR 11

PRESENTACIÓN DEL CURSO VIRTUAL 14

MODULO I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN 19

UNIDAD DIDÁCTICA 1. EL ENTORNO DE LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACION 25

UNIDAD DIDÁCTICA 2. LOS AMBITOS GLOBALES. INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES DE LA ORDENACION DE LAS TELECOMUNICACIONES 53

UNIDAD DIDÁCTICA 3. LOS SISTEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES 79

UNIDAD DIDÁCTICA 4. EL SISTEMA DE REGULACIÓN ECONÓMICA DE LA COMPETENCIA 103

MODULO II. DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES 133

UNIDAD DIDÁCTICA 5. LOS OBJETIVOS, LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES Y LAS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES 137

UNIDAD DIDÁCTICA 6. LOS SUJETOS Y AGENTES DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES 161

UNIDAD DIDÁCTICA 7. EL OBJETO. LAS ACTIVIDADES REGULADAS. REDES. EQUIPOS Y APARATOS 193

UNIDAD DIDÁCTICA 8. LAS ACTIVIDADES REGULADAS. LOS SERVICIOS 217

UNIDAD DIDÁCTICA 9. EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. EL ACCESO AL MERCADO. TITULOS HABILITANTES 233

UNIDAD DIDÁCTICA 10. EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. REGIMEN DE ACCESO E INTERCONEXIÓN 251

UNIDAD DIDÁCTICA 11. EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO 285

UNIDAD DIDÁCTICA 12. EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. MANEJO Y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS ESCASOS 303

UNIDAD DIDÁCTICA 13. LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LAS TELECOMUNICACIONES 331

UNIDAD DIDÁCTICA 14. LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION 355

MODULO III. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS TELECOMUNICACIONES 383

UNIDAD DIDÁCTICA 15. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS TELECOMUNICACIONES 387

MODULO IV. DERECHO AUDIOVISUAL 413

UNIDAD DIDACTICA 16. DERECHO DEL AUDIOVISUAL 417

UNIDAD DIDÁCTICA 17. LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES 435

MODULO V. DERECHO DE INTERNET Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO 457

UNIDAD DIDÁCTICA 18. REGULACIÓN EN INTERNET 461

UNIDAD DIDÁCTICA 19. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN INTERNET 479

UNIDAD DIDÁCTICA 20. INTERNET Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL 497

UNIDAD DIDÁCTICA 21. LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA 515

PROLOGO DE LA ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA

Me atrevería a asegurar que no hay, exceptuando el derecho a la vida, a la supervivencia, un derecho más inherente a la esencia humana que el de la comunicación. Si nos revisamos sólo un poco internamente, veremos que una de las cosas que más nos molesta, que nos resulta más injusta desde que somos apenas infantes, es que nos coarten nuestras posibilidades de hablar, de comunicarnos, que nos manden a callar.

No hay dudas que la historia de la humanidad, su desarrollo, está en gran parte explicado por la capacidad que posea la sociedad en su conjunto para comunicarse. No en vano la mayoría de los estudiosos consideran la invención de la imprenta como el más grande acontecimiento del pasado milenio, pues permitió que el mayor instrumento de comunicación, de transmisión del conocimiento existente en ese momento, el libro, se democratizara, saliera de las privilegiadas manos de unos pocos, permitiendo así que el conocimiento se expandiera más fácil y rápidamente con todo lo que ello implicó en materia de avances tecnológico y científico para la humanidad.

Hoy día la humanidad atraviesa un período de desarrollo de las telecomunicaciones sin precedentes en su historia y, lo que es aún más sorprendente, posee la certeza de que dicho desarrollo aún no ha llegado a su cenit, ya que cada día aparecen nuevas vías de comunicación y/o se perfeccionan las ya existentes brindando así la posibilidad de comunicarse más rápidamente, a menor costo, y sin prácticamente limitación espacial alguna.

Soy de los que cree que al hablar de telecomunicaciones no sólo debe pensarse en aquellos instrumentos que me permiten intercambiar mensajes, sean orales, escritos o gráficos, con una o varias personas. Al hablar de telecomunicaciones debe pensarse en cualquier instrumento que me permita tener acceso a lo que otros piensan y dar acceso a otros a lo que yo pienso. Desde esta óptica, los libros y la Internet, se constituyen en medios de telecomunicación, en el caso de esta última no sólo porque ha permitido el nacimiento de los correos electrónicos y todos los servicios de Voz sobre IP, sino porque ha posibilitado que cualquier persona que tenga acceso a ella pueda ponerse en contacto, de manera fácil, rápida y económica, con el conocimiento, con el pensamiento, de millones de otras personas de las cuales en la mayoría de los casos le separan grandes distancias. Este es uno de los grandes sino quizás el más grande de los aportes hechos por el desarrollo de las telecomunicaciones: la desaparición de las barreras espaciales.

No albergo dudas de que sería imposible hablar de Globalización hoy día si no se hubiese desarrollado ya la plataforma tecnológica en materia de telecomunicaciones que ha permitido superar las distancias geográficas y hacer del mundo una aldea global, ya que como bien expresó el Profesor José María Chillón en una de sus conferencias sobre Derecho de las Telecomunicaciones: “La globalización, como fenómeno histórico o de la filosofía de la historia supone la muerte del espacio”.

Desgraciadamente, toda invención humana trae consigo, inherente, a ella la dualidad bien - mal, es decir, ninguna invención humana es buena o mala en sí misma, todo depende del uso que se le dé. Así el cuchillo que permitió al hombre defenderse más eficazmente de los animales salvajes y realizar más eficientemente sus tareas domésticas, le permitió también matar con mayor facilidad a sus congéneres; la dinamita que multiplicó cientos de veces su capacidad para remover terreno, para demoler montañas y así extraer los materiales necesarios para sustentar el desarrollo de la civilización, multiplicó también sus posibilidades de matar en masa. En el caso de las tele-

comunicaciones en general y de la Internet en particular, la historia no es diferente, la Sociedad de la Información es impensable sin ella, pero ya existen ejemplos más que ilustrativos de los peligros reales y potenciales relacionados con el mal uso de la misma.

¿Cómo garantizar el derecho a la comunicación, a la expresión libre del pensamiento en la Sociedad de la Información, a la vez que se asegura el respeto a los demás derechos de las personas? ¿Cómo asegurar un acceso y uso equitativo a los medios de telecomunicación y a las tecnologías de la información? ¿Cómo propiciar, desde el Derecho, el uso de las nuevas tecnologías para cerrar las brechas existentes en materia de desarrollo humano entre los países pobres y ricos? ¿Cómo regular un espacio (Ciberespacio), sin fronteras ni gobernantes, de todos y de nadie?

Esas preguntas, entre otras, no dan cabida a fáciles respuestas y son la razón del surgimiento del Derecho de las Telecomunicaciones, una disciplina fascinante, con objetivos retadores, ya que su objeto de estudio es tan dinámico y cambiante como puede serlo objeto de estudio alguno. En esta disciplina no hay espacio para el aburrimiento, cada día se descubre una nueva arista, pues no en balde debe dar respuesta a los retos que plantea la que sin lugar a dudas es hoy día la más dinámica esfera de innovación tecnológica: las telecomunicaciones.

El Derecho pierde su esencia en la medida en que no responde a las necesidades de la sociedad donde se desarrolla. Existen claros ejemplos a lo largo del tiempo de cómo ante la lentitud del Derecho en dar respuesta a las necesidades de la sociedad, ella misma ha buscado sus respuestas en otros ámbitos. Es por ello que en esta coyuntura de la Humanidad, los que hemos abrazado esa disciplina como fuente de desarrollo profesional tenemos el reto, el compromiso, el deber, de dar una respuesta adecuada a las preguntas que respecto a la normativa de las telecomunicaciones la sociedad nos demanda

Es en este contexto que debe aquilatarse la importancia de obras como el “Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información”, del Profesor Chillón. Una obra de gran solidez académica, como era de esperar ante la estatura intelectual de su autor, y muy completa en su contenido temático pues no sólo presenta el estado actual de esta rama del Derecho, sino que plantea claramente los principales retos que enfrenta. Tengo la firme convicción de que esta obra se convertirá en lectura obligatoria, en manual de consulta de todos aquellos profesionales del Derecho interesados en el tema, entre los cuales me incluyo.

Constituye un honor para la Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, compartir con el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, el placer de servir de canal para que esta obra del Profesor Chillón llegue al público en general, sobre todo al público dominicano, ya que en nuestro país, coherente con su estatus de país tercermundista, aún nos queda mucho camino por recorrer en cuanto a la normativa de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información.

En esta era del conocimiento, en esta sociedad de la información en que las telecomunicaciones y la Internet han llegado para quedarse y han transformado radicalmente la forma en que los humanos nos comunicamos y concebimos el espacio, con la confusión pasajera, que obviamente ello provoca la obra del Profesor Chillón constituye sin lugar a dudas un faro de luz que nos ayudará a llegar a buen puerto.

Dr. Jorge Subero Isa
Presidente de la Suprema Corte de Justicia
Presidente del Consejo Directivo de la Escuela Nacional de la Judicatura

PROLOGO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este libro es producto de la enseñanza, y por supuesto de la investigación. Y su autor es un consagrado maestro del derecho de las Telecomunicaciones.

El libro que tienes a manos es el producto de un curso virtual ofrecido a jueces de la República Dominicana, interesados en abrevar de esta fuente de conocimiento que es el profesor José Maria Chillón Medina, respetado experto internacional que por su rigor y la metodología con que aborda los temas, se ha hecho merecedor de los mayores elogios.

La obra constituye un valioso tratado sobre Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. Y el Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones, Indotel, junto a la Escuela Nacional de la Magistratura, que patrocinaron este curso, se sienten hoy altamente satisfechos de divulgar a través de esta obra los conocimientos que emanan de uno de los cerebros mas lúcidos en el campo de las tecnologías de la información y de la comunicación.

América Latina, que ha propiciado muchos eventos con el profesor José Maria Chillón Medina, ahora tiene la oportunidad de disfrutar a través de este libro de un auténtico tratado sobre el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información.

La obra contiene en sí misma el mérito relevante de aparecer en un momento especial para el desarrollo del sector y del advenimiento de la Sociedad de la Información. De ella han de beneficiarse, sin duda, todos los que se sientan atraídos por las actividades de este mundo maravilloso de las telecomunicaciones.

Los juristas y en general, los directivos, profesionales y agentes de este expansivo y cambiante sector, cuentan con un instrumento que sin duda les será muy útil en la comprensión y explicación del sistema de regulación en competencia, que impera ya en los mas apartados confines de nuestro mundo.

Será también de particular interés para los lectores de habla hispana con sus lecciones agrupadas a lo largo de sus apretadas seiscientas páginas las cuales sin duda habrán de constituir el marco de referencia obligado para el examen sistemático y coherente de un ordenamiento realmente singular en su proyección, en su dinamismo y en sus técnicas, como lo es el ordenamiento de las telecomunicaciones en la actualidad.

El mérito de este libro es sin duda relevante para quienes asistimos diariamente al espectáculo de un sector en pleno movimiento y transformación, en una perspectiva histórica tan rica en contenidos y valores como lo es la de la actual Sociedad de la Información o del Conocimiento Compartido.

Por encima o al margen del piélago de disposiciones y fuentes de todo tipo que destacan el entramado y cambiante mundo de la regulación de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información, hace falta que se tenga una clara perspectiva para encauzar con rigor sistémico, una disciplina jurídica que se desparrama en el conglomerado muchas veces inerte de la legislación de

aluvión que caracteriza nuestra época y nuestro Estado. El sector de las telecomunicaciones constituye un área clave y proclive a incorporar el latido de la modernidad.

Hace falta uniformidad, y sobre todo método, para trocar en elementos jurídicos diversos en los diferentes países y trazar un ordenamiento que contenga el conjunto de disposiciones de un sector sometido a la más intensa aceleración histórica y a la más profunda transformación en sus postulados, objetivos y medios.

Es esencial a cualquier sistema normativo que traduzca la materialización de unas políticas determinadas el contar con este hilo conductor que permita comprender y explicar el conjunto, de manera congruente e integrada.

Debemos calar en la lógica de un sistema que como todo sistema de Derecho ha de ser racional, estructurado en sus medios, equilibrado y ponderado en sus técnicas. La obra del Profesor Chillón Medina se adentra por este difícil derrotero y nos va mostrando, en una bien elaborada síntesis, los perfiles estructurales básicos de este novedoso y sugerente ordenamiento, para inferir y explicar las soluciones jurídicas que se dan, con creciente y asombrosa uniformidad, a los problemas planteados en un mundo necesariamente interconectado e interactuante.

El profesor Chillón, con disciplina y con firme resolución nos va mostrando la realidad que nace de unas determinadas estructuras y perfiles- el llamado entorno tecnológico, económico, político e ideológico- para encontrar la explicación lógica y adecuada y justificar así el logro de unas soluciones y de unas tendencias que se van imponiendo, pausada y contundentemente, en el objetivo de asegurar los valores y principios que el ordenamiento jurídico trata de salvaguardar en todo caso. El ordenamiento es así, no el vano reflejo simple del Poder, o el mero capricho del legislador, sino la sustancia materializada del despliegue y del ejercicio de una racionalidad constructiva.

En todos los países, con mayor o menor énfasis, acomodándose a uno u otro ritmo, con mayor o menor amplitud, pero siempre apuntando en la misma dirección, los sistemas de acción del Estado sobre la sociedad han conocido en los últimos tiempos profundos cambios y transformaciones que dan cuenta de un mundo global y aceleradamente cambiante. De sistemas anclados en la iniciativa y la acción públicas, con eliminación en todo caso de las iniciativas de particulares en amplísimos campos de la actividad económica y social- y en particular en el ámbito de las telecomunicaciones- se ha pasado en poco tiempo a sistemas gobernados por el mercado y la libre irrupción de las fuerzas de la Sociedad en un escenario hasta hace poco vedado a estas iniciativas.

De la intervención pública en monopolio, la actividad del Estado y de los poderes públicos se ha deslizado, con presteza e intensidad bien definidas, hacia cotas de signo opuesto, en las que son clave palabras como liberalización, mercado y privatización. Y todo ello en un escenario de transformaciones tecnológicas, políticas y económicas y sociales sin precedentes.

Pero necesario es advertir que estas tendencias no eliminan, sino incluso potencian el impulso racionalizador del Derecho.

La retirada del Estado y de los Poderes públicos ante los avances de la Sociedad y de las técnicas económicas y jurídicas asociadas a este movimiento, como son en definitiva el mercado y sus reglas, no se ha traducido en un repliegue del ordenamiento, sino en muchas ocasiones en todo lo contrario. El fenómeno de la regulación económica para la competencia, sistema que sustituye al de los servicios públicos en monopolio que rigió durante décadas las actividades del Estado en sectores fundamentales para la ciudadanía como son aquellos que se orientan a la satisfacción de sus necesidades de servicios básicos, implica una reformulación de los objetivos, los medios

y las técnicas, y por ende de los controles públicos y de las formas de la participación ciudadana que la nueva dialéctica Estado- Sociedad exigiría.

Porque - conviene tenerlo muy presente a la hora de adoptar políticas y de establecer criterios de ordenación y de regulación- el avance de la gestión privada encarnada en el mercado, no significa abdicación o abandono, siquiera sea parcial y momentáneo, de los postulados y de los objetivos de servicio público que la sociedad de hoy como la de ayer y la de siempre comanda de forma creciente.

Es la Sociedad de la Información como objetivo y como marco la que va a exigir en el futuro la combinación de esfuerzos de todo el conglomerado y del Poder, de los ciudadanos y de las instancias públicas, de los agentes productores y de los usuarios, para el goce efectivo del lema que sintetiza y enmarca el fundamento y la esencia de esa Sociedad de la Información: el máximo de fuentes de información accesibles para todos.

Debemos agradecer al profesor Chillón que haya sabido enderezar el punto álgido del desarrollo normativo de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información. Y lo haya hecho, con valor y sin titubeos, apuntando a la definición, descripción, contenidos, facetas y medios jurídicos de que dispone, para presentarnos un sistema de regulación para la competencia y el interés general, que se instala de una manera general en el mundo de hoy y se afianza progresivamente en los países de América Latina y en concreto en nuestro país.

En Dominicana asistimos a una transformación sin pausa de las infraestructuras y de los servicios de telecomunicaciones en pro de una más efectiva impronta del mercado, con miras a lograr y alcanzar los objetivos y servicios de una Sociedad de la Información que nos conduzca al cierre de la brecha social.

Ilustrativas son las páginas que dedica, siempre dentro del estilo reflexivo y sistemático que le caracteriza, a la acción reguladora del Estado, aspecto clave del nuevo sistema de regulación, y que hace del organismo regulador y de sus técnicas asociadas un elemento base.

Acción reguladora que se extiende a los elementos que son consustanciales al ámbito de las telecomunicaciones, como la manera de acceder al mercado garantizando la mas efectiva competencia, las formas de garantizar asimismo la plena operatividad de los actores y agentes que acceden a ese mercado, el uso racional y armónico de las infraestructuras y de la redes y la operatividad de los servicios, el manejo racional de los recursos escasos puestos al servicio de todo el sector, en fórmulas que combinan y satisfacen los intereses que compiten, y en mayor medida, de aquel que planea y justifica, legitimando y poniendo a depender toda la acción del Estado y de los Poderes Públicos del interés general.

En fin, las técnicas que han de asegurar los intereses concretos de ciudadanos y usuarios que no han de satisfacerse por el mercado y que son no sólo irrenunciables, sino potenciados en la perspectiva, como decimos, de la plena satisfacción de las necesidades de comunicación en el entorno de una Sociedad de la Información. El servicio universal, los objetivos y técnicas propios de un servicio público siempre presente, aunque cambien su perfil y sus técnicas, su alcance y desarrollo efectivo, es así el punto de retorno que los nuevos ordenamientos de telecomunicaciones en competencia han de potenciar y desarrollar.

Por último- y ello da cuenta de la amplitud y la ambición de la obra que acomete sin desmayo el autor- se incluyen aspectos tan importantes en el nuevo escenario de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la Información, como es el aspecto jurídico del sector audiovisual, en el que conviven aspectos propios de una industria mediática con los específicos de las telecomunicaciones y el emergente pero desbordante ya en sus contenidos y desarrollos, como lo es el Derecho

de Internet y de los servicios de la Sociedad de la Información, como expresión del nuevo talante de lo que se ha denominado la Sociedad - Red y fiel trasunto de la economía digital.

Pero sin duda, el máximo aporte que la lectura de este libro puede proporcionar a un lector ya avisado y sensible a los planteamientos y desarrollos que contiene, ha de ser el estimulo para una consciente reflexión sobre todos los elementos del conjunto regulatorio, que se presentan en una perspectiva unitaria.

Reflexión que conduce a reconocer que el Derecho y sus técnicas han de servir a los fines y objetivos marcados, ajustándose progresivamente dentro de un devenir previsible. Aceptar que esos fines y esos medios cambian necesariamente a medida que evoluciona y se transforma el entorno tecnológico, económico, político y social sobre el que se proyecta. Y que la intervención del regulador, flexible y atenta a los cambios, ha de ser asimismo consciente de los imperativos que trascienden a todo el sistema y que se patentizan en la acción política del Estado.

Ello ha de redundar en suma en un esfuerzo tangible por parte de todos los que participen en la tarea de edificar el nuevo tipo de sociedad, así como en afinar la imaginación y plantear con rigor y clara disposición la elaboración de nuevos esquemas y paradigmas de intervención, fieles a los dos polos hacia los que se decanta, hoy como ayer y como siempre, la eterna dialéctica del hombre en la Sociedad: libertad y comunidad.

JOSE RAFAEL VARGAS
Secretario de Estado,
Presidente de Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

PROLOGO DEL AUTOR

REVOLUCIÓN DE LA INFORMACION, SOCIEDAD DE LA INFORMACION Y DERECHO.

Es un hecho incontrovertido, que este fin de siglo y fin de milenio nos hace asistir, con satisfacción y con no poco sobresalto, a una revolución de consecuencias todavía impredecibles o al menos no mensuradas en su exacta perspectiva.

La Revolución de la Información, que pone en marcha el diseño de un nuevo tipo de Sociedad, la Sociedad de la Información, con indudables consecuencias en el plano científico, social, económico, político e institucional y también psicológico y antropológico, en suma.

He ahí la cuestión. Porque no se nos escapa que estamos ante un acontecimiento de magnitud inconmensurable en este momento, en el que quizá nos falte aún la perspectiva histórica para situar la revolución de la Información y la Sociedad que emerge sobre ella, en su adecuado contexto.

Porque sin duda alguna la tecnología, los inventos, los grandes descubrimientos han marcado el punto de inflexión en la evolución de las sociedades, en una perspectiva histórica de largo alcance, si se quiere, de filosofía de la Historia mas que de historia propiamente dicha.

Si el descubrimiento del fuego, y más tarde de los metales permitió el tránsito de una sociedad nómada a una sociedad asentada de estructura agropecuaria, mas tarde la aparición de las máquinas, el maquinismo, trajo consigo la revolución industrial que modeló de nuevo las relaciones, sociales, políticas e institucionales.

Hoy en día el imparable avance de las tecnologías, y particularmente las que se asocian a la información, constituye el punto de referencia obligado para un nuevo despliegue en la conformación de los hábitos y las relaciones sociales de todo tipo. Es la revolución de la Información y la Sociedad de la Información a que aquella da lugar, y que está destinada a modelar en adelante los comportamientos, las técnicas, las instituciones.

Sin embargo hay elementos nuevos en esta revolución tecnológica a la que ahora asistimos. Debemos insistir, al menos en tres.

La dimensión espacial en que se produce: la globalización. Económica, tecnológica, pero también cultural, institucional, política, jurídica. La globalización es al mismo tiempo la causa y la consecuencia del despliegue tecnológico y de la interactuación de los diversos elementos que conforman una Sociedad de por sí compleja; globalización que presenta, como toda obra humana en definitiva, sus aspectos luminosos de progreso, de integración, de mayor y mejor acceso a unos parámetros y estándares comunes, junto a sus aspectos sombríos, en la acentuación de las diferencias entre países, que llegaron tarde o no llegaron, en suma con carácter protagonista o simplemente participativo a la gran explosión tecnológica-organizacional de la era de la Información.

Diferencias que se acentúan también al nivel de las diferencias sociales, ahondando el foso existente entre los interactuantes. Sólo, en suma y por otra parte, la globalización plena, sobre un trasfondo de homogeneización social, cultural o política sin perder de vista los valores autóctonos enriquecedores del acervo cultural común, ha de hacer enteramente fructífero el proceso de acceso global a la información.

La dimensión temporal del cambio, o si se quiere, la aceleración del cambio que produce el impacto de las tecnologías en las formas organizacionales.

Manuel Castells en su monumental obra "**La Era de la Información**" lo ha manifestado sin ambages: el futuro es el presente. Y ese es el nuevo principio de esa nueva historia. Apenas conceptualizamos un cambio, lo asumimos, cuando debemos estar prestos a una nueva adaptación. Y ello es particularmente notorio en el campo de las tecnologías de la información, en la revolución Internet y en otras en las que pudiéramos decir no sólo que el futuro es el presente, sino que el cambio es el sistema. Con todo lo que ello supone en el plano de las actitudes psicológicas y de los comportamientos sociales y en él más lento, por definición, de las instituciones jurídicas. Apenas instalado un modelo regulatorio, se ve desbordado por otro u otros nuevos. Es lo que está actualmente ocurriendo con la revolución Internet -¿una revolución en la revolución?- y la ligera regulación que exigiría, frente a una regulación rígida hecha para perdurar;

Es, también, lo que acontece en la transformación de las redes de telecomunicaciones y su progresiva integración o en la incorporación de los sectores de la informática, el audiovisual y las telecomunicaciones propiamente dichas dentro del hipersector de la Información, como directa y palpable consecuencia de la Convergencia diseñadora d un nuevo mapa en la configuración de los agentes operadores en los diversos campos y subsectores de las telecomunicaciones;

Más que de cambio consustancial o inherente al sistema, podría hablarse de mutación, por la fuerza interactuante de los diversos elementos en presencia: económicos, políticos, sociales, institucionales.

Porque esa es la tercera dimensión de la actual revolución tecnológica, nueva realmente, por su propio ritmo y naturaleza. Y radica en algo tan simple, pero al mismo tiempo tan certero, como que la tecnología no es ya solamente eso: tecnología, sino al mismo tiempo y en forma interactiva, organización.

Ello se aprecia sobre todo en **Internet**, que ya no es una simple tecnología, sino algo más: es una nueva forma de organización social, económica. Una nueva dimensión antropológica. Porque la dimensión Internet, en el comercio, en el manejo y tratamiento de la información que posibilita, en el intercambio de la información, comporta un nuevo modelo organizacional, que supera con creces a lo que sea el comercio, la difusión de la información o la organización de la publicidad o de las campañas políticas o de movimientos de opinión. En suma, el objeto o materia que Internet amplifica y organiza de nueva planta. Y que es también una nueva forma de acción política, social, económica, institucional.

Y tratando de resumir, lo que es por su propia esencia irresumible, quedémonos con esta apreciación: la nueva sociedad que emerge ya, con tintes más o menos definidos en el horizonte del siglo que comienza, aparece invertebrada, inconclusa, mutante. Tiene luces y tiene sombras. La Revolución de la Información, como antes la revolución industrial o la agraria, implica, de entrada, el desasosiego frente al cambio Es el lado oscuro del progreso, y la amenaza latente sobre la dimensión humana, que debe prevalecer ante todo cambio tecnológico e institucional. Lo que implica una readaptación del derecho para mejor servir al Hombre en su marco natural de libertad.

Porque sin duda alguna la Sociedad de la Información plantea en este ámbito, al menos, dos preguntas o cuestiones clave: por un lado, establecer cuáles han de ser las relaciones dialécticas entre Estado y Sociedad. Cuál ha de ser el papel del Estado- y con arreglo a qué técnicas y principios deben actuar- en la configuración del marco de relaciones jurídicas a que da lugar el establecimiento y el funcionamiento del nuevo tipo de Sociedad. Es el tema del Estado regulador.

Por otro lado, también somos conscientes de que toda revolución, todo cambio, produce un rea-

juste en los valores en los principios y en las técnicas jurídicas tendentes a eliminar o corregir los desequilibrios iniciales. La Sociedad de la Información se asienta sobre un derecho fundamental: el derecho a la comunicación, en su doble faceta de derecho al acceso a la comunicación y derecho de establecer la comunicación o derecho a informar, nueva presentación de un viejo principio, el de la libertad de expresión.

Derecho a la comunicación que será preciso delimitar en su naturaleza, en su protección y en su salvaguardia. Derecho a la comunicación en suma, que engloba, o por mejor decir, se desdobla en otros muchos derechos y principios que han de modelar el nuevo ordenamiento correspondiente a esa Sociedad que de entrada ha de conjurar los peligros, tanto de la banalización en el uso de la información accesible a todos progresivamente, como de la merma del derecho inalienable al bienestar y la libertad del ser humano.

PRESENTACION DEL CURSO VIRTUAL

El presente Curso virtual, del que este libro constituye el soporte impreso, responde a una necesidad vivamente sentida entre los profesionales del Derecho y entre los que habitualmente se dedican a las tareas, en su más amplio y comprensivo sentido, propias del sector de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la Información, cual es la de adentrarse en el análisis y la reflexión sobre los grandes temas jurídicos que el despliegue de las tecnologías y las transformaciones profundas que ha sufrido el sector, han puesto de manifiesto de manera tan clara como perentoria.

Gracias a la percepción y sensibilidad de la Escuela Judicial dominicana y al estímulo y visión del organismo regulador dominicano, el INDOTEL, como a la ayuda propiciada en todo momento por el Banco Mundial, el proyecto inicial es ya hoy una realidad. Experiencia novedosa en cuanto al contenido- una materia en sí misma que acapara el interés de juristas y profesionales de las telecomunicaciones en todo el mundo en la hora presente y que se diseña y configura al paso acelerado de los cambios profundos en la manera de entender el Estado y la Sociedad de nuestros días- como por la forma de exposición didáctica. Las tecnologías de la información no son solo el objeto del Curso en sí, sino que constituyen el vehículo que sirve para la transmisión del conocimiento y para la enseñanza. Un curso *on line*, en el que, una vez más en nuestro tiempo, asistamos entre esperanzados y temerosos a la muerte de la distancia.

El empeño en construir un esquema didáctico que englobe en pocas páginas el complejo, proteico, cambiante y en muchas ocasiones inasible mundo del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información, de las comunicaciones electrónicas, y de su proyección en el diseño y construcción de la Sociedad Global de la Información, no resulta tarea fácil. Acaso falte asentamiento en la comprensión de los fenómenos de todo tipo que contribuyen a forjar las categorías y técnicas jurídicas aptas para servir al entramado de actividades y servicios que se brindan a través de los medios electrónicos en un mundo interconectado y global. O quizás porque todavía se carezca de la suficiente perspectiva para el análisis sereno de los acontecimientos que se prodigan continuamente en un campo en el que la novedad es tan efímera como relevante.

El impacto de las tecnologías está sin duda en el origen del formidable cambio en nuestras sociedades, en las que la información es un bien valioso y desigualmente repartido. Garantizar el acceso a las fuentes de la Información de forma eficiente, asequible, sin estrangulamientos ni distorsiones, equitativamente, es uno de los más formidables retos que galvanizan el esfuerzo de los hombres en este periodo de la historia. Proporcionar seguridad jurídica -*ubi societas ibi jus*- es el objetivo inmediato de cualquier aventura del hombre en Sociedad, hoy como ayer y como siempre. El Derecho se erige así en una meta, un ideal, un valor insustituíble en el mercado de las ideas y en las aspiraciones de nuestro tiempo, con mayor fuerza si cabe.

Y es bien conocido que las tecnologías- y quizá en mayor medida las que están al servicio de la Información- arrumban pronto en el desván de los recuerdos las categorías, las técnicas y los contenidos jurídicos más firmemente anclados en las estructuras sociales, económicas, políticas e ideológicas. Las normas se hacen obsoletas por el impacto de las tecnologías y es preciso cambiarlas, siempre bajo la perspectiva de una concepción utilitarista del Derecho y de sus formas, siempre al servicio del hombre.

Con estas limitaciones, y las que se irán añadiendo a medida que se avanza en la comprensión

de las técnicas jurídicas en el ámbito concreto de las tecnologías de la Información, el presente Curso pretende dar una idea coherente y sistemática sobre el conjunto de instituciones y técnicas jurídicas que sirven al mundo de las telecomunicaciones y las comunicaciones electrónicas en general, escogiendo las áreas de especial importancia y relieve en este ámbito.

Se han elegido cuatro áreas temáticas, que por su proyección y su despliegue son sintomáticas en el conocimiento y comprensión de la problemática jurídica en el objetivo señalado. La primera abarca las telecomunicaciones propiamente dichas, reducidas ya -como muestran los últimos documentos e instrumentos normativos de la Unión Europea- al suministro de redes y servicios. Es el Derecho de las Telecomunicaciones en su más prístina acepción, como reflejo del nuevo sistema que ha sustituido a otros que estuvieron vigentes durante décadas en nuestro ancho mundo: el sistema de regulación para la competencia y la satisfacción, en todo caso, del interés general que planea hoy como ayer sobre un sector, de tan singulares características y proyección sobre el conjunto de actividades económicas, sociales y políticas, como es el de las telecomunicaciones.

Exponer cómo se ha llegado a formar este Derecho, cuáles son sus características, contenidos, técnicas e instrumentos es el objetivo de esta área temática, condensada en el Modulo II. Para ello se sigue la estructura didáctica habitual de presentar los sujetos o agentes, el objeto de la regulación, las actividades reguladas en torno a las dos grandes categorías que se dibujar en las tendencias del moderno Derecho de las Telecomunicaciones, las redes y los servicios propiamente dichos, los recursos escasos elementales en la industria de las telecomunicaciones y objeto preferente para la efectiva accesibilidad y funcionamiento de un mercado cierto y eficiente, la Administración de regulación, como novedoso tipo de Administración que obedece al perfil del Estado de nuestro tiempo en el campo de las actividades económicas: el Estado regulador.

En fin, se dan cuenta de otros motivos de atención del que ya se denomina interés regulatorio, como el ilícito o contravención a la norma, en su más amplio sentido y comprensión, de especial interés en un entorno tecnológico que- fruto paradójico del progreso- es a la vez plataforma para la innovación y cauce abierto para la conculcación de las normas, y el atentado a valores y principios y derechos fundamentales en nuestras sociedades

La segunda área temática escogida, que es objeto del Modulo III, es la que concierne a la proyección de los derechos fundamentales y la necesidad de proteger valores tan sustanciales y queridos en nuestro universo de valores como la libertad de expresión, el secreto de las comunicaciones o la protección a la intimidad, cada vez más vulnerable y expuesta al formidable poder de las tecnologías de la Información.

En tercer lugar, el Curso acomete otra área de singular importancia, cual es la relativa al sector Audiovisual que, por sus especiales connotaciones en relación al tipo de comunicación que comporta, es el eterno hermano separado, en lo que toca a la regulación, inasequible al cambio que propicia el fenómeno de la convergencia. Son dos los temas tratados en este Módulo, que destacan por su relieve en el entramado institucional y jurídico del sector audiovisual: la estructura del sector en sí y la configuración del Derecho Audiovisual dentro del conjunto del Derecho general delas Telecomunicaciones y los contenidos audiovisuales en tanto en cuanto constituyen el *punctum pruriens* que apoya todavía una regulación por separado al convertir a los servicios audiovisuales en medios de comunicación social, con todo lo que ello significa para el mundo del Derecho.

Finalmente se retiene, por su importancia, actualidad y trascendencia jurídicas, el fenómeno **Internet** y sus implicaciones en el Derecho. Muchas son en efecto tales incidencias y pocas las páginas que a tan singular fenómeno se dedican en el presente libro, pero se deja constancia de los lineamientos esenciales de que parte la regulación de la Red de Redes y de los campos que

abre, las inquietudes que suscita y los interrogantes que plantea en un entorno todavía atónito ante la fuerza, la rapidez y el impulso de **Internet** y de los innumerables servicios que brinda la Red.

Dentro de esta área, que constituye el modulo V, ha sido forzoso también escoger. Y la lección ha ido por el camino de destacar los aspectos más relevantes, por su problemática, por los conflictos surgidos o por la aplicación y uso masivo por la ciudadanía de estas tecnologías de la Información en los más amplios confines. Son respectivamente, el tema de la regulación en Internet, habida cuenta de sus características, dando paso a exponer los lineamientos y tendencias en su regulación; los bienes especiales, Propiedad Intelectual e Industrial, que reciben una proyección y tratamiento singulares cuando se usan comercializan y disfrutan a través de Internet; los derechos fundamentales que se ejercen –y se contravienen, con dolorosa frecuencia-por Internet, dentro de un amplio escenario abierto en la pugna eterna, que las dimensiones y caracteres de la Red de redes han exacerbado, entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a proteger determinados bienes y valores, y en consecuencia el régimen del control de contenidos y la responsabilidad que ello encierra en el orden penal, administrativo o civil.

Finalmente se abordará también, por la línea de su importancia acreditada por el uso creciente y su expansión en el seno de una denominada economía digital, el aspecto de la contratación y el comercio electrónico, pasando repaso a los problemas que suscita y algunas de las soluciones que brinda el derecho comparado, atento en todas las latitudes a la regulación, en correspondencia con el deseo universal de alcanzar una seguridad jurídica en las transacciones a través de este novedoso y sugestivo instrumento del comercio instantáneo y sin fronteras.

Pero previamente a todo ello- no en vano el mundo de las telecomunicaciones es un mundo sobre el que inciden los más variados enfoques y disciplinas- y con el objetivo último de explicar y justificar la adopción de técnicas jurídicas adecuadas, se presenta en un Módulo de Introducción, el entorno tecnológico, económico, político, social e ideológico en el que nace, se desarrolla y se transforma el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información.

Tales son los lineamientos esenciales del presente Curso en lo que respecta a su contenido.

Y en relación a la forma en que se ha elaborado, alguna explicación debe darse con el fin de situar a los lectores y alumnos en la comprensión del Curso diseñado. No resulta difícil comprender cómo una exposición sobre contenidos jurídicos ha de enfocar ineludiblemente el derecho positivo, siguiendo los lineamientos de una concreta legislación. Y ello sin perjuicio de asentar los razonamientos y las exposiciones producidas en la doctrina y las decisiones de los tribunales y órganos de resolución.

Pero semejante planteamiento podría ser sintomático de una limitación en el enfoque, habida cuenta de la proyección que se pretende y del análisis de una realidad institucional que trasciende en la hora presente las fronteras de cualquier ordenamiento positivo. Por ello el enfoque metodológico se ha centrado en la presentación de los problemas y de las soluciones alcanzadas en una perspectiva general, común a los países que abordan la liberalización de las telecomunicaciones -o la desregulación- y que se alinean sobre un nuevo sistema de ordenación y de explotación de las telecomunicaciones asentado sobre los mercados y la satisfacción en todo caso del interés general que subyace a un sector de necesidades tan básicas como son las de la telecomunicación para amplios contingentes de la ciudadanía.

Fiel a los esquemas de una globalización jurídica muy avanzada en el mundo presente o a los de esa misma Sociedad del Conocimiento que impide la compartimentación -y mucho menos geográfica- de los saberes, el mundo se decanta hoy sobre postulados uniformes, a pesar de la diversidad o de la diferencia. Es posible concebir el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información en esta perspectiva como un Derecho común, que se va diseñan-

do y uniformizando a medida que avanzan los procesos de liberalización o de integración supranacional. Los mismos problemas surgen como consecuencia de la implantación de las reglas del mercado y la necesidad de preservarlo, garantizando la libre y efectiva competencia. Y similares son, por no decir idénticas en muchos casos, las soluciones retenidas.

En esta perspectiva, analizar las causas de la problemática suscitada, las razones de la regulación y la justificación o crítica de las soluciones alcanzadas, es una metodología que puede mostrarse como particularmente útil enderzada al objetivo didáctico que se pretende. Es preciso, en todo orden de investigación o de docencia, saber primero el **qué** de las instituciones, para analizar a renglón seguido el **porqué** y el **cómo**, para sopesar después la idoneidad o fracaso de ese **cómo** o de las técnicas que pretenden alcanzar los objetivos propuestos. Tal sería el esquema rudimentario de una elemental metodología jurídica muy útil por otra parte en la perspectiva docente que queda señalada.

Empero, no se evitan, antes al contrario, las referencias a la doctrina, o a los enfoques y soluciones de determinados ordenamientos, clave hoy en día para entender y conocer la transformación de las estructuras jurídicas del mundo de las telecomunicaciones, como pueden ser el derecho norteamericano o el derecho comunitario europeo. Y todo ello sin dejar de reflejar finalmente, con referencias más precisas, aunque, evidentemente no exhaustivas, el derecho español o el dominicano.

Por lo demás, una preocupación late en la exposición del Curso. La legislación y la reglamentación actuales, en los más variados ámbitos y confines -y en idéntica, cuando no mayor medida en el de las telecomunicaciones y las tecnologías de la Información- son realmente ingentes. Es una manifestación más sin duda de aquello que ya hace años expresaba un autor que aludía a la legislación motorizada como singular característica del Estado de nuestros tiempos. Para dar sentido a todo el conglomerado de normas que los nuevos sistemas de ordenación prodigan sin cesar es preciso adoptar un punto de coherencia y reconducir el piélago de disposiciones a un conjunto vertebrado de categorías y de instituciones que ayuden primero a entender y después a explicar el condensado mundo normativo de las telecomunicaciones y de las TI.

Preciso es hoy más que nunca que los árboles nos permitan ver el bosque y que los detalles no ensombrezcan o dificulten la visión del conjunto. Que los diversos elementos y partes se integren armoniosamente en un sistema. El hilo conductor de las ideas debe anteceder a la exposición de aluvión.

Esperemos que la obra que ahora se presenta cumpla con los objetivos marcados. Es el legítimo deseo de todo autor. Pero en las circunstancias presentes, el esplendor de las tecnologías brinda la posibilidad del reencuentro con el lector, con el alumno, a través de los medios elbectrónicos que sustentan el presente curso virtual. Autor y lector, profesor y alumno, se sitúan en una nueva perspectiva esperanzadora de comunicación, de interactividad en suma, que redime a autores y lectores de la soledad de la lectura individualizada y de la reflexión sin trascendencia. Si las tecnologías no podrán jamás sustituir al hombre en su esfuerzo y su talante, al menos pueden ayudarle a conocerse mejor a sí mismo y en relación a los demás.

José María Chillón Medina
Santo Domingo, R.D. Enero de 2004.

MODULO I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

MODULO I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Define este módulo el entorno en el que surge, se establece y desarrolla el Ordenamiento de las Telecomunicaciones y de las TI, en un escenario general. En consecuencia aborda, en una visión sintética y sistemática, el entorno tecnológico, económico, político e institucional en el que nace el ordenamiento, dentro de una perspectiva globalizada, para dar cuenta seguidamente de su evolución y cambio en las instancias internacionales y en el derecho comparado y, finalmente, presentar los perfiles del nuevo derecho para la regulación económica de la competencia, que es el trasunto último de la nueva ordenación.

Introducción.-

Las telecomunicaciones, las actividades audiovisuales y el comercio electrónico, bajo la rúbrica común de las comunicaciones electrónicas en la más reciente terminología acuñada por el derecho europeo, impulsadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información, están produciendo una transformación profunda en nuestra Sociedad, preparando el advenimiento de la Sociedad Global de la Información o del Conocimiento, como nuevo tipo de Sociedad Civil en la que los comportamientos, las conductas, las instituciones, las técnicas y maneras de hacer están experimentando día a día un proceso de innovación en todos los órdenes: normativo, económico, político, social, administrativo y en definitiva, jurídico e institucional de singulares proporciones e incalculable proyección.

La indudable relevancia de las comunicaciones electrónicas, en sí mismas consideradas y en relación a su incidencia sobre las empresas y actividades económicas en general así como sobre otros ámbitos de la vida pública, y el continuo proceso de cambio que el desarrollo incesante de las tecnologías y de sus aplicaciones provoca en el tejido empresarial, económico, social, político y cultural, hace precisa una extensión en el conocimiento de sus aspectos tecnológicos, financieros, económicos, empresariales y políticos, para adentrarse con éxito en la comprensión y fácil manejo de los conocimientos jurídicos.

La expansión de los servicios y redes de telecomunicaciones, la modificación que en los mismos ha supuesto Internet, su integración con los procesos empresariales apoyados en las tecnologías de la información, la aparición de nuevas formas de actividad empresarial, como el comercio electrónico, o el impulso de las actividades ya existentes como las audiovisuales, que pasan a integrarse con todos lo fenómenos citados, han de ser objeto de un detenido estudio dentro de lo que se ha llamado la Sociedad Global de la Información o la nueva economía digital globalizada.

En este primer módulo del Curso virtual sobre las telecomunicaciones y las tecnologías de la información justo es que abordemos, siquiera sea someramente, en tanto que Introducción General, y dando en ella los conocimientos básicos de carácter común a todas las demás partes o módulos, los diferentes marcos o entornos: tecnológico, económico, empresarial, social y cultural y político, amén del estrictamente jurídico e institucional, en los que surge, se desarrolla y aplica el ordenamiento de las telecomunicaciones y de los servicios de la Sociedad de la Información.

En el bien entendido de que esta parte de introducción necesariamente ha de versar sobre los conceptos y parámetros que configuran y condicionan el escenario de las instituciones y técnicas jurídicas que estructuran el mundo de la telecomunicación. Especial énfasis ha de ponerse en consecuencia en la consideración de que esos conceptos e ideas fundamentales se exponen con una metodología destinada a poner de relieve la manera en que los sucesivos entornos analizados inciden sobre y conforman la naturaleza jurídica e institucional de las comunicaciones electrónicas en su conjunto. Con ello se da la clave no solo para entender en su más exacta dimensión muchos de los fenómenos del cambio en las telecomunicaciones y demás tecnologías de la información, sino el ritmo de su transformación y las tendencias que se vislumbran en su desarrollo en la hora presente (Unidad Didáctica I).

Especial atención ha de ocupar dentro de esta visión el enfoque internacional de las telecomunicaciones, dando cuenta del hecho incuestionable de su internacionalidad, largamente considerada y que ha dado lugar a las relaciones interestatales o a relaciones supranacionales, en aquellos supuestos de una mayor o mejor integración en planos de supraordenación. Será la segunda de las unidades didácticas.

Asimismo -y sujetas como están a un cambio incesante en su formulación jurídica, consecuencia ineluctable de la revolución tecnológica sin duda, pero también de las propias transformaciones del Estado y la Sociedad en nuestro tiempo- las telecomunicaciones y las TI han sido enmarcadas desde el punto de vista jurídico e institucional con arreglo a diversas ideas y concepciones que constituyen los sistemas sobre los que se han montado los regímenes de ordenación y de explotación de las actividades y servicios de telecomunicaciones en el pasado y se proyectan sobre el presente. Ello será objeto de la tercera unidad didáctica.

Por último, aspecto fundamental de este análisis -y consecuentemente de esta metodología- es la determinación de lo que ha de constituir el elemento esencial de una actividad reguladora en la materia, tras el proceso de liberalización de los servicios públicos y la entrada en la organización y desarrollo del mercado, sin menoscabo de los principios de interés general o de servicio publico, presentes en la concepción unitaria de la ordenación de las comunicaciones electrónicas, tal y como se presentan en la actualidad.

En total, el Módulo I abarca cuatro unidades didácticas, respectivamente, dedicadas a:

1) EL ENTORNO DE LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA HORA PRESENTE: aspectos tecnológicos, estructurales, económicos, políticos e institucionales de las telecomunicaciones y de las TI. Los fenómenos de la Convergencia y de la Sociedad Global de la Información.

2) LOS ÁMBITOS GLOBALES, INTERNACIONALES O SUPRANACIONALES DE LA NUEVA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES. La Organización Mundial del Comercio, La Unión Internacional de Telecomunicaciones. La ordenación regional y supranacional. Derecho europeo

3) LOS SISTEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES. Las causas y las consecuencias del cambio en la ordenación.

4) EL SISTEMA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LA COMPETENCIA. Concepto, características, naturaleza, contenido. Principios estructurales y problemática común. Metodología para su conocimiento.

UNIDAD DIDACTICA 1.
EL ENTORNO DE LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.

SUMARIO.

Introducción.

I.-LAS TELECOMUNICACIONES TEMPRANO OBJETO DE REGLAMENTACIÓN POR LOS PODERES PÚBLICOS.

II.- LA REVOLUCION DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION. TECNOLOGIA, SOCIEDAD Y CULTURA.

III.- EL ENTORNO ECONOMICO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION. DEL MONOPOLIO NATURAL A LA ECONOMIA DIGITAL GLOBALIZADA.

IV.- LA CONVERGENCIA ENTRE LA INFORMATICA, EL SECTOR AUDIOVISUAL Y LAS TELECOMUNICACIONES PROPIAMENTE DICHAS COMO MARCO DE REFERENCIA GENERAL.

A.- La proyección de la convergencia.

B.- El Libro Verde de la Convergencia de la Unión Europea.

C.- Incidencia de la Convergencia en el marco regulatorio.

V. EN MARCHA HACIA LA SOCIEDAD GLOBAL DE LA INFORMACION O DEL CONOCIMIENTO.

VI.- ESTRUCTURA Y CAMBIO DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN AMERICA LATINA.

A.- La situación estructural preexistente al cambio.

B.- El estatuto jurídico de la explotación de las telecomunicaciones en la América Latina anterior a los procesos de privatización/liberalización.

C.- El cambio estructural e institucional de las telecomunicaciones en los países que integran la Región: ciertas particularidades del proceso.

D.- Los regímenes de monopolio temporal de hecho o de derecho: la exclusividad regulada o concurrencia limitada.

E.- El impacto del cambio institucional: el esquema regulatorio.

Introducción.-

No resulta difícil aceptar que los ordenamientos jurídicos, el Derecho en suma, incorporan una serie de valores y de principios para el desarrollo de la vida en Sociedad. Y que las normas jurídicas encuentran únicamente su explicación y razón de ser cuando se analiza y explica el entorno en el que se producen, se desarrollan, se aplican y se extinguen.

El sector de las telecomunicaciones –es bien sabido- es objeto de una profunda transformación en nuestros días que afecta incluso al carácter íntimo de la Sociedad. No en vano la Sociedad de la Información o del Conocimiento es etiqueta ya común en el bagaje literario de la modernidad. Transformación que es debida en primer lugar a la propia evolución que han experimentado las telecomunicaciones y las TI en sí mismas, dando cobertura sucesiva a diferentes concepciones en su formulación jurídica desde los primeros inventos del telégrafo y el teléfono hasta las más modernas y sofisticadas tecnologías de la Información, la red de redes o los servicios multimedia. Esta será pues la primera aproximación en nuestro estudio. **(I)**

En segundo lugar, debemos presentar los distintos ámbitos o entornos en que el fenómeno de las telecomunicaciones y las TI se desenvuelven y modelan su cambiante fisonomía. El entorno tecnológico, primero, para dar cuenta al menos de la transformación de las tecnologías y su incidencia en todos los demás ámbitos en que aquellas se desarrollan y aplican. **(II)**

E inmediatamente después, en directísima correspondencia, el entorno económico. Las telecomunicaciones, huelga recordarlo, es una industria, una actividad económica que da lugar a diferentes aplicaciones y servicios. Y acaso una de las industrias más potentes, en sí misma considerada y en tanto que motor de arrastre de otros sectores productivos. La consideración económica es así insoslayable. No en vano el sistema de ordenación vigente en amplias latitudes es denominado como de regulación económica para la competencia, o regulación económica a secas. El derecho de la competencia que lo penetra en una gran medida es un derecho, como es bien sabido, abierto enteramente a las consideraciones de la ciencia económica en todos sus aspectos y manifestaciones. Las tecnologías inciden sobre las aplicaciones y actividades y éstas sobre la oferta y la demanda, y sobre las estructuras económicas de las empresas. A su vez, el peso de las llamadas decisiones o resoluciones o negocios que tienen lugar bajo el nuevo sistema de regulación está influenciado por las soluciones de la ciencia económica o está condicionado por los análisis econométricos de los conceptos que nutren el panorama de las decisiones jurídicas. Las nuevas directrices del ordenamiento del régimen en competencia, como la orientación a costos de precios, eleva a lugar clave el valor de la información económica, a cuya obtención, fluidez y veracidad va dirigido todo un subsistema de reglas establecido, articulando específicas potestades instrumentales en manos de las Administraciones reguladoras. La exposición sobre el entorno económico es, con toda evidencia, insoslayable, siquiera sea con las limitaciones inherentes al sentido, enfoque y alcance de este curso virtual. **(III)**

Todo ello debe además ser examinado bajo el prisma unitario y global que las telecomunicaciones en nuestro mundo representan. Y que en consecuencia, deban ser presentados los tres ámbitos mayores en los que cabe analizar, explicar y sobre todo entender el talante y el alcance de las modernas tecnologías de la Información. Mundo global, aldea global, mundo cercano y a la vez distante en muchos de sus parámetros, pero mundo convergente y sucesivamente involucrado, para bien y para mal, en cotas crecientes de integración. Consideraremos pues el fenómeno de la convergencia- tecnológica, estructural, de mercados, política e institucional- **(IV)**, el marco global de la Sociedad de la Información como ámbito a la vez que como meta del moderno tipo de Sociedad **(V)** y finalmente la dimensión geográfica estudiando las características sectoriales y el cambio sobrevenido en los países de América Latina. **(VI)**

I.-LAS TELECOMUNICACIONES TEMPRANO OBJETO DE REGLAMENTACIÓN POR LOS PODERES PÚBLICOS.

Las telecomunicaciones en sus más tempranas aplicaciones atrajeron ya el interés del Poder público en su ordenación. Bien por razones de soberanía, de seguridad o de defensa, entre las que no se excluyen las puras motivaciones bélicas, el telégrafo, tanto electromagnético como óptico, y el servicio telefónico inicial inmediatamente acapararon el interés público. Se dice que la primera intervención del Estado en materia de telecomunicaciones se hizo en Francia bajo el reinado del ***Rey Luis Felipe de Orleans*** que decidió someter a autorización previa la utilización del telégrafo óptico de ***Chiappe*** como consecuencia de un formidable fraude en la Bolsa de París por el acceso privilegiado a este rudimentario medio de telecomunicación que había sido utilizado con notable éxito en las campañas bélicas de la convención en las batallas de ***Valmy y Jemmapes***. El telégrafo óptico de ***Chiappe*** también había sido objeto de reglamentación en España, por razones asimismo bélicas y para asegurar una correspondencia oficial. Por Real Orden de Carlos IV de 17 de Febrero de 1799 se aprobaba un primer proyecto para la instalación del telégrafo óptico y finalmente en 1831 se aprobó la construcción de una línea Madrid – Aranjuez y extendido por una Orden de 1844 para uso exclusivo del Gobierno.

En Gran Bretaña, también a impulsos de las Guerras Napoleónicas, los primeros tendidos del telégrafo óptico entre Londres y los Puertos del Canal fueron igualmente impulsados desde el Gobierno. Pronto el telégrafo óptico fue sustituido en toda Europa por la telegrafía eléctrica que también se puso a disposición de los poderes públicos, sobre todo para posibilitar la correspondencia oficial y sólo con posterioridad fue abierto al público y configurándose como un servicio público en gestión directa por el Estado.

En lo que toca al servicio telefónico podemos apreciar, en síntesis, en sus primeros albores, una evolución marcada por dos premisas: el interés público en su reglamentación y en la consiguiente búsqueda de títulos validos para ello y la marcha lenta pero inexorable hacia la unidad en la explotación del servicio, prefiguradora del régimen monopólico imperante durante un largo periodo en la historia de la ordenación de las telecomunicaciones.

Bell creó en Estados Unidos la ***Bell Telephone Company*** que en 1895 se transformó en la ***American Telephone And Telegraph Company (ATT)***, pieza clave en la génesis y evolución del régimen de las telecomunicaciones en los Estados Unidos. Esta compañía operaría bajo un monopolio de hecho que llegó, entre unas y otras vicisitudes a las **Telecomunications Act** de 1934 origen del específico sistema de regulación ejercido a través de la FCC sobre el monopolio integrado de las telecomunicaciones.

Por el contrario, en Europa la gestión del servicio telefónico abierto al público se hizo posible a través de la implantación progresiva del modelo de gestión en base a la idea de servicio publico en cuanto a la titularidad y la explotación del mismo de forma directa o mediante concesiones.

En Francia, la Ley de 26 de junio de 1879 estableció el sistema de concesión a particulares para construir y explotar redes telefónicas urbanas, mientras que las interurbanas eran instaladas y explotadas por el Estado. Más tarde la Ley de 16 de julio de 1889 optó claramente por el monopolio estatal de los servicios de teléfonos.

El régimen de fragmentación a cargo de concesiones particulares predominaba asimismo en Alemania en cuyo país a partir de 1891 se impone ya la conveniencia de unificar la red para todo el territorio cuando el sistema de comunicaciones telefónicas de larga distancia se ha hecho posible y asentándose sobre la misma el monopolio estatal.

En España, tras una primera etapa de reglamentación de policía administrativa, el Real Decreto de 16 Agosto de 1882 fué la primera norma que reguló el servicio telefónico sobre la inequívoca declaración de servicio público a través de la forma concesional en su explotación. Es de notar que en este Decreto el servicio se otorgaba sin privilegio de exclusividad, lo que constituía la base para la proliferación de concesiones de carácter urbano, de cuyo hecho no estuvieron ausentes los Ayuntamientos, que se constituyeron de esta forma en explotadores del servicio telefónico en amplias zonas del territorio nacional.

El Real Decreto de 11 de agosto de 1894 significó un giro copernicano en la gestión y explotación del servicio de teléfonos al reservarlo al Estado, que lo gestionó a través del Cuerpo de Telégrafos. Dos años después, el Real Decreto de 13 de junio de 1896 acusó la crisis generalizada en los recursos de la Hacienda Pública y la incapacidad el Estado para afrontar directamente el establecimiento y tendido de las redes por lo que se volvió al sistema concesional para la instalación y explotación de redes urbanas por un periodo de 20 años sin carácter de exclusividad. En 1890 se regularon por primera vez las redes interurbanas o de larga distancia y que resultaban imprescindibles para la expansión y continuidad del servicio y estableciendo un sistema mixto o dual: la explotación de las redes de larga distancia a cargo del Estado y por intermediación del Cuerpo de Telégrafos y redes urbanas explotadas por particulares mediante concesión. Este fue el régimen consolidado por Real Decreto de 11 de noviembre de 1890. Finalmente y dentro de esta etapa de fragmentación de las formulas de explotación del servicio telefónico con pluralidad de agentes y redes, el Real Decreto de 30 de junio de 1914 insiste en la idea del servicio público estatal y en gestión directa a través del Cuerpo de Telégrafos

La marcha hacia la unidad en redes, en regímenes de explotación y en titulares de gestión de los distintos servicios urbanos desembocó finalmente en la creación de la Cía. Telefónica Nacional de España para la organización, reforma y ampliación del servicio telefónico nacional, a través de un modelo de monopolio pro futuro y de rescate de concesiones preexistentes que había de consolidar el monopolio de la compañía a través de la formula participativa del Estado.

En Europa, como vemos, partiendo de postulados y principios distintos, se llegó asimismo a puntos de arribada muy semejantes en cuanto a la monopolización del servicio, estructurada, a partir de una cierta época de fin del XIX y comienzos del XX en torno a la titularidad pública del servicio telefónico, casi siempre en gestión directa o a través de empresas concesionadas e intervenidas intensamente por el Estado como era el caso de España dentro de los países europeos.

> En el continente europeo, la búsqueda de títulos validos y legítimos para desarrollar y ejercer la intervención el Poder público fue una constante, no necesariamente limitada al campo de las telecomunicaciones. Superado el primer momento de adscripción a la actividad ordinatoria del Estado, con fines y técnicas inherentes a una gestión oficial de los servicios de telecomunicaciones, la subsiguiente apertura al público dió pábulo para la eclosión de la idea básica del servicio público. En España ya en 1882 el servicio telefónico se declara como servicio público y se dicta una reglamentación al efecto. Posteriormente en 1886 la gestión del servicio es asumida directamente por el Estado, bajo las presiones del Cuerpo de Telégrafos. La práctica situación de quiebra de la Hacienda Pública en 1891 implicó el abandono de la gestión directa por parte del Estado y el establecimiento de concesiones de carácter urbano, sin unidad de red y en régimen de no exclusividad.
>
> La fragmentación a que condujo este sistema inició la larga marcha hacia la unidad en torno a una política de rescate de concesiones, a la emergencia de la Compañía Peninsular de Teléfonos y finalmente a la implantación del monopolio de jure en 1907 y reforzado en 1914. El servicio urbano era ejercido tanto por particulares en su gestión como por Ayuntamientos y Diputaciones. Finalmente la unidad se consolidó en torno a la Compañía Telefónica Nacional de España, creada ex profeso en 1924, con participación de capital de ATT que establece el primer marco normativo de carácter unitario para los servicios de telecomunicaciones dentro del Estado Español y sobre la base de un sistema concesional, original en cuanto a la forma de intervención del Estado en la configuración del servicio telefónico.

Como decimos, esta primera época estuvo marcada por la búsqueda de títulos válidos para la intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones. El primer título que se consideró fue el que permitía la intervención del Estado y sus condiciones como consecuencia de la utilización del demanio público inherente al establecimiento de las redes y sistemas de telecomunicaciones. El título era en consecuencia de carácter puramente demanial, como fue así mismo extensivo y operativo en otros sectores en los que predominaba la obra pública o la utilización o invasión del dominio público viario.

Posteriormente se afianzó y consolidó la idea del servicio público en su aspecto formal y en gestión predominantemente directa tanto centralizada como descentralizada. El régimen nucleado en torno a la idea sustantiva del servicio público, en tanto que reserva al Estado de una actividad, prevaleció como es sabido hasta los procesos de despublificación que tienen lugar a partir de los años 80.

Hasta 1966, fecha de la Ley General de Telecomunicaciones num. 118, sólo existían en República Dominicana, previsiones legales aisladas para regular el sector de las telecomunicaciones, como aquellas que conformaban el Título VI, de la Ley de Vías de Comunicaciones. En el tiempo de promulgación, esta ley constituyó un extraordinario instrumento de regulación del sector. Sin embargo, los extraordinarios adelantos tecnológicos, así como los profundos cambios inspirados en el sector de las telecomunicaciones por la globalización de la economía mundial, convirtieron dicha pieza legislativa en un instrumento deficiente y obsoleto, que ameritó ser sustituído por la nueva Ley General de Telecomunicaciones No. 153-98, del 28 de mayo de 1998.

Pero el cambio sustancial que tuvo lugar en las telecomunicaciones a partir de esa fecha vino precedido por una formidable revolución tecnológica que abrió las puertas para una nueva era, la Era de la Información.

II.- LA REVOLUCION DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION. TECNOLOGIA, SOCIEDAD Y CULTURA.

Si reducimos al mínimo la noción de telecomunicación, podemos sentar que ésta no es más que mero transporte de la información a distancia, por medios propios y adecuados a esa transmisión. La telecomunicación, en consecuencia, produce la transmisión de señales inteligentes por medios específicos (cable, ondas, etc.). La transmisión de esta información presenta aspectos clave desde el punto de vista técnico, los cuales tendrán incidencia en las estructuras económicas de explotación y, por ende, en los sistemas jurídicos de ordenación.

Entre estos aspectos destacamos los siguientes elementos que conforman el concepto telecomunicación:

- Emisión de la información.
- Tratamiento de la información producida en señales que puedan ser transportables por los medios de telecomunicación.
- Transporte de la información así transformada y enrutamiento de la misma para lograr la utilidad esperada.
- Satisfacción de la necesidad de comunicación por el usuario final a través de medios que vuelven a transformar los impulsos transportables en las señales inteligentes que constituyen el objeto y el contenido de la información. Constituye el elemento o fase de la recepción.

Estos cuatro elementos constituyen de por sí un programa para el desarrollo de una problemática jurídica asociada, puesto que el conjunto de operaciones impuestas para cada uno de esos elementos es distinta en cada caso y genera problemas y necesidades jurídicas diferentes.

La separación limpia entre los diversos estadios de la telecomunicación no resulta, sin embargo, del todo cómoda en la práctica, y esta circunstancia acrecienta la dificultad de clasificar los diversos tipos de telecomunicaciones en servicios con imputación de regímenes jurídicos a cada uno de ellos. Y es por ello que las modernas leyes eluden cualquier clasificación, como tendremos ocasión de apreciar.

La información transmitida, según la definición más al uso de la telecomunicación (UIT, a partir de Nairobi) puede consistir en señales, imágenes, escritos, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza. Pese a la aparente heterogeneidad de los posibles objetos de la telecomunicación, la definición legal, comúnmente instalada ya en las leyes de telecomunicación de nuestro tiempo, la formula de cierre “informaciones de todo tipo” se revela como cláusula *ad cautelam*, de forma que queden incorporadas en el concepto toda clase de señales con significado que puedan transportarse a distancia, y por medios específicos, para integrar el concepto básico de telecomunicación.

Los medios por los que se produce la telecomunicación han de ser específico de ésta. No se han de incluir evidentemente la transmisión a distancia por medios ópticos (banderas, humo, etc.). Por ello adquiere singular importancia -en la perspectiva jurídica que nos incumbe, con independencia de otras- el examen de estos medios. La estereotipada frase de la definición UIT “hilo, radioelectricidad, los medios ópticos, u otros sistemas electromagnéticos” acusa ya el pesado lastre del paso del tiempo, sin que tengamos en cuenta por ahora su falta de rigor técnico. Todos los medios de telecomunicación pueden ser reconducidos a dos: ondas electromagnéticas transmitidas con guía artificial y ondas electromagnéticas sin guía artificial. En el primer caso estamos ante el cable o hilo. En el segundo, ante las ondas hertzianas. La capacidad, velocidad de transmisión, calidad de la señal transportada será distinto en cada caso. La estructura de la comunicación establecida también, en principio, aunque las transformaciones de la configuración del transporte en las redes

hagan quebrar ya en muchos casos esta afirmación, como acontecerá en los modernos sistemas multimedia y la consecuente posibilidad de la interactividad en ambos tipos de transmisión.

Pero no hay duda que la propia especificidad del medio empleado -cable o espectro- será circunstancia decisiva en el modo de explotación y en la problemática jurídica que se plantea en cada caso. En el cable, los derivados de los tendidos o establecimiento de redes, básicamente; en la transmisión por ondas, la gestión de un bien conformado como de dominio publico o reservado, el espectro de frecuencias radioeléctricas. Pero no terminan ahí los problemas jurídicos que se presentan, si se piensa que la señal trasmitida (voz, datos, imágenes, sonido) ha dejado de tener especificidad y autonomía desde el momento en que puede ser reducida a unidad de información mediante la digitalización, con la consecuente eclosión de los diversos servicios que conforman el universo multimedia e Internet en las telecomunicaciones actuales.

El imparable impulso de las tecnologías de la información ha incidido profundamente en cada uno de los elementos o fases integrantes del proceso, lo que finalmente ha repercutido en todos los aspectos y ámbitos de la telecomunicación moderna.

El desarrollo de las tecnologías se ha producido en cada uno de esos elementos integradores de la definición por lo que muy esquemáticamente podemos marcar el sentido de la evolución tecnológica en torno a una serie de fases, como sigue:

1.- TECNOLOGÍAS ASOCIADAS A LOS PRIMEROS DESARROLLOS: TELÉGRAFO ELÉCTRICO Y TELÉFONO A PARTIR DEL DESCUBRIMIENTO DE *GRAHAM BELL* Y POSTERIORES MODIFICACIONES.

El descubrimiento de la electricidad, en la égida de la primera revolución industrial todavía, significó desde el principio un notable desarrollo en el funcionamiento de la telecomunicación. La propagación del sonido mediante impulsos eléctricos transmitidos por hilo fue el detonante de una rápida expansión, pese a las dificultades iniciales, en la distribución de la información y en la conmutación El teléfono sólo pudo constituir una red de conmutación mundial cuando pudo depender de la electricidad. Las sucesivas mejoras de la distribución y el establecimiento de redes transversales de tránsito contribuyeron a alimentar la tendencia en la consolidación del servicio telefónico como servicio público y con progresivo alineamiento a un régimen de unidad de explotación. En suma, la evolución de las telecomunicaciones en este ámbito vino presidida por la combinación de las tecnologías de nodo (conmutadores y selectores de rutas electrónicas) y los nuevos enlaces (tecnologías de la transmisión).

2.- INVENCIÓN Y APLICACIÓN DE LAS RADIOCOMUNICACIONES O DE LA TRANSMISIÓN POR ONDAS HERTZIANAS.

En 1888 **Hertz** descubría las ondas electromagnéticas, medía su velocidad y longitud, determinaba su frecuencia e inauguraba así una nueva época en el progreso de la telecomunicación, la telegrafía y la telefonía sin hilos. Primero con fines públicos o afectos a objetivos de seguridad y más tarde extensivos a los particulares, dando lugar ya a una primera manifestación de servicios tanto bidireccionales (telefonía sin hilos) como unidireccionales (buscapersonas, telemando, radiobúsqueda etc.).

Avance prodigioso en la evolución de los sistemas de radiocomunicación fué la telefonía móvil automática, en su doble versión de telefonía analógica y de telefonía digital, y dentro de esta última, los sucesivos sistemas habidos, el GSM, el DCS-1800 o finalmente el UMTS que han

dado origen a cambios en los sistemas de regulación en los que estamos inmersos en nuestros días todavía.

Por ultimo cabe destacar que las radiocomunicaciones pronto sirvieron para constituir un nuevo tipo de servicios, ya en el ámbito de la difusión (desde un emisor a receptores múltiples, indistintamente) con una problemática jurídica asociada ya desde el primer momento a su concepción como medios de comunicación social. La Radio y la Televisión y las sucesivas invenciones (modulación de frecuencias en la radio, descubrimiento del transistor, digitalización, evolución de los medios de transporte de la señal mediante satélites de comunicaciones), iban a transformar rápida y profundamente el medio de la Radiodifusión, configurándolo desde el inicio como un servicio público separado.

3.- INVENCIÓN Y DESARROLLO DE TECNOLOGÍAS ASOCIADAS A LA TRANSMISIÓN DE IMÁGENES A DISTANCIA (TELEVISIÓN EN SUS VARIADOS SISTEMAS, POR ONDAS, POR CABLE, VÍA SATÉLITE, ETC.).

Pero es en el campo de la televisión en donde los avances tecnológicos constituyeron el punto de lanza de la revolución informacional de nuestros días. Fruto primero de experimentación, el sistema de comunicación de imágenes a distancia en tiempo real mediante ondas eléctricas se benefició de los adelantos de la electrónica y del iconoscopio para su implantación y desarrollo posterior. Los perfeccionamientos habidos desde entonces en la emisión, transporte y recepción de las señales televisivas y sobre todo la sucesiva aplicación de ondas cortas facilitaron la capacidad de transmisión y la calidad de las imágenes transmitidas. La utilización de los satélites contribuyó a la dimensión universal y global- no exenta de problemas jurídicos importantes -en la emisión, distribución y recepción de programas tanto centralizados como directamente por los usuarios. La extensión de las redes de cable y la digitalización completaron los desarrollos tecnológicos de este medio, abierto todavía a incesantes cambios no solo técnicos, sino comerciales, jurídicos y políticos e institucionales. A ello no resultó ajeno el hecho de la multiplicación de canales disponibles, las plataformas de recepción, la diversificación de contenidos y las sucesivas modalidades de uso y disfrute del medio (televisión bajo demanda, de acceso restringido, etc.). Las sucesivas generaciones de sistemas de televisión- por ondas terrestres, locales, por satélite, digital, etc.- están en la base de estos desarrollos y descubren ya en su simple enunciado la multiplicidad de cuestiones jurídicas que plantean en todos los órdenes.

4.- EXTENSIÓN Y MEJORA EN LA CAPACIDAD DE LAS REDES DE TRANSPORTE.

La combinación de todas las tecnologías señaladas se traduce en definitiva por una mayor capacidad de las redes de transmisión y un abaratamiento de su coste, factores sin duda que van a incidir directamente en la estructura de los sistemas de telecomunicación y en el régimen de su ordenación y explotación.

La progresiva utilización de ondas cada vez más cortas- llegando a las microondas- y en consecuencia, de mayor frecuencia, representa un aumento en la capacidad. Pero, en el reverso, presentan los inconvenientes propios de la escasa calidad de la transmisión y la posibilidad de interferencias. Además, exigen una corta distancia entre las emisoras y los receptores. La solución vino dada- entre otras- por la utilización de redes de satélites, y en particular los satélites sincrónicos o geoestacionarios (coincidentes con la rotación de la tierra y asegurando una cobertura total en el tiempo) y los satélites activo- pasivos, de emisión y recepción de señales.

5.- APLICACIÓN DE FIBRA ÓPTICA Y DESARROLLO DE LOS SISTEMAS DE INTELIGENCIA DE RED.

Las Tecnologías de la Información están constituidas por el conjunto convergente de las tecnologías de la microelectrónica, la informática, las telecomunicaciones y la optometría (**Manuel Castells**). Pero la perspectiva clave es la de que la transformación tecnológica se realiza en clave digital, en lenguaje digital común.

La fibra óptica permite con mayor capacidad y velocidad la transmisión de paquetes digitales y acentúa la separación estructural de la red y de los servicios.

La aplicación de software y hardware, aparte de mejorar la transmisión, introduce elementos que configuran la inteligencia de red y la mejora y el incremento de aplicaciones.

6.- LA AGREGACIÓN DE VALOR Y LOS SERVICIOS TELEMÁTICOS.

La progresiva implicación de la Informática y de las Telecomunicaciones trajo consigo el desarrollo de los denominados servicios telemáticos, tales como intercambio electrónico de Datos **(EDI)**, la transferencia electrónica de fondos y otros servicios calificados como de transmisión de datos, o bajo la etiqueta jurídica amplia de servicios de valor añadido o agregado. Estos servicios necesitaban un soporte, circunstancia que hizo asimismo evolucionar las redes locales o **LAN**, hacia la Red Digital de Servicios Integrados, en los albores del desarrollo e implementación de los genéricamente denominados servicios telemáticos. La **RDSI** a su vez, bajo el impacto transformador de la digitalización en la capacidad y velocidad de transmisión y la utilización de la banda ancha, fue evolucionando hacia la Comunicación Integrada de Banda Ancha **(IBC)**.

7.- DIGITALIZACIÓN Y USO INTENSIVO DE HARDWARE Y SOFTWARE Y APARICIÓN DE LAS APLICACIONES Y SERVICIOS MULTIMEDIA.

El impulso decisivo para la eclosión de nuevos servicios de telecomunicaciones aparece, desde el punto de vista técnico, vinculado a la digitalización que permite la reducción de todas las señales inteligentes, en sus variadas manifestaciones (voz, imágenes, datos) a una unidad común estructurada con arreglo a un código binario y que constituye la unidad básica de información. La señal digitalizada se transmite, se procesa, se almacena y se combina incesantemente dando lugar a los distintos servicios que configuran el escenario actual de las telecomunicaciones. Los ***bits*** forman el contenido uniformizado de la información transmitida. Pero ello no solamente aumenta la velocidad o la capacidad en la transmisión sino que provoca una proliferación de nuevos servicios en cada una de las modalidades de telecomunicación y concluye finalmente en el fenómeno de la convergencia y en su paradigma que es Internet. La evolución de las tecnologías y su aplicación concreta a los distintos elementos que conforman el concepto de telecomunicación está en la base de la transformación del sector, provocando simultánea o sucesivamente cambios en los modelos económicos de explotación y en los regímenes jurídicos asociados.

8.– HACIA LA SOCIEDAD Y LA ERA DE LA INFORMACIÓN.

Las telecomunicaciones actuales se diseñan bajo el esquema de una incesante combinación de todas las invenciones técnicas expuestas y de las posibilidades de aplicación que generan. Se transmiten, a grandes velocidades, ingentes masas de información susceptibles de todo tipo de señales, que, a su vez, dan lugar a gran diversidad de aplicaciones y servicios de todo tipo y con la posibilidad al propio tiempo del tratamiento de la información, procesando, almacenando, trasmitiendo y reproduciendo las variadas señales.

Si a ello se le añade la dimensión mundial de la Red de Redes, que forma una malla inmensa de ordenadores interconectados y que todo este proceso informacional se realiza de forma interactiva entre los diversos agentes y actores que pueblan el mundo de las comunicaciones electrónicas, fácilmente se llega a comprender que sin duda alguna estamos ante la nueva Era de la Información o la Era Digital **(NICOLAS NEGROPONTE)** y ante un nuevo tipo de Sociedad, la Sociedad- Red **(MANUEL CASTELLS)**. Las consecuencias constatadas e inimaginables de todo este panorama nos permiten aventurar, cuando menos, que estamos realmente ante un nuevo y sustancioso giro en la Historia de la Humanidad.

Las innovaciones tecnológicas están en la base de las transformaciones del sector. Inciden directamente sobre las estructuras y las características económicas de la explotación de las telecomunicaciones y sobre las técnicas e instituciones de Derecho y otras manifestaciones culturales y sociales. Pero el proceso de influencia respectiva en todos los ámbitos es de tipo interactivo, a su vez. Las tecnologías instan el cambio económico, pero a su vez los factores económicos y jurídicos influyen -qué duda cabe!- sobre el desarrollo y aplicación de las tecnologías. Y unas y otras reciben la influencia de los factores políticos, jurídicos e institucionales en un proceso acumulativo- interactivo de indudable trascendencia.

III.- EL ENTORNO ECONOMICO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGIAS DE LA INFORMACION. DEL MONOPOLIO NATURAL A LA ECONOMIA DIGITAL GLOBALIZADA.

La industria de las telecomunicaciones presenta unas características determinadas que expresan y justifican el alcance y contenido de las reglas de derecho que las tienen por objeto.

Las estructuras económicas del sector evolucionan al paso y medida de las transformaciones del entorno, tanto tecnológicas, como políticas o institucionales. Y marcan el ritmo y mesura de los objetivos o fines de un sistema de regulación.

Interesa destacar cuáles son estas notas que configuran el sector desde el punto de vista económico, puesto que, como tendremos ocasión de apreciar, inciden directamente sobre el modelo y sobre el contenido de las normas y de las instituciones que lo disciplinan. Con todo, preciso es también advertir de antemano que, como consecuencia de las transformaciones señaladas, éstas características van cambiando y remodelando el sector desde todo punto de vista, por lo que muchas de ellas, como por ejemplo la tantas veces señalada tendencia de la industria de las telecomunicaciones al monopolio natural, van dejando de serlo a medida que las tecnologías van erosionando la estructura de costos en la producción de los servicios o introducen modificaciones sustanciales en los hábitos de consumo o en la demanda de los servicios.

Tradicionalmente se han considerado como notas características de las telecomunicaciones o circunstancias a tener en cuenta, desde el punto de vista económico, las siguientes:

- Industria de red, por la que los productos se distribuyen en malla hasta el usuario final.
- Fuerte presencia del capital, que es necesario para la expansión, conservación y mejora de las redes e infraestructuras y el mantenimiento en la calidad de los servicios. Las inversiones crecientes también son exigidas por la fuerte penetración de I + D. La inversión es intensiva en bienes de capital que son lentamente amortizables (teoría de los costos hundidos). Si bien este factor contribuyó en su momento a redoblar los argumentos en cuanto a la constitución y participación de capital público en el sector, los parámetros marcados por una sociedad de la información asentada sobre la iniciativa y la inversión privadas han hecho cambiar el punto de vista, trasladando el peso de la formación de capital al sector privado.
- Tendencia natural a la generación de economías de escala, debido a los altos costos en infraestructuras, de manera general. La utilidad es mayor por unidades marginales de producción, en principio, lo que sirvió para apuntalar en su momento la teoría del monopolio natural, hoy en franco retroceso, por cuanto las economías de escala tienden a desaparecer o a disminuir como consecuencia del grado de universalización de los servicios y de los costos decrecientes que ha traído consigo la microlectrónica, las nuevas aplicaciones de las tecnologías de transmisión, transporte, y el aumento de la capacidad de las redes.
- Existencia de fuertes barreras de entrada en los mercados, por la presencia de las denominadas externalidades. Estas implican la posibilidad de que las decisiones, estrategias, precios etc. que deba adoptar un operador establecido condicionen los derechos de los demás, sobre todo cuando este operador detenta una posición superior en tanto que operador dominante o con peso significativo en el mercado.
- Altos costos en la penetración capilar de los servicios en zonas urbanas, que hace irreductibles los monopolios o restricción importante de los mercados en el bucle local de abonado. Asimismo es causa, -además- de que por razones sociales o macroeconómicas, los servicios locales básicos aparezcan fuertemente subvencionados y en consecuencia originen fuertes déficits de acceso en la telefonía local y básica.

- Costos decrecientes en función de la distancia, lo que determina una estructura de costos diferentes entre redes y servicios integrados verticalmente y una invitación a la política de subsidios cruzados mediante la cual la larga distancia subvenciona a la telefonía local, o a que cierto tipo de servicios, como los residenciales, subsidien a los servicios básicos. La presencia de fuertes subsidios ha originado un desfase y un desequilibrio financiero entre distintos servicios que es una de las cargas más pesadas en los denominados costos de transición desde los monopolios a la libre competencia.
- Escasa penetración y densidad telefónica baja en países menos desarrollados y consiguiente reducción de la universalización de los servicios en estos supuestos.
- Influencia decisiva de los precios de la telefonía básica sobre la estructura de precios al consumo.
- Tendencia a la disgregación en la cadena de valor de los productos de telecomunicaciones como consecuencia del impacto tecnológico, el cambio estructural y la transformación jurídica e institucional que supone la liberalización progresiva en redes y servicios y el fenómeno de la convergencia entre los distintos subsectores que integran el gran sector de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información. Ello supone la proliferación de agentes y de servicios y marca el preludio para una política de alianzas y fusiones
- Necesidad de orientación a costos reales en régimen de competencia efectiva, lo que implica un interés especial del sistema de regulación por hacer fluida y posible la información económica de los costos en que incurren los operadores, por segmentos o elementos del negocio. Esta información, esencial en un sistema de competencia, impone a su vez una estructura determinada en los sistemas de contabilidad, la separación contable entre las actividades y servicios desarrollados por cada operador y en definitiva una imputación de costos detallada, en salvaguardia de la transparencia y la no discriminación en los mercados.
- Fuerte presencia de recursos escasos que actúan como obstáculos o barreras de entrada y de operatividad en los mercados, constituyendo estrangulamientos y cuellos de botella que deben ser eliminados mediante una política regulatoria que provea una gestión planificada y eficaz de cada recurso (espectro radioeléctrico, numeración, órbitas satelitales, derechos de paso e infraestructuras físicas, etc).
- Tendencia a configurar los costos marginales o incrementales a largo plazo como los mejor adaptados al logro de la eficiencia económica en las empresas de telecomunicaciones en libre competencia efectiva.
- Asimetría informativa sobre costos y componentes de los precios, entre los operadores entre sí, lo cual dificulta el régimen de transparencia que es esencial al desenvolvimiento de los mercados y que plantea la necesidad de la intervención regulatoria.

Todas estas circunstancias y caracteres económicos han pesado, según las épocas, y en función de la convivencia con otras (esencialmente los factores políticos e institucionales, o factores de tipo social, como la consideración de la telefonía como servicio básico esencial para la ciudadanía en general), en la implantación, modificación o revisión de los sistemas de regulación y ordenación de las telecomunicaciones. Las estructuras económicas que se van remodelando al paso de la incidencia de los diversos factores y circunstancias que confluyen hoy en día en el sector, constituyen asimismo la apoyatura o el argumento decisivo para la justificación o explicación de muchos de los cambios sobrevenidos en el sistema de ordenación.

Con independencia de las influencias que despliegan en la configuración de los mercados, en la estructura y estrategias de los agentes, como en suma, en todo el sistema de regulación para la

competencia, es indudable que, sobre el plano jurídico, se presentan con toda claridad, como hemos de ver a lo largo del presente curso, en instituciones típicamente regulatorias como la interconexión y acceso a las redes públicas, la determinación o financiación del servicio universal, (la llamada ***Competition Trilogy***: acceso, interconexión, servicio universal), el estatuto del operador dominante, la regulación de recursos escasos o la ordenación de los títulos habilitantes para operar redes o prestar servicios. Podemos señalar cuatro grandes aspectos sobre los cuales inciden las características examinadas:

1.- Sobre el modelo económico de explotación. Los factores que avalaron la doctrina del monopolio natural pugnan hoy por su abandono como consecuencia por la presencia de los costos decrecientes, resultado de la innovación tecnológica y de otros muchos factores, entre los que cabe contar el enfoque de los sistemas de ordenación hacia la inversión y la iniciativa privadas como motor del desarrollo (informe **DELORS** en el "***Libro blanco sobre el crecimiento, la competitividad y el empleo***" e informe **BANGEMANN** entre otros). Los factores económicos están en la base sin duda de la nueva ordenación para la competencia.

2.- Mantenimiento de las metas y objetivos de la vieja idea jurídico- política del servicio público en tanto que organización para la satisfacción de necesidades básicas, colectivas y esenciales para el conjunto de los ciudadanos y transformación de las técnicas operacionales para alcanzar esos objetivos. El servicio universal y otras obligaciones de servicio público en los ordenamientos que las han incorporado constituyen una versión actualizada de aquella idea dentro del esquema de regulación para la competencia.

3.- Acción reguladora del Estado con atribución de potestades a Administraciones especializadas en puntos neurálgicos que constituyen el contenido esencial de la intervención pública bajo el nuevo sistema, precisamente en función de las notas estructurales económicas y características que hemos señalado (acceso a instalaciones esenciales, vigilancia y control de precios y potestad tarifaria persistente, manejo equitativo y accesible para todos de los recursos escasos, eliminación y corrección de prácticas restrictivas de la competencia y abusos de posición dominante, etc.). Resulta significativo cómo la experiencia habida en la regulación económica implantada en numerosos países de nuestro entorno ha versado más sobre intervenciones para preservar y garantizar las reglas del mercado, promoviendo una libre competencia efectiva, que sobre intervenciones de carácter sustitutivo o subsidiario respecto de los denominados fallos de mercado. La consecuencia evidente que de ello se deriva inclina la balanza a favor de una visión más sistemática y coherente del modelo de regulación económica para la competencia, con carácter principal y completo y no como meramente subsidiaria y sustitutiva de la acción libre y espontánea de los mercados.

4.- Transparencia e igualdad en el acceso a la información de tipo económico como una de las claves de funcionamiento del sistema. Las características económicas señaladas y la orientación general a costos justifican el realce de la información económica, que se constituye en elemento fundamental para la regulación. Ello comporta, de un lado, el establecimiento de un régimen que haga fluir esta información de manera eficaz y transparente, y al mismo tiempo disponible para otros operadores, con la reserva de confidencialidad relativa a los denominados puntos sensibles, y de otro, que la información sea contrastada y suficientemente desglosada por elementos de producción para facilitar justamente la transparencia y la proporcionalidad que son principios básicos de la nueva ordenación. Instituciones básicas como la interconexión o la delimitación y financiación del servicio universal, o la determinación de los operadores dominantes en mercados relevantes se nutren de una información económica adecuada y expeditiva. El poder regulatorio ejerce potestades instrumentales que imponen obligaciones concretas a los operadores para la salvaguardia de los objetivos y principios de la ordenación. Los sistemas de contabilidad impuestos exigen que la información sea exacta, desagregada, puntual, veraz, contrastada y abierta.

IV.- LA CONVERGENCIA ENTRE LA INFORMATICA, EL SECTOR AUDIO-VISUAL Y LAS TELECOMUNICACIONES PROPIAMENTE DICHAS COMO MARCO DE REFERENCIA GENERAL.

A.- LA PROYECCIÓN DE LA CONVERGENCIA.

El fenómeno de la convergencia entre los subsectores de la información, las telecomunicaciones propiamente dichas, la informática y el audiovisual, integrados como consecuencia fundamentalmente del impacto tecnológico de la digitalización, ha hecho sentir la necesidad de elaborar un marco nuevo que modifique en cierta manera el anterior.

La convergencia constituye un proceso evolutivo en el que los distintos subsectores integrados interactúan entre sí produciendo elementos nuevos que es necesario tener en cuenta desde cualquier punto de vista: estructural, de mercado y fundamentalmente en el plano del ordenamiento sectorial específico.

La convergencia en efecto puede ser entendida de diferentes maneras.

Así podemos distinguir:

- Una convergencia tecnológica. Hoy día es un hecho incontestable la integración de elementos propios de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones con el uso de redes, de software y de elementos microelectrónicos. El elemento clave para la convergencia tecnológica es la digitalización que permite manejar de forma única toda clase de fuentes de información, por la reducción a una unidad, el impulso o *bit* común a todos ellos. También supone una mayor libertad a la hora de introducir *bits* de información relativos a la inteligencia de red. Junto a la digitalización es preciso tener en cuenta también la evolución de la microelectrónica y de las redes (posibilidad de redes alternativas en todo caso y que se manifiesta en todos los elementos que constituye la plataforma tecnológica: redes de acceso y tránsito y aplicaciones de servicios sobre los diferentes terminales de usuarios).

La convergencia implica:

- Desde el punto de vista de la oferta de servicios, la segmentación de la oferta según las diferentes plataformas para el transporte de tipos de servicios similares.
- Desde el punto de vista de la demanda, la aproximación de dispositivos de consumo en una única plataforma de usuario para una gama amplia de servicios.
- Desde el punto de vista de la regulación, la convergencia implica la distinción clara entre redes, servicios y aplicaciones.
- La convergencia está en la base de la explicación de una infraestructura universal de información que permita el uso y el acceso a cualquier tipo de información, llegando a cualquier usuario, en cualquier momento y con interactividad.
- Esta evolución tecnológica necesaria para el desarrollo de las redes, servicios y aplicaciones configuran la denominada sociedad de la información (en Europa) y las autopistas de la información (USA, informe **CLINTON-GORE**).

- Una convergencia de capital. En cuanto que implica una concentración de empresas siguiendo el prototipo de la cadena de valor, lo que determina el movimiento en pro de las alianzas o fusiones tanto verticales como horizontales que se realizan para compartir riesgos y para reunir competencias complementarias. Ello permite a determinadas empresas, prestadoras de servicios

u operadoras de redes, participar en otros segmentos del mercado tales como los de terminales, suministros de infraestructuras, producción de contenidos, etc.

- Una convergencia de mercados. Ubicada en la oferta de servicios desde el punto de vista del usuario, que percibe una unidad de aprovisionamiento (único proveedor, única factura, etc.), independientemente de las relaciones tecnológicas y jurídicas entre los distintos participantes en la cadena de valor (interconexión de redes, acceso a redes públicas, programación de contenidos, etc.).

Todo el fenómeno de la convergencia, que en realidad es único en sus variados aspectos, se enmarca dentro de la sociedad global de la información. En ella, las interacciones sociales y la calidad de vida de los ciudadanos depende en una buena medida de la posibilidad de éstos en accesar a la información disponible, de manera creciente, igualitaria, sin discriminación y con la calidad requerida y en el momento preciso.

El punto de arranque para la consolidación del fenómeno de la convergencia entre los subsectores de las telecomunicaciones, el audiovisual y la informática y de su incidencia sobre los ordenamientos sectoriales y en especial sobre la actividad regulatoria del Estado en estos sectores, esta constituido por los grandes avances tecnológicos que han propiciado un cambio drástico en la estructura de los mercados, en la organización de los agentes prestadores, en las condiciones de prestación de los servicios y de operación de las redes y en definitiva en la estructura y contenido del ordenamiento sectorial.

B.- EL LIBRO VERDE DE LA CONVERGENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Un documento básico para entender en su plena aplicación el fenómeno de la convergencia es el Libro Verde de la Comisión Europea de diciembre de 1997 denominado "***Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información sobre sus consecuencias para la reglamentación. En la perspectiva de la sociedad de la información "(COM (623, 3/12/1997. Comisión Europea. Bruselas 1997)).***

Como todo Libro Verde de la Unión Europea, plantea los problemas subsistentes, analiza las opciones y admite las sugerencias para un debate en profundidad entre los diferentes actores interesados. El Libro Verde contribuye decisivamente a fijar un nuevo marco de referencia para las políticas de la Unión Europea, con posterioridad a la culminación de los procesos de liberalización y subsiguiente entronización y consolidación de nuevos esquemas de ordenación.

Con el objetivo final de producir un ordenamiento adecuado a los nuevos planteamientos que la convergencia determina se constata una convergencia en los aspectos tecnológicos y en los aspectos estructurales de mercado a los que no acompaña necesariamente una convergencia de carácter regulatorio. Toda esta preocupación se sitúa en el nuevo horizonte definido por la sociedad de la información que se instala ya por derecho propio en el marco de las relaciones económicas, culturales, sociales y políticas de nuestro tiempo.

Existen cuatro niveles en los cuales puede darse el fenómeno de la convergencia.

1- En el de las tecnologías propiamente dichas
2- En la estructura organizativa de los agentes del sector, mediante estrategias de alianzas, concentraciones y fusiones

3- En los mercados de productos y servicios
4- En la regulación de los nuevos sistemas.

El hecho más relevante desde el punto de vista tecnológico que anuncia ya una profunda transformación en la manera de entender, gestionar y explotar los servicios y actividades de telecomunicaciones es la introducción de la tecnología digital, como hemos tenido ocasión de señalar. Mediante esta técnica se reconduce -ya lo hemos observado- a un denominador común toda la información (voz, datos, imágenes) que se trasmite a través de las redes y que configuran las diferentes aplicaciones y servicios en su sentido más amplio de telecomunicaciones. Ello ha producido ya de inmediato la separación estructural entre redes y servicios, otorgando una primacía en el tratamiento normativo en general a las primeras con progresivo detrimento de los segundos. Es así que los servicios de comunicación, tradicionales y nuevos, pueden prestarse actualmente a través de redes diferentes y con independencia del tipo de señal trasmitida.

La digitalización de las señales, el aumento de capacidad de las redes, la velocidad en el transporte de las señales, la diversificación y la integración progresiva de sectores o segmentos antes diferenciados, en una combinación incesantes de productos de telecomunicación abiertos a una demanda creciente y diversificada, está en la base misma de la transformación de los mercados, de la estructura, organización y actitudes de los agentes operadores y de los usuarios y de las relaciones jurídicas que los disciplinan.

El Libro Verde constata la existencia de una convergencia tecnológica y de mercados de los respectivos sectores mientras que la regulación permanece independiente de estos procesos. Todo ello lo plantea desde una perspectiva amplia: eliminar obstáculos para facilitar el advenimiento de la sociedad de la información y sus anunciados beneficios.

No obstante existen obstáculos reales todavía para la plenitud de este proceso de integración que el Libro Verde de la UE identifica y que se oponen al desarrollo de la convergencia y que es preciso eliminar o ir evitando progresivamente, para o con vistas a la implantación de la sociedad general de la información. Entre ellos cabe destacar la desprotección y la desigualdad en el acceso de los usuarios a las fuentes de la información; la persistencia de cuellos de botella en el acceso a las infraestructuras; los precios de los servicios de telecomunicación; la insuficiente protección, por insuficiencia de mecanismos efectivos, de los derechos de propiedad intelectual; la disponibilidad de los contenidos y la fragmentación del mercado interior europeo.

Entre los obstáculos potenciales el Libro Verde designa los siguientes:

- Las restricciones sobre el uso de las infraestructuras.
- Los precios de los servicios de telecomunicación.
- La disponibilidad de contenidos.
- La fragmentación de mercado interior europeo.
- La insuficiente protección de los derechos de propiedad intelectual.
- La incertidumbre en la regulación. .
- La multiplicidad de órganos reguladores.
- La entrada al mercado y obtención de licencias.
- Acceso a las redes.
- Sistemas de acceso condicional a contenidos.
- La atribución de espectro y otros recursos.
- Las diferentes maneras de plantear la consecución de los objetivos de interés público.

- La confianza de la población en el nuevo entorno.
- La ausencia de normas que hagan posible la interoperatividad y la interconexión de las redes convergente.

C.- Incidencia de la Convergencia en el ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones

Desde nuestra perspectiva lo importante es la incidencia que este fenómeno haya de tener sobre el ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones. Hemos tenido ocasión de contemplar algunos de estos aspectos, pero de forma sintética podemos exponerlos ahora como sigue:

1.- Separación estructural entre red y servicios.

La liberalización primero y la convergencia después han acentuado la separación estructural y ordinatoria de la operación de las redes y la prestación de dos servicios desde el momento en que estos pueden ser prestados de forma independiente de la red.

2.- La globalización y la dimensión desubicada territorialmente de la red.

La convergencia puede afectar seriamente a los modelos normativos actuales que se basan en la definición de las distintas actividades que se pueden desarrollar. El paradigma de la convergencia, esto es Internet, introduce significativas transformaciones en la concepción de los ordenamientos hasta ahora ceñidos a la dimensión territorial y nacional y cada vez más proclives a alojarse en una dimensión propia del ciberespacio que se define precisamente como la ausencia de espacio de los productos informacionales que transitan y se hacen efectivos a través de la red de redes.

3.- El otorgamiento de títulos habilitantes.

Conviene revisar esta política en función de lograr una mayor accesibilidad de los operadores potenciales a los mercados existentes y emergentes.

4.- Diferente tratamiento de las condiciones de interfuncionamiento de redes e interoperabilidad de los servicios entre los distintos sectores.

Como consecuencia de ello, la interconexión y el acceso a redes son tratados de diferentes maneras en los distintos sectores, conviniéndose en una cierta homogeneización que ponga los cimientos de una uniformización en el tratamiento jurídico

5.- La desigualdad en los precios por utilización del espectro.

Se advierte en el Libro Verde de la UE la desigualdad para ofrecer servicios multimedia en relación al precio superior por utilización del espectro que soportan las empresas de telecomunicación frente a los radiodifusores.

6.- Diferencias en los mecanismos de fijación de precios entre sectores. Consecuencia de los anteriores factores y circunstancias.

7.- Diferencias en la concepción de los objetivos públicos: servicio público en el sector audiovisual en razón de su configuración prevalente como medios de comunicación social, y el trata-

miento jurídico de las telecomunicaciones, normalmente alejado de la calificación de servicio público, al menos en su concepción y régimen tradicional o clásico.

8.- Las diferencias de financiación, pública o privada, que tienen los diferentes sectores y las distorsiones a la competencia que produce la desigualdad en el aporte de recursos públicos respecto de los radiodifusores o televisores públicos.

El **Libro Verde** prosigue para establecer una serie de principios comunes que han de prevalecer en las regulaciones futuras, por separado o conjuntamente, de los tres sectores convergentes:

1- La regulación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos claramente definidos.
2- Los futuros enfoques regulatorios deben responder a las necesidades de los usuarios.
3- Las decisiones tomadas en el ámbito del sistema de regulación deben guiarse por la necesidad de establecer un marco claro y previsible.
4- Garantía de plena participación en el entorno surgido de la convergencia.
5- La existencia de autoridades reguladoras independientes y efectivas será esencial para el proceso de convergencia.

Como es habitual, el Libro Verde de la Comisión culmina con el planteamiento de varias opciones que se abren a la consideración y debate de los diversos agentes públicos y privados, interesados.

Opción 1: respeta el ***statu quo*** de las regulaciones existentes profundizando en ellas para responder a las demandas del mercado.

Opción 2: coexistencia de un modelo de regulación independiente para las nuevas actividades con la reglamentación referente a telecomunicaciones y audiovisual.

Opción 3: introducción progresiva de un nuevo modelo de regulación que incluya tanto a los servicios ya existentes como a los nuevos.

La Comisión finalmente ha optado por esta tercera posibilidad que se materializa entre otros documentos en la revisión 99 y en las directivas que se han aprobado en el 2002 sobre el nuevo marco de las comunicaciones electrónicas y que tienden a dar respuesta a la inquietud producida por la necesidad de adaptar la normativa comunitaria al fenómeno de la convergencia en todos sus aspectos y manifestaciones. No obstante, pensamos nosotros, la revolución normativa anunciada no ha quedado sino en un proyecto de reforma sobre la base de profundización en los aspectos del marco regulatorio tradicional consolidado a partir de la culminación de la fase de integración en la competencia plena alcanzada a partir de 1998.

V. EN MARCHA HACIA LA SOCIEDAD GLOBAL DE LA INFORMACION O DEL CONOCIMIENTO.

La sociedad de la información se erige como un nuevo tipo de sociedad en la perspectiva histórica evolucionista. Frente a las sociedades agrarias de la historia, o industriales, que hicieron de la tierra y de la industria, el factor esencial respectivo de producción y por consiguiente de disciplina de las relaciones económicas, sociales, jurídicas y políticas, la Sociedad de la Información hace de ésta el valor fundamental y un bien económico esencial que puede producirse, transportarse y distribuirse y que se sitúa en la base de los procesos productivos.

Sin ánimo de glosar este aspecto de la sociedad global de la información- hoy denominada ya a través de la formulación, en el marco de la Unión Europea, a partir de la reunión de Lisboa del mes de Abril del 2000, como sociedad del conocimiento, lo que implica una selección de la información aprovechada con vistas a la producción creativa- la construcción, definición, fomento y progresión de la sociedad basada en este elemento clave constituye en el momento presente uno de los fines primordiales de la sociedad política en la era digital. A los poderes públicos corresponde la promoción y emergencia de la sociedad global de la información, en todos los confines y ámbitos. Existen intereses económicos, sociales, políticos e ideológicos en la construcción de la sociedad de la información que forma parte ya de la interacción entre cultura, tecnología e historia en la era presente. La convergencia es así un factor estratégico que aglutina la acción del sector público y del sector privado en pro de la construcción primero y mejora y expansión después de la denominada sociedad global de la información.

Entre los objetivos de la sociedad de la información están:

1- Garantizar un acceso igual y universal de los ciudadanos a las fuentes de la Información
2- Evitar las disfunciones sociales de la SI
3- Acentuar la dimensión netamente humana de la SI
4- Aprovechar los beneficios de la Sociedad de la Información evitando la fragmentación económica, social, cultural y geográfica
5- Insertar el conjunto de estrategias en el marco de las acciones macroeconómicas e institucionales relativas al marco general de desarrollo, crecimiento y aumento del bienestar general y de la calidad de vida

Diferentes iniciativas tomadas hasta el presente han jalonado el *iter* de la construcción de la SGI en el mundo. A este respecto debemos indicar, en primer lugar, en los Estados Unidos, el informe **CLINTON-GORE** titulado "***Technology for America's economic growth***". Inmediatamente después, la constitución de una infraestructura nacional de información ("***National Information Infraestructure***") con el objetivo de introducir rápidamente en el ámbito nacional las nuevas tecnologías de la información. Este informe señalaba que la fortaleza económica está determinada por la capacidad de transportar grandes cantidades de información y por la capacidad de utilizar y comprender esta información.

En la Unión Europea, en 1994, se presenta el libro blanco de **DELORS**: "***Libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo***" con el objetivo de crear un nivel competitivo para la economía europea y una expansión de la productividad y del empleo como únicas medidas de salir al paso del paro creciente. En este documento se plantea ya la marcha hacia la sociedad de la información subrayando la colaboración entre el sector público y el sector privado para acelerar la creación de las autopistas de la información.

Finalmente hemos de considerar el informe **BANGEMANN** titulado, "***Europa y la sociedad global de la información***" que propugna ya de manera abierta la liberalización completa de todos los segmentos y subsectores de las telecomunicaciones, el establecimiento de una autoridad reguladora a nivel europeo, la estandarización de normas técnicas aplicables, el ajuste de tarifas, y los llamados derechos emergentes en los ámbitos de la propiedad intelectual, la protección de datos personales y la seguridad. El informe **BANGEMANN** propone una filosofía concreta de accesar a la sociedad global de la información, haciendo descansar en definitiva sobre el mercado y la financiación privada la expansión de las redes públicas de telecomunicaciones, en la base de la sociedad de la información.

Desde ese año en Europa y en otros ámbitos el tema de la sociedad global de la información ha sido un tema recurrente como nuevo paradigma de la transformación del supersector de la información, en todos sus aspectos, incluído de manera muy notable, el aspecto regulatorio.

El 10 de Noviembre de 1999 y mediante comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, denominada "***Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones***", la Comisión europea viene a sentar paladinamente una idea básica: el marco regulador vigente fue diseñado inicialmente con la idea de gestionar la transición a la competencia, por lo que se centró en la creación de un mercado competitivo y en los derechos de los nuevos operadores que accedían al mismo. El nuevo marco regulador, prosigue la comunicación, tratará de reforzar la competencia en todos los segmentos de mercado, sobre todo a nivel local. En suma se recomienda que la regulación sea reducida al mínimo y alcance únicamente aquellos ámbitos o sectores para los que no llega el mercado, debiéndose cubrir por objetivos políticos.

Todo ello, resumimos, tiene importancia destacada sobre el plano regulatorio, es decir, influye decisivamente sobre la conformación del ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones o, más propiamente hablando, del hiper-sector de la información asentado sobre las nuevas tecnologías de la comunicación **(TIC)**.

En suma y de una manera general, la convergencia que está en la base de la construcción de la sociedad de la información comporta un cambio en el esquema de regulación o al menos la adaptación del marco preexistente en función, como señala el Libro Verde de la convergencia de la Unión Europea, de una serie de principios comunes que dirijan y sustenten las acciones futuras:

1- La regulación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos claramente definidos.
2- Los futuros enfoques de la reglamentación deben responder a las necesidades de los usuarios.
3- Las decisiones sobre la regulación deben guiarse por la necesidad de establecer un marco claro y previsible.
4- Garantía de plena participación en el entorno surgido de la convergencia.
5- La existencia de autoridades reguladoras independientes y efectivas será esencial para el proceso de convergencia.

Otras iniciativas en pro de la Sociedad de la Información y del Conocimiento han tenido lugar. Entre ellas destaquemos la del Grupo de los siete países más industrializados, el Grupo de los quince, con participación de los países en vías de desarrollo y en el marco europeo, la iniciativa ***e-Europe***.

En América Latina cabe contar asimismo con algunas iniciativas notables en pro de la construcción y desarrollo de la Sociedad Global de la Información, tales como el Acuerdo de Lima de 18 de Abril de 2000 en el seno de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones y en los planos nacionales, ***La Agenda de Conectividad***. ***El salto a Internet***, de Colombia, ***La Sociedad del Conocimiento***, clave para el Desarrollo, en Venezuela.

VI.- ESTRUCTURA Y CAMBIO DEL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN AMERICA LATINA.

A.- LA SITUACIÓN ESTRUCTURAL PREEXISTENTE AL CAMBIO.

Algunas de las causas que han determinado con carácter general la eclosión del cambio institucional y jurídico en todo el mundo se han proyectado de manera singular en los países de América Latina, planteando las exigencias de una nueva ordenación y explotación de los servicios y redes de telecomunicaciones y en definitiva al desplazamiento normativo provocado por el fracaso de los monopolios y de los servicios explotados por el Estado bajo cualquiera de las formas de gestión, tanto directa como indirecta de los servicios públicos. Entre estos factores de carácter económico o estructural, muy presentes, en mayor medida en otros tiempos, pero siempre incidentes en estos países, podemos señalar:

- Baja densidad de penetración de los servicios y redes de telecomunicaciones, provocado por una escasa capilaridad de las redes y en definitiva por una insatisfacción de las necesidades de telecomunicación respecto de amplios sectores de la población.
- Escasa capitalización directa consecuencia de una concepción de monopolio natural sin el concurso de financiación suficiente para la innovación y el despliegue de redes y de nuevos servicios.
- En consecuencia con lo anterior deficiente calidad en la provisión de los servicios según los parámetros habituales en cuanto a grandes bolsas de demanda insatisfecha, escasa investigación y desarrollo, listas de espera y defectuosidad técnica en la transmisión y recepción de las señales.
- Un fuerte desequilibrio tarifario producido por la existencia generalizada y agudizada de subsidios cruzados entre los servicios de larga distancia y los servicios locales para enjugar, en muchas ocasiones sin éxito, el llamado déficit de acceso.
- Una fuerte presión por parte de los usuarios para construir infraestructuras propias a la vista del fracaso en la oferta de aplicaciones y servicios por parte de los operadores y que culminó en algunos planes de expansión realmente pintorescos como sucedió por ejemplo en Argentina, incitando a los usuarios que querían disponer de una línea para que sufragasen en calidad de capitalistas o socios cooperativistas de una parte de los gastos de instalación.
- Congestión del servicio y cobertura territorial limitada. En suma una débil infraestructura básica de las redes públicas de telecomunicaciones.
- Inadecuada organización y mala gestión de los monopolios públicos con una relativa tendencia al despilfarro de recursos y al estancamiento de las inversiones que en algunos supuestos provocó un auténtico colapso en las operaciones de telecomunicación.

A estos factores que son propios de cualquier estructura de telecomunicaciones asentada sobre monopolios estatales, en países de acusada orografía y dispersión poblacional, había que añadir los llamados factores endógenos, inespecíficos del sector de las telecomunicaciones pero afectantes de manera general en su entorno, entre otros, señaladamente la deuda pública y la falta de integración en los tres ámbitos: nacional, regional y continental.

En efecto preciso es tener muy en cuenta que en todo el proceso de transición desde los regímenes de monopolio estatal hacia la privatización/liberalización y consecuente regulación por el mercado, el enorme peso de la deuda externa ha impulsado a los gobiernos de la región durante los

años 80, y en los primeros de la década de los 90 a llevar a cabo la restructuración del sector adoptando medidas de privatización y/o liberalización.

B.- EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA AMÉRICA LATINA ANTERIOR A LOS PROCESOS DE PRIVATIZACIÓN/LIBERALIZACIÓN.

En verdad, el proceso de privatización/liberalización latinoamericano, aunque no es propio y específico de la región, por cuanto las coordenadas del cambio institucional y jurídico y emergencia de nuevo marco reglamentario en telecomunicaciones es un fenómeno que, como hemos visto, hunde sus raíces en razones comunes y prosigue por pautas similares, de manera que bien se puede decir que, salvando las distancias, es un fenómeno universal, no por ello se ha de dejar de destacar, como decimos, ciertos rasgos peculiares o singulares en el proceso analizado respecto de los países de América Latina.

La comparación con el proceso acaecido en otras regiones, y particularmente respecto de los países europeos, es notable. Como notables son también las diferencias en el punto de partida: fuertes monopolios centralizados con amplia cobertura territorial, como núcleos integrados en los organismos de explotación, para el caso de Europa (***sistema PTT, Telefónica, British Telecom***, etc.), y mercados cautivos y aislados en general. El papel de estos monopolios es radicalmente sustancial en el caso europeo y ello explica en una buena medida toda la evolución del derecho europeo de telecomunicaciones, desde los monopolios públicos en terminales, servicios y redes hacia el establecimiento progresivo de competencia, por etapas y por ramas o elementos, hasta culminar con la liberalización total de los elementos, redes y servicios (1998). Etapa aún inacabada por lo que toca a ciertos cuellos de botella en la efectiva implantación de un régimen unificado de libre competencia, como se destaca en la revisión 1999 del marco reglamentario y la propuesta de uno nuevo, asentado sobre nuevas directivas (implementación efectiva del servicio universal, acceso a interconexión de redes y régimen de licencias adecuado a una concepción de libre acceso al mercado de manera efectiva).

Con un carácter general se aprecia que el rasgo fundamental que enmarca la diferencia con el proceso de cambio institucional europeo radica en que, de forma también muy general, en los países de América Latina se ha hecho preceder la privatización o transferencia de bienes desde el sector público al privado a través de cualquier negocio jurídico adecuado para ello, a la liberalización o transferencia a la iniciativa privada y a la regulación por el mercado de las actividades antaño reservadas al sector público.

En este sentido cabe decir que las fases de la transición se llevan a cabo en América Latina de modo un tanto distinto al de otros países o al menos con una cierta originalidad respecto de las fases tradicionales o teóricas de este proceso. (Según Gaspar **ARIÑO** ***Modelos Regulatorios y su impacto en el servicio universal y en el desarrollo socioeconómico. Visión de Telefónica de España. I Cumbre de Reguladores y Operadores de Hispanoamérica.*** **AHCIET 1998**.

1- Monopolio.

2- Privatización con exclusividad.

3- Entrada gradual de nuevos operadores.

4- Competencia “de jure” con operador dominante “de facto”.

5- Plena competencia en todos los sentidos.

Este esquema pudiera quebrar en algún caso, como en Colombia o Ecuador. En el primero de ellos porque la liberalización ha precedido con mucho a la privatización que, en lo que respecta a las grandes operadoras nacionales o departamentales no se ha producido todavía, siendo así que por el contrario los servicios públicos básicos y todos los demás servicios de valor añadido fueron liberalizados (los primeros por la Ley 142 de servicios públicos domiciliarios, los segundos a raíz del estatuto de telecomunicaciones de 1990). En el caso de Ecuador, en cuanto que una ley especial vigente todavía determinó una liberalización parcial, la cual ha sido completada recientemente por una ley reformatoria que consagra en principio la explotación de todos los servicios de telecomunicaciones en libre competencia y sin que se haya procedido a ninguna medida de privatización de las empresas estatales.

Las consecuencias de esta peculiaridad latinoamericana, en los países que lo han llevado a cabo bajo regímenes de exclusividad regulada, han consistido en un aplazamiento en la entronización de un régimen de libre competencia o de liberalización efectiva. Así ha ocurrido en Perú desde Octubre de 1998, en Argentina en pleno proceso actual de desregulación y en Venezuela a partir de la recientísima Ley General de Telecomunicaciones que constituye ya en sí misma un marco idóneo para el establecimiento de un nuevo entorno de ordenación asentado ya sobre los principio rectores de la libre competencia y del servicio o acceso universal.

No por ello ha de dejar de consignarse que la existencia en estos países durante el tiempo de vigencia de la exclusividad regulada o competencia limitada se haya hecho uso de un esquema que podría responder, aunque parcialmente, a la estructura de red abierta con establecimiento de condiciones de interconexión o de, mejor dicho, acceso a las redes detentadas por el operador dominante (y más que dominante, exclusivo para los segmentos más importantes de la red y servicios de las telecomunicaciones globales).

También habrá que señalar que, independientemente de las críticas que se han llevado a cabo contra la permanencia de regímenes de monopolios privados que se han dejado sentir (en muchas ocasiones se ha dicho que pese a las contrapartidas de la concesión del período de exclusividad regulada a los operadores extranjeros, y consistente en lo esencial en el compromiso de llevar a cabo un plan de expansión, modernización y mejora de la red pública de telecomunicaciones, el sistema no ha hecho sino aplazar, sustrayendo así los beneficios inherentes a ello, la entrada de la libre competencia efectiva con todo lo que ello supone como herramienta para el desarrollo integral del sector), lo cierto es que mientras que en Europa la fuerte presencia –e influencia- de los operadores públicos de monopolio ha condicionado la evolución del régimen de transición a la competencia, con el argumento decisivo de lograr la integridad de la red y la provisión del servicio universal, en América Latina, por el contrario, los procesos de privatización /liberalización se han llevado a cabo faltando aún mucho para alcanzar el pleno desarrollo del servicio universal. En el momento presente en que, por regla general en todos los países se trata de apurar el último tramo hacia el establecimiento de la libre competencia efectiva, el problema de la definición, implementación, financiación y control del servicio universal constituye uno de los mayores objetivos a resolver en la nueva singladura del marco regulatorio.

Con todo, las privatizaciones en América Latina se han llevado a cabo de manera un tanto diferente según los países existiendo indudablemente puntos comunes (privatización antes que liberalización, pervivencia de monopolios privados en redes y servicios básicos, reestructuración del operador público a través de nuevos contratos de concesión, entronización parcial y segmentaria en determinados servicios como los del valor añadido, elementos de red, servicios celulares y satelitales, equipos y terminales) y rasgos particulares que en mi opinión no afectan esencialmente al significado y sentido profundo del proceso de cambio institucional en la ordenación de las telecomunicaciones en América Latina y que se refieren a la mayor o menor rapidez en la privatización, como consecuencia de la diversidad de ambientes políticos soporte de las operaciones en curso, o al aumento de valor como operación previa a la venta o privatización de los organismos

de explotación públicos, en muchos casos, como aliciente económico en la operación de transferencia. Igualmente se apreciarían algunas diferencias en cuanto al título o negocio jurídico de la privatización efectuada (subasta internacional, concurso/subasta) o al ámbito territorial de transferencia (caso de Brasil). Restan por supuesto aquellos países en que no han llevado a cabo todavía operaciones de privatización en sentido estricto (Colombia, Ecuador), o ni siquiera de liberalización (como es el caso en cierto modo de Costa Rica y de Uruguay).

Por lo general, bien puede afirmarse, que el cambio institucional y jurídico sobrevenido en el sector de las telecomunicaciones en todo el mundo, por una serie de causas (tecnológicas, financieras, políticas e ideológicas) durante la última década, y que ha producido la consecuencia de un giro copernicano en la concepción y en el contenido de los ordenamientos de telecomunicaciones en todo el mundo, dando lugar a un nuevo derecho de la telecomunicación, con características, contenidos y naturaleza realmente singulares, llegó a América Latina en condiciones generales muy similares a las de otros lugares, si bien con ciertas características propias, que animan a trazar un cuadro un tanto peculiar para los ordenamientos de la región.

En este cuadro hemos de tener en cuenta dos elementos básicos: lo común y lo específico.

Por un lado, el punto de arranque, hasta la liberalización/privatización de los servicios de telecomunicaciones, estaba conformado por un esquema bastante homogéneo y no radicalmente distinto, en lo que toca a las líneas de la ordenación y de la explotación, a la que se tenía en otros lugares del mundo. Los monopolios de servicios, que englobaban a las redes, como elemento integrado dentro del servicio propiamente dicho, asumían la forma de gestión de servicios públicos directamente por el Estado, bien integrada en la organización estatal, bien, lo cual era mas frecuente, a través de organismos públicos descentralizados, con personería jurídica y autonomía financiera. Tal era el caso de los ENTEL de Argentina, ANTELCO de Paraguay, IETEL de Ecuador, INTEL de Panamá, y con escasas variantes en cuanto a la estructura y funcionamiento en los demás países centroamericanos y de América Latina. Raro era el caso de una gestión indirecta, esto es mediante concesión a una empresa privada, aunque la forma de gestión mediante contratista colaborador apenas sirviese para enmascarar una situación de monopolio privado de facto (como era el caso de la República Dominicana.)

La separación entre regulación u ordenación y explotación no tenía lugar, por cuanto los organismos de explotación tenían a su vez a su cargo funciones de reglamentación, que las convertía en el centro de todo el sistema global de las telecomunicaciones.

A su vez, era normal que este sistema globalizado gestionase los servicios integrados verticalmente, es decir englobando a la vez la larga distancia y la telefonía local. Dejando a salvo el caso de Colombia en el que se apreciaba- y se aprecia todavía- una fuerte implantación del sistema que separaba la explotación de la larga distancia de los servicios de telefonía local.

En suma, una situación emblemática de servicio público en toda su extensión, vinculado a monopolios, con una regulación típicamente de carácter público, excluyente en consecuencia del mercado y conformada en torno al servicio público telefónico. Con apenas otros incipientes y emergentes nuevos servicios.

C.- EL CAMBIO ESTRUCTURAL E INSTITUCIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LOS PAÍSES QUE INTEGRAN LA REGIÓN: CIERTAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO

Por otro lado, hay que señalar- convenientemente, en sus justas matizaciones, en este esquema, muy simplificado, como corresponde al talante de la presente exposición- que las razones que propiciaron el cambio en otras latitudes, y que se muestran como generales para el sector (introducción de la libre competencia gradual, transformación del estado en regulador, separación por consiguiente de las actividades de ordenación y de explotación), se añadían, en el caso de la generalidad de los países de América Latina, una serie de circunstancias que hicieron quizá un tanto diferente en este momento, el proceso de transformación del marco institucional y regulatorio, lo que ha hecho del modelo, si no disímil en lo esencial, sí al menos particular, sobre todo en su comparación con otras regiones bien delimitadas como pueden ser Europa y Norteamérica.

En efecto, mientras en Europa, por ejemplo, la toma de conciencia del sector de las telecomunicaciones por las autoridades comunitarias se produce tardíamente (sólo en 1987 se adopta una política coherente y sistematizada a través del Libro Verde sobre los servicios de telecomunicaciones y las Directivas de 1990 que le implementaron (Directiva de Servicios y Directiva de Oferta de Red Abierta), el cambio en América Latina es impulsado por la necesidad de hacer preceder la privatización a la liberalización propiamente dicha, en la mayoría de los casos.

Se trataba de hacer aliviar al Estado de la carga financiera de su gestión en mano publica, y de propiciar en suma una gestión más eficaz y de calidad, sobre la base de una inyección de capital y un aligeramiento en el peso de la deuda externa. Todo conducía pues antes a la privatización, en lo que comporta transferencia de propiedad de los bienes inherentes a las redes y servicios de telecomunicaciones, desde el sector público al privado, a través de cualquier instrumento o título apto para producir esta transferencia (venta, cesión, etc.) y antes que la liberalización propiamente dicha en lo que ésta comporta de eliminación de los monopolios y devolución de actividades y de servicios a la iniciativa y la gestión privadas.

En Europa, por el contrario, la liberalización parcial precedió a la privatización, manteniendo en todo caso los PTOS los derechos exclusivos sobre la red y los servicios básicos, hasta una fecha muy reciente (El Acuerdo del Consejo de Ministros de la UE de 1994) por el que se procedía a desbloquear el camino hacia la liberalización integral que se produciría en 1998. Se esgrimían para ello razones de exigencia del mantenimiento y preservación del servicio universal y la necesidad de allegar recursos para la expansión y modernización de las redes de los PTOS nacionales, manteniendo monopolios parciales e introduciendo ya una arquitectura de Red Abierta. (***Open Network Provision***).

En América Latina, las circunstancias habían traído consigo un esquema de cambio que implicaría en una buena medida la introducción de gestores- financieros (que aportasen capital a la vez que gestión), y se comprometían a asumir la implementación de planes de expansión y modernización de las redes, como condición inexcusable para la preservación de la calidad, la continuidad y la universalidad de los servicios básicos.

D.- LOS REGÍMENES DE MONOPOLIO TEMPORAL DE HECHO O DE DERECHO: LA EXCLUSIVIDAD REGULADA O CONCURRENCIA LIMITADA.

En suma, el modelo predominante en América Latina había consistido en la pervivencia (caso de Argentina, Perú, Venezuela, Bolivia) de regímenes de exclusividad regulada o de concurrencia limitada, según el eufemismo, en muchos casos, al uso, para enmascarar la persistencia de monopolios en redes y servicios básicos, que servía a su vez como garantía para la implantación de los operadores que habían obtenido las correspondientes licitaciones de privatización.

Junto a este fuerte sector en monopolio, aunque gestionado privadamente, un incipiente sector en competencia, fuertemente vinculado al uso de las redes y servicios básicos en exclusividad emergía de manera progresiva, (servicios de valor añadido, telemáticos y otros). Se bosquejaba así lo que bien puede considerarse como un modelo mixto (cohabitación del sector en monopolio y del sector en competencia) con implantación de un determinado sistema de regulación sobre la base de garantizar el funcionamiento sin distorsiones de las dos partes del modelo.

El caso de Colombia, con su estatuto 1900 del año 1990 es paradigmático de este modelo, por lo demás muy similar en su contenido, aunque no en sus premisas y funcionamiento, a los que a la sazón imperaban en Europa, como consecuencia de la política asumida por el Primer Libro Verde de 1987 y de las Directivas que lo implementaron y materializaron en 1990.

Pero este no fue el único modelo o esquema seguido en la región. Junto a ordenamientos todavía vinculados a un esquema pre-regulatorio, bajo la impronta del servicio público en su versión más clásica, pervivieron aquellos que habían procedido a una liberalización previa a la privatización y así siguen. El caso de Colombia es también emblemático de este segundo grupo.

E.- EL IMPACTO DEL CAMBIO INSTITUCIONAL: EL ESQUEMA DE REGULACIÓN.

Las consecuencias del cambio son en la región muy semejantes a las causadas en otros lugares. El impulso de una globalización, alentada desde instrumentos de uniformización bien precisos (el Acuerdo de la OMC, en el Documento de Referencia sobre los servicios básicos de telecomunicaciones, con participación importante de los países de América Latina, que asumen de esta forma un esquema y unos contenidos normativos comunes o por lo menos uniformes, o la propia acción del Banco Interamericano de Desarrollo vinculando las reformas institucionales a mejoras en la concesión de ayudas financieras de todo tipo o, en menor medida, los acuerdos de integración regional, como, en forma acusada, el Acuerdo de la Comunidad Andina numero 6742) han producido un cierto alineamiento uniforme en los esquemas de regulación para el nuevo orden de las telecomunicaciones en América Latina.

UNIDAD DIDACTICA 2.
LOS ÁMBITOS GLOBALES, INTERNACIONALES O SUPRANACIONALES DE LA ORDENACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.

SUMARIO

Introducción

PRIMERA PARTE.- LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE TELECOMUNICACIONES.

I.- ORIGEN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE TELECOMUNICACIONES.

II.- LAS CLASES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

III.- ORGANIZACIONES DE TIPO MULTILATERAL GENERAL CON INCIDENCIA DIRECTA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. EL ACUERDO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.

IV.- ORGANIZACIONES DE CARÁCTER MULTILATERAL ESPECÍFICAS DE TELECOMUNICACIONES Y DE CARÁCTER GENERAL PARA EL SECTOR. LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES UIT.

A.- Origen.
B.- Caracteres.
C.- Fuentes normativas.
D.- Estructura
E.- Areas de actuación.

V.- ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER ESPECÍFICO Y SUBSECTORIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

INTELSAT
EUTELSAT
INMARSAT

SEGUNDA PARTE.- LAS RELACIONES DE SUPRAORDENACION EN TELECOMUNICACIONES.

Introducción.

I.-DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Introducción

A.-Instituciones e instrumentos normativos de la Unión Europea.

1.- Las Instituciones.
   a) El Parlamento
   b) El Consejo
   c) La Comisión
   d) El Tribunal de Justicia
2.- Instrumentos normativos de la Unión Europea
   a) Reglamentos
   b) Directivas
   c) Decisiones
   d) Recomendaciones, informes y dictámenes
3.- Características del Derecho comunitario europeo

B.- Evolución de las políticas de telecomunicaciones en la Unión europea y su traslación normativa

1.- Apertura parcial: Sistema de estructura de red abierta.
2.- El punto de inflexión en las políticas europeas de telecomunicaciones: consolidación de la liberalización parcial y contemplación de la liberalización integral.
3.- Hacia la liberalización integral y un marco regulatorio de libre competencia efectiva y plena.
4.- Un nuevo dilema: profundización en el marco regulatorio existente o adopción de uno nuevo. La revisión de 1999 y las nuevas Directivas aprobadas en 2002.
5.- Las nuevas Directivas para el nuevo marco regulatorio europeo

II.- OTRAS AREAS SUPRANACIONALES. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN)

INTRODUCCIÓN.

Las telecomunicaciones de por sí, presentan, como es evidente, una inequívoca dimensión internacional no solo porque la señal que transmite la información a través de los medios técnicos definidos como medios de telecomunicaciones, no ha de conocer de compartimentaciones territoriales, sino que ya es prácticamente imposible sustraerlas, como tantas otras cosas, de la nueva dimensión propiciada por los fenómenos de la globalización, la supranacionalidad o la integración que han significado la muerte de la distancia en el mundo actual.

El hecho internacional de las telecomunicaciones opera en varios frentes, que es necesario considerar:

En primer lugar, en el plano de las organizaciones y relaciones internacionales, en que destacan las organizaciones de carácter general y amplio, como la UIT, junto a organizaciones de carácter específico, regional o territorial limitado, como asimismo organizaciones o entidades de carácter supranacional.

En segundo lugar, en tanto que normas con esta proyección y naturaleza, bien de carácter técnico, bien de carácter político o institucional que emanan de los organismos internacionales y que son incorporadas, por remisión o por aplicación directa, en los correspondientes ordenamientos nacionales.

En tercer lugar, en su pura acepción de normas que determinan, bien directamente, en tanto que normas materiales internacionales, bien en tanto que normas de remisión, la aplicabilidad de leyes y de jurisdicciones en conflicto posible; aspecto este de puro derecho internacional privado, que la fenomenología de la nueva Sociedad de la Información y la economía digital han enfatizado en forma considerable.

Por razones sistemáticas, el tema que se trata en la presente unidad didáctica es el correspondiente al primero de los frentes enunciados, esto es a las relaciones internacionales en telecomunicaciones. Una sintética visión de este prolífico y dinámico escenario ha de dar cuenta al menos de los dos tipos de relaciones y de las organizaciones y sistemas jurídicos que ponen en marcha respectivamente. Por un lado, las relaciones de mera coordinación, en pie de igualdad entre Estados, tanto de carácter multilateral como bilateral, tanto generales con incidencia en el sector de las telecomunicaciones, como específicas de él **(I)**.

Por otro, las relaciones y las organizaciones que de ellas dimanan que comportan un mayor grado de integración sobre la base de la creación de entidades supranacionales con potestad para producir derecho directa y primariamente aplicable en el ámbito de los ordenamientos integrados. Son éstas relaciones de supraordenación en las que una cesión parcial de soberanía es el hecho determinante de la realidad jurídica subyacente. Es el caso paradigmático de la Unión Europea y de otras comunidades en el ámbito de América Latina, con mayor o menor grado de perfeccionamiento o de consolidación como la **CAN** o **MERCOSUR (II)**.

PRIMERA PARTE.- LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE TELECOMUNICACIONES.

I.-ORIGEN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE TELECOMUNICACIONES.

Por su propia naturaleza, las telecomunicaciones, suscitaron muy pronto el interés para la creación de organizaciones internacionales con objetivos de cooperación, edición de normas técnicas y de coordinación y de atribución entre los diferentes Estados soberanos. De hecho el origen de la UIT puede remontarse a la Convención Telegráfica Internacional convocada en Francia en 1865.

II.- LAS CLASES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.

Entre las organizaciones que se ocupan de las telecomunicaciones en su más amplio sentido habremos de distinguir, al objeto de alcanzar una más cabal comprensión, entre organizaciones de competencia general y organizaciones específicas o subsectoriales; organizaciones de carácter multilateral y organizaciones bilaterales; organizaciones de amplio espectro territorial y organizaciones limitadas geográficamente u organizaciones regionales; organizaciones de competencia o ámbito general en el comercio internacional y organizaciones específicamente vinculadas al mundo las telecomunicaciones.

Por último, y habida cuenta de la amplitud con que se acomete en la actualidad la elaboración de normas de carácter internacional emanadas de fuentes no estatales, particularmente en relación a los servicios de la Sociedad de la Información, resulta necesario considerar junto a las fuentes, relaciones u organizaciones de carácter estatal, a aquellas otras de carácter privado, o simplemente no estatal, y que aportan un acervo ciertamente considerable en la producción de normas en el entorno actual de las telecomunicaciones en su dimensión extraestatatal o directamente emanadas de la sociedad de agentes y comerciantes actuantes bajo el concepto genérico de autoregulación.

III.- ORGANIZACIONES DE TIPO MULTILATERAL GENERAL CON INCIDENCIA DIRECTA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES. EL ACUERDO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO.

La **OMC** es una organización de carácter global, general, multilateral, en la que las relaciones que establece son las propias de un Tratado internacional, y que incide específicamente en el cambio de las telecomunicaciones a través del Anexo al Tratado **GATT** concebido como el IV Protocolo.

Durante tres años, en el seno de la Ronda Uruguay del **GATT**, los países finalmente firmantes, debatieron lo que constituye el IV Protocolo. Anexo, en materia de telecomunicaciones, al Acuerdo General sobre el Comercio d servicios. (**GATS**)

Este acuerdo fué adoptado por sesenta y nueve países, en fecha de 15 de Febrero de 1997, constitutivos del 91 por ciento del ingreso mundial por servicios de telecomunicaciones. Cabe recordar

alguna de las características del marco normativo constituido por el Acuerdo Sobre Comercio, la **OMC** y el IV Protocolo Anexo, en forma sintetizada:

El Acuerdo **GATT** es el triunfo del multilateralismo y por ende de la globalización en la regulación internacional del comercio de servicios.

- El contenido normativo es de carácter mínimo y uniforme para los países, en cuanto incorpora la cláusula de nación mas favorecida, por medio de la cual los Estados parte no podrán dispensar un trato menos favorable a los Estados amparados por el Tratado.
- El sentido general del Tratado se orienta a la liberalización de las restricciones a los servicios en el comercio mundial, con normas específicas y calendarios precisos para el sector de telecomunicaciones, en las condiciones previstas en el IV Protocolo.
- El IV Protocolo liberaliza el sector en lo que concierne a las telecomunicaciones básicas e introduce las normas, los principios y los contenidos mínimos de esta operación, incluyendo al mismo tiempo el compromiso firme de los Estados adherentes, en este sentido.
- El IV Protocolo define un marco regulatorio mínimo en materia de telecomunicaciones, sobre la base de cuatro principios básicos y elementales:
- La salvaguardia de la competencia.
- Las garantías de acceso e interconexión a las redes dominantes o establecidas.
- Transparencia en los procedimientos de concesión de títulos para la prestación de servicios de telecomunicaciones.
- Creación y establecimiento de autoridades de regulación independientes, con cometidos y funciones específicas.

Los compromisos adquiridos y plasmados en el IV Protocolo son objeto de graduación por los Estados, que pueden introducir algunas modificaciones en el mismo en orden a las condiciones de liberalización efectiva de los mercados o de acceso a las redes y sistemas y sobre todo en cuanto al calendario de las reformas estructurales que hayan de acometerse. También es posible establecer por los Estados limitaciones y exenciones en cuanto al trato de nación mas favorecida.

IV.- ORGANIZACIONES DE CARÁCTER MULTILATERAL ESPECÍFICAS DE TELECOMUNICACIONES Y DE CARÁCTER GENERAL PARA EL SECTOR. LA UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. (UIT).

Es la más antigua, si se consideran los precedentes aludidos, y la más amplia, en cuanto número de países integrantes, de las organizaciones internacionales.

A.- Origen.

Su origen más cercano está en la fusión operada con ocasión de la Asamblea de Plenipotenciarios de Madrid de 1932, entre la Convención Internacional Telegráfica y la Convención Internacional de Radiotelegrafia, aunque sus precedentes más lejanos puedan encontrarse en la Unión Postal y Telegráfica y otras organizaciones sobre los servicios de telecomunicaciones existentes en ese momento. Con ocasión de la creación de la **ONU** en 1947, la **UIT** entró a formar parte de la misma como institución especializada.

> En la Conferencia de Madrid de 1932, la UNION decidió fusionar la Convención Internacional de Telegrafía de 1865, y la Convención Internacional de Radiotelegrafía de 1906, para formar la Convención Internacional de Telecomunicaciones. Dicha UNION decidió también cambiar su nombre y vino a ser conocida, a partir del 1 de enero de 1934, como la UNION INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, a fin de ratificar el ámbito total de sus responsabilidades, esto es, de todas las formas de telecomunicaciones, "por cable, radio, sistemas ópticos u otros sistemas electromagnéticos."

B.- Caracteres.

La **UIT** es, según los criterios que han quedado establecidos más arriba, una organización permanente, de ámbito específico para las telecomunicaciones, pero de carácter asimismo general, para todo el sector; territorial, y cuya normativa se aplica de conformidad a las reglas y procedimientos de un Tratado de carácter multilateral.

C.- Fuentes normativas.

Las fuentes que enmarcan la actuación de la **UIT** y otorgan legitimidad a las normas que de sus órganos emanan son de varios tipos:

Según el art. 4 de la Constitución de la **UIT**, la propia Constitución, el Convenio de la UIT y los reglamentos administrativos son los instrumentos de la Unión para regular el uso de las telecomunicaciones y tienen carácter vinculante para sus miembros.

La Constitución y el Convenio son los instrumentos normativos de carácter constitutivo de la Unión, por lo que su revisión o modificación se somete a normas de procedimiento y de contenido más rígidas que las normas consideradas de funcionamiento, en particular los Reglamentos de Telecomunicaciones y las normas técnicas emanadas de las Conferencias.

La diferencia entre la Constitución y el Convenio lo es únicamente en cuanto a la materia que abarcan respectivamente. En el caso de la primera, son normas relativas a los principios, objetivos y órganos que componen la estructura de la Unión. En el caso del Convenio, se incorporan normas de procedimiento y de funcionamiento interno, conteniendo formas de revisión más flexibles que las que conforman el marco constitutivo.

Los Reglamentos son dos: el Reglamento de Radiocomunicaciones y el Reglamento Telecomunicaciones Internacionales. Son normas, como hemos visto, funcionales, y sometidas a la autoridad y poder de transformación de las Conferencias Internacionales convocadas regularmente.

Desde el punto de vista jurídico, los Reglamentos son normas de carácter vinculante, que se incorporan al ordenamiento interno en virtud de la fuerza del Tratado (en bloque a partir de la adhesión o ratificación, como un acervo) y se modifican en forma más flexible que las normas de constitución o de funcionamiento interno de la **UIT**.

D.- Estructura.

La UIT adopta una estructura permanente y sus órganos principales son la Conferencia de Plenipotenciarios, el Consejo y la Secretaría General.

La Asamblea de plenipotenciarios. Es el órgano que representa la voluntad de los Estados parte en el Convenio y encarna la voluntad general. Se reúne cada cuatro años en Conferencias abiertas, no sólo a los Estados miembros sino a otras organizaciones internacionales. Su competencia es la propia del órgano supremo de la Unión y así, define la política general establecida entre los objetivos generales del art. 1 del Convenio: cooperación, promoción del uso de las telecomunicaciones, asistencia técnica, definición de principios generales en las diversas áreas de telecomunicaciones.

El Consejo de la UIT. Es el órgano ejecutivo, formado por cuarenta y seis miembros, elegidos por la Asamblea de plenipotenciarios, con criterios de representatividad proporcional a las diversas áreas englobadas en la Unión. Corresponde al Consejo la iniciativa en la definición de las políticas y las garantías de ejecución y aplicación de las diversas fuentes y resoluciones emanadas de sus diversos órganos.

La Secretaria General. Es un órgano de carácter administrativo del que dependen las áreas financieras y de recursos humanos de la UIT. El titular es el Secretario General asistido de un Vicesecretario.

E.- Áreas de actuación.

La **UIT** está estructurada en torno a tres líneas o áreas de actuación: el sector de las radiocomunicaciones, el sector de normalización de las telecomunicaciones y el sector de desarrollo de las telecomunicaciones.

La primera de estas áreas aparece dirigida por la **Oficina de Normalización de las Telecomunicaciones**, que tiene a su cargo entre otras funciones la de designar las prioridades y estrategias en el campo de la elaboración de normas técnicas y de estándares, procediendo a la elaboración asimismo de recomendaciones. Éstas, pese a no ser de carácter obligatorio, desempeñan un papel destacado en la normatividad emanada de la UIT, puesto que se aplican normalmente mediante remisión efectuada por las leyes nacionales de telecomunicaciones.

La segunda de las áreas citadas, dirigida por la **Oficina de Radiocomunicaciones**, tiene por objeto la elaboración y revisión, cada dos años, en el seno de las Conferencias de Radiocomunicaciones convocadas al efecto, de los Reglamentos de Radiocomunicaciones. Esta área se ocupa fundamentalmente de los aspectos de reparto del espectro de frecuencias radioeléctricas, tanto en comunicaciones terrestres como espaciales, incluyendo las órbitas geoestacionarias de los satélites y las características y eficacia de los sistemas de radio, velando por su correcta emisión, sin interferencias perjudiciales.

Al igual que la Conferencia de Normalización, produce Recomendaciones UIT R, de semejante procedimiento de elaboración y de vigencia y aplicabilidad entre sus miembros.

El Área de Desarrollo de las Telecomunicaciones está coordinada y dirigida por la **Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones** (BID) y ha adquirido gran importancia en la última fase de reestructuración de la UIT, puesto que tiene como funciones básicas las de promover la cooperación entre países, procediendo a una normalización y funcionalización efectiva de los diver-

sos sectores de las telecomunicaciones. De ahí, que las Conferencias que definen las estrategias y los temas prioritarios sean convocadas regularmente, aunque lo normal es fijar una Conferencia mundial y otra regional durante el período de cuatro años entre las Conferencias de Plenipotenciarios.

Interesa destacar aquí que las normas de carácter técnico, de funcionamiento o de cooperación emanadas de los órganos de la **UIT** y de las Conferencias convocadas son aplicables en los ordenamientos internos, bien por la fuerza propia del Tratado **UIT** y de sus fuentes primordiales (Constitución, Convenio, Reglamentos) como por la remisión explícita que a esas normas hacen los diferentes ordenamientos nacionales de telecomunicaciones.

> Sirva como muestra, el art.4 de la LGT española de 1998 que dice: "en la regulación de los distintos servicios de telecomunicaciones, se tendrán en cuenta los planes y recomendaciones aprobados en el seno de los organismos internacionales en virtud de los Tratados y Convenios en que el Estado español es parte".
>
> En el derecho dominicano, el art. 9 de la Ley 153-98 queda establecido que "los concesionarios estarán obligados a respetar los planes técnicos fundamentales y las normas técnicas establecidas por el órgano regulador. Dichas normas se adecuarán a las prácticas internacionales en uso en la Zona Mundial de Numeración 1 y a las recomendaciones de organismos internacionales de los que forme parte la República Dominicana, garantizando el libre acceso y la interoperabilidad de redes en condiciones no discriminatorias y transparentes".

Asimismo las normas y recomendaciones internacionales no sólo tienen eficacia normativa, en los términos que hemos visto, sino que presentan carácter interpretativo en orden a la aplicación uniforme y a la armonización contenida entre los objetivos y finalidades de la **UIT**. En el derecho dominicano, este carácter interpretativo de las normas internacionales contenidas en Tratados ratificados por la República Dominicana se expresa de manera general en el art. 2 de la Ley 153-98.

V.- ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE CARÁCTER ESPECÍFICO Y SUBSECTORIAL EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

Existen en la actualidad varios acuerdos vigentes de carácter internacional y que tienen por objeto la regulación y aplicación a la explotación de sistemas comerciales de carácter cerrado en materia de servicios satelitales.

INTELSAT. Establecido en 1964 afecta a 140 estados y constituye un sistema abierto a disposición de cualquier nación sea o no miembro de la Organización.

EUTELSAT. Creado en 1985 en la actualidad esta abierto a todos los operadores de telecomunicaciones y del sector audiovisual, sin que sea aplicable la restricción operativa hasta 1996 de limitar el numero de participantes signatarios a un miembro por Estado.

INMARSAT. Establecida en 1979 tiene como objeto la facilitación de comunicaciones móviles por satélite para la comunidad marítima.

SEGUNDA PARTE.- LAS RELACIONES DE SUPRAORDENACION EN TELECOMUNICACIONES.

INTRODUCCIÓN.

Partiendo de la base de la existente tendencia en considerar áreas de integración económica y política en diversos confines de la organización mundial, las telecomunicaciones son objeto también de relaciones de carácter integrador regional bajo la impronta de la supranacionalidad, en mayor o menor grado, lo cual supone la atribución de poder de reglamentación directa de determinadas instancias, en virtud de los Tratados constitutivos, y la emergencia consiguiente de un derecho fundamentado en relaciones de supraordenación y no de mera coordinación o interordenación, como sería el caso de las relaciones internacionales de carácter horizontal. Entre ellas destaca, por el grado de concreción y perfeccionamiento alcanzado, como por la trascendencia de la elaboración en el marco de las telecomunicaciones, la Unión Europea **(I)** y en América Latina la Comunidad Andina de Naciones **(II)**.

I.- DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

Introducción.-

Importancia decisiva en el estudio y análisis del Derecho de Telecomunicaciones, en su consideración más general y al propio tiempo detallada, presenta el derecho comunitario europeo. Por su forma de proceder en la elaboración de las políticas y de los instrumentos que las llevan a cabo, como por el grado de profundización alcanzado en sus diversos contenidos, como por su carácter esencialmente revisor y adaptador en pro de una constante actualización de los ordenamientos de telecomunicaciones, el derecho europeo constituye una referencia inexcusable para la cabal comprensión de la problemática y de los nuevos lineamientos del moderno Derecho de las Telecomunicaciones en su dimensión más global y generalizada.

Interesa conocer, siquiera sea de forma somera, la evolución del derecho comunitario europeo en su devenir por constituir un marco regulatorio uniforme de telecomunicaciones en el seno de la Unión política y económica que se diseña con más amplias perspectivas, así como los principales textos normativos que se han producido para llevar adelante este diseño. Un primer capítulo estará consagrado a la exposición de las instituciones e instrumentos de que se sirve el derecho europeo, en forma esquemática.

Llegados a este punto, preciso es que con el objeto de facilitar la comprensión de esta unidad didáctica se describan de manera sumaria los instrumentos normativos y las Instituciones de la Unión Europea. Distinguimos así en primer lugar las Instituciones **(1)** los instrumentos normativos **(2)** y las características del ordenamiento comunitario europeo **(3)**.

A.- Instituciones e instrumentos normativos de la Unión Europea.

1.- Instituciones.

Básicamente están constituidas por el Parlamento, el Consejo y la Comisión y por el Tribunal de Justicia. Resulta apropiado hacer la advertencia de que las Instituciones europeas así expresadas no se corresponderían, en el estadio actual de formación y consolidación de la Unión, con el esquema nacional de división de poderes, puesto que el Parlamento no es propiamente un órgano legislativo, como tampoco el Consejo o la Comisión son específicamente órganos que integren un Poder Ejecutivo en el sentido clásico o tradicional, aunque existan tendencias que pretendan configurarlos como tales en el momento actual, y que se vislumbran ya en el diseño de la futura Constitución europea.

a) El Parlamento. Su base representativa está acreditada porque los Diputados europeos son elegidos directamente mediante sufragio universal por los pueblos de los Estados miembros.

> El Parlamento ostenta funciones compartidas de carácter legislativo con el Consejo, y para la elaboración y aprobación de los presupuestos y la determinación de la política de relaciones exteriores de la Unión. Tiene plenamente asumida la función de debate y de deliberación y control y ejerce sus funciones legislativas básicamente a través de procedimientos de consultas, coparticipación, codecisión y dictámenes conformes. Su actividad de control se ejerce a través de la recepción de los programas iniciales del Consejo y los informes de sus reuniones. El control sobre la Comisión se ejerce a través del nombramiento del presidente y de los comisarios que integran la Comisión así como sobre el análisis y examen de sus informes y los ruegos y preguntas.
>
> El tratado de la Unión Europea supuso un reconocimiento notable de la iniciativa legislativa de carácter parlamentario por la reconocida capacidad de presentar propuestas y señalar prioridades con ocasión del examen del programa de trabajo anual de la Comisión. El Parlamento participa directamente en los procesos legislativos según la naturaleza de la propuesta, lo que implica un mayor grado de coparticipación en los procesos de toma de decisiones generales en el seno de la Unión (Art. 189 del Tratado de la Unión Europea).

b) El Consejo. En la concepción inicial de la Unión Europea plasmado en el Tratado de Roma, transcribiendo el carácter de organización internacional, el Consejo de Ministros era el órgano básico de formación de la voluntad interestatal, integrado en consecuencia por los representantes de los Estados miembros.

El Tratado de la Unión Europea establece no obstante dos órganos distintos:

- El Consejo Europeo formado, por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros y por el Presidente de la Comisión. Define las orientaciones políticas generales y los impulsos necesarios para ello. Se reúne dos veces al año coincidiendo con la presidencia alternativa cada seis meses de cada uno de los países miembros de la Unión.
- El Consejo de la Unión Europea, formado por representantes de cada Gobierno y que tiene competencia de carácter sectorial específico (en la práctica se denomina Consejo de Ministros por estar formado por los representantes de las diversas áreas ministeriales).

El Consejo es un órgano ejecutivo pero al propio tiempo ostenta importantes funciones de carácter legislativo en compartición con el Parlamento y la Comisión.

c) La Comisión. Es el órgano comunitario por excelencia, y transcripción adaptada de lo que vendría a representar el Poder ejecutivo. Presenta propuestas legislativas, vela por la aplicación de los Tratados y gestiona y ejecuta las políticas de la Unión.

La Comisión está estructurada en Direcciones Generales bajo la dependencia de comisarios en los cuales recae la responsabilidad política y de actuación, y que no son nombrados por los Gobiernos, ni en consecuencia representan los intereses de los Estados miembros de los que provienen.

d) El Tribunal de Justicia. Constituye la jurisdicción comunitaria, sin perjuicio de las atribuciones de las jurisdicciones nacionales que hace de éstas Jueces comunitarios, en la aplicación de las normas de los tratados y del denominado derecho derivado, creado por las propias instancias comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aplicación de los Tratados.

El Tribunal de Justicia ostenta jurisdicción para entender de las acciones emprendidas por la Comisión y los Estados miembros en la vigilancia de la aplicación de los Tratados y sus sentencias se imponen ***erga omnes*** entrando a conformar el bloque normativo del Derecho Europeo,

2.- Instrumentos normativos de la Unión europea

Los más relevantes son los siguientes:

a) Reglamentos.- Tienen la consideración de norma de carácter general y vinculante de aplicación directa para los Estados y ciudadanos de la Unión. Los reglamentos no necesitan de instrumento de transposición a los correspondientes ordenamientos nacionales puesto que tienen eficacia jurídica directa. Asimismo, por su propio carácter y naturaleza, en función de la primacía del derecho Comunitario, prevalecen sobre cualquier disposición legal o reglamentaria de los Estados miembros.

b) Directivas.- Son disposiciones emanadas de la Comisión, del Consejo o del Parlamento conjuntamente, con arreglo a diversas fórmulas de coparticipación, y que tienen efecto vinculante frente a los Estados miembros, siendo de la competencia de estos últimos elegir la forma, medios e instrumentos de carácter normativo para hacerlas efectivas, integrándolas a cada uno de los ordenamientos nacionales. Es la técnica conocida como transposición y mediante la cual las directivas se materializan en instrumentos legales y reglamentarios de los Estados miembros. Pese a su obligatoriedad en cuanto a los fines y objetivos y la libertad de los Estados en cuanto a las formas e instrumentos empleados para hacerlas efectivas, una notable evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido su carácter vinculante directo, con la concurrencia de determinados requisitos (precisión y determinación de las normas en ellas contenidas, sujeción a plazos para su transposición, naturaleza del mandato dirigido a los Estados etc.).

c) Decisiones.- Es el equivalente a los actos administrativos de los ordenamientos internos. Son en consecuencia obligatorias y vinculantes pero como tales actos se agotan en sí mismos sin alcanzar el carácter general de una norma.

d) Recomendaciones, informes y dictámenes.- Como su propio nombre indica carecen de efecto jurídico vinculante en cualquiera de sus manifestaciones. No obstante se destaca la enorme importancia de este tipo de instrumentos en la mecánica operativa de la Unión Europea y bajo ese aspecto, las más de las veces, encubren estadios de preparación de la norma o decisión propiamente dichas, a pesar de mantener su carácter esencialmente no obligatorio.

La Unión Europea ejerce sus funciones con arreglo a estos instrumentos normativos y mediante otros muchos que podemos encasillar en la categoría indeterminada de estudios, informes y actos preparatorios de las propias decisiones y que tienen, particularmente en el ámbito de las telecomunicaciones, singular importancia, porque constituyen el marco de referencia para el debate previo a la toma de decisión y la participación eventual de los diversos actores y sujetos interesados. En este capítulo no podemos dejar de resaltar la importancia de las comunicaciones que se hacen entre sí los órganos comunitarios, como de la intervención de grupos especializados y, finalmente, de los Libros Verdes o documentos de base previos a la adopción de los instrumentos normativos en cada uno de los temas y aspectos concernidos.

3.- Características del Derecho comunitario europeo

Por la entidad y alcance de la Unión en el estadio presente de desarrollo de las instituciones europeas y según tiene reconocido, desde los primeros momentos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario europeo presenta una serie de características que lo hacen realmente singular en el panorama de las entidades supranacionales.

Partiendo de un esquema básico y preliminar de cesión de soberanía , en sectores y materias concretas, desde los Estados miembros a la Unión, el Derecho correspondiente se compone de dos bloques principales: en primer lugar el derecho originario, constitutivo de los tratados fundacionales y de las sucesivas modificaciones de los mismos; en segundo lugar, el denominado derecho derivado, que es el directamente elaborado y aplicado por los órganos comunitarios, la Comisión, el Consejo y el Parlamento, como asimismo las sentencias del Tribunal de Justicia y que forman parte de lo que se llama el acervo comunitario aplicable a todos los miembros que conforman la Unión.

Son dos las características esenciales del derecho comunitario:

La aplicabilidad directa, por regla general, de sus disposiciones y **la primacía** sobre los correspondientes derechos estatales.

Como es bien sabido el derecho supranacional o las relaciones de supraordenación significan la cesión parcial de soberanía desde los ordenamientos nacionales a las instancias de la Unión, lo cual ha limitado los poderes soberanos de los Estados en sus funciones legislativas, extrayéndose de ello la consecuencia de la aplicabilidad directa del derecho comunitario. Ha sido labor sobre todo del Tribunal de Justicia, de forma temprana, la que ha destacado este carácter primordial del derecho comunitario de manera que ciertas normas pueden ser invocadas como derecho positivo ante los distintos jueces y tribunales que conforman la jurisdicción comunitaria.

En el bien entendido que no todos los instrumentos normativos gozan del mismo grado de aplicabilidad directa. La tienen sin duda alguna los reglamentos y decisiones de los órganos de la Unión. Pero en cuanto a las directivas, su intrínseca naturaleza de vinculación en cuanto a los fines pero no en cuanto a los medios para llevarlas a cabo en el seno de los ordenamientos nacionales, hace que exista un margen para la actuación propia de éstos en orden a su aplicabilidad El Tribunal de Justicia, no obstante, ha realizado un esfuerzo atribuyendo asimismo aplicabilidad directa a las

directivas bajo ciertas condiciones y cumpliendo con determinados requisitos, dependiendo del grado de concreción del mandato contenido en ellas, la fijación de calendarios u otras especificaciones en concreto de las correspondientes directivas examinadas.

El otro principio básico, directamente relacionado con el expuesto, es el de la primacía del derecho comunitario en el supuesto de colisión entre el derecho comunitario y los diferentes ordenamientos nacionales. Esta primacía se extiende incluso a las normas de carácter constitucional y tanto respecto de disposiciones anteriores como para las posteriores. Es la básica doctrina contenida en los asuntos ***Costa/Enel***, de 15 de julio de 1964, asunto ***Simmenthal***, de 19 de junio de 1978.

La consecuencia inmediata que de ello se extrae es la presencia de un núcleo normativo elaborado directamente y aplicado por los distintos órganos con competencia en los diferentes ámbitos de aplicación de los tratados. Es el denominado derecho derivado o acervo comunitario que se despega con características, naturaleza y alcance bien diferenciados, de los distintos ordenamientos nacionales en aquellas materias, como decimos, en que se ha procedido a una cesión parcial de soberanía.

B.- Evolución de las políticas de telecomunicaciones en la Unión Europea y su traslación normativa

En el ámbito comunitario ha tenido lugar una de las transformaciones más amplias e incisivas del nuevo Derecho de las Telecomunicaciones como consecuencia de la sucesiva adopción de determinados objetivos y políticas en el marco de los tratados constitutivos. El ordenamiento de las Telecomunicaciones ha sufrido así la influencia de una evolución muy marcada que ha venido a estar conformada por una serie de factores entre los que debemos destacar:

- Las transformaciones técnicas, económicas, estructurales que han incidido sobre el sector de las telecomunicaciones imponiendo ritmos y contenidos diversos en función de las políticas adoptadas.
- La propia evolución y transformación de las instituciones europeas en pro de una mayor integración económica, social y política, en función de los diferentes tratados ***(Acta Única, Amsterdam, Maastricht, Niza, etc.)***.
- El cambio operado y producido en el sector de las telecomunicaciones dentro de un marco globalizado.
- La emergencia y progresiva construcción de una sociedad general de la información o del conocimiento como resultado final de la evolución económica social y política en el mundo contemporáneo.

El interés comunitario en las telecomunicaciones se mostró un tanto tardíamente respeto de los tratados constitutivos. Únicamente a partir de los años 80 los órganos comunitarios toman conciencia de la importancia de las telecomunicaciones no sólo en sí mismas consideradas como industria clave sino como estructura básica y motor de la economía y del marco social y político resultante. Sin embargo, hasta esa época las iniciativas comunitarias en telecomunicaciones no desembocaron directamente en la adopción de políticas – con los correspondientes instrumentos normativos- sino en acciones tangenciales de investigación o de fomento.

Una resolución del Parlamente Europeo de 7 de Mayo de 1981 fue la determinante para iniciar una política comunitaria de telecomunicaciones sobre la base jurídica del Tratado de Roma. Dentro de este marco se imponía una normalización técnica y una armonización normativa como aspectos fundamentales para la elaboración de una política comunitaria mínimamente coherente.

En el mismo sentido, otra resolución del Parlamente Europeo de 30 de Abril de 1984 sugirió que fuese la Comisión el órgano al que se encomendase ***prima facie*** el planteamiento inicial de estas políticas.

El Consejo de Ministros de Industria aprobó el 17 de Diciembre de 1984 los principales objetivos para una política común de telecomunicaciones en pro del Mercado Común circunscrito al sector.

Algunas recomendaciones, entre las que cabe contar las de 12 de Noviembre de 1984, constituyen ya un elemento embrionario en la concepción de una política autónoma en materia de telecomunicaciones, actuaciones éstas que cabe entender como punto de partida en la definitiva adopción de una estrategia definida en relación a las telecomunicaciones europeas.

Con prescindencia de esta fase inicial, la evolución del derecho comunitario europeo viene muy bien marcada en diferentes fases, en las cuales se individualizan una serie de objetivos y se instrumentan las disposiciones normativas pertinentes a través de las cuales va emergiendo un nuevo Derecho europeo de las Telecomunicaciones que dará cuenta finalmente de la formidable transformación operada en el sector. De esta forma podemos establecer las siguientes fases en la evolución:

1.- Apertura parcial: Sistema de estructura de red abierta.

El signo de los tiempos, la liberalización progresiva del sector, constituye el objetivo fundamental de esta primera fase representada por el primer Libro Verde de 1987 titulado ***"Hacia una economía dinámica. Libro verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones, de 30 de Junio de 1987 {COM (87) 290 final, de 16 de Diciembre de 1987***}. El propósito inicial de este Libro Verde, ya en el marco del Acta Única Europea, fué el de promover un amplísimo debate en pro del establecimiento coherente, sistemático y consensuado, de una política concreta de telecomunicaciones que abordase ya sin paliativos la apertura del mercado y la entronización progresiva de la libre competencia.

El Libro Verde es un documento a la vez de estudio, reflexión y de debate y marco de referencia para la acción y para la adopción de los correspondientes textos normativos elaborados al efecto, entre los que cabe contar básicamente las directivas de liberalización de equipos terminales, de liberalización de servicios y de oferta de red abierta, las cuales conformaron el nuevo marco regulatorio para la liberación del sector y la sustitución del viejo marco normativo asentado sobre los monopolios nacionales o **PTOS** por otro adaptado ya a los nuevos esquemas.

El **Libro Verde de 1987** analiza las circunstancias conforme a las cuales se desenvuelve el sector; pone de relieve las dificultades existentes en pro de la consecución de un mercado común; elabora un decálogo de iniciativas por adoptar con la mira en alcanzar los objetivos propuestos y finalmente diseña un nuevo sistema para la ordenación y explotación de las telecomunicaciones basado en una concepción de red abierta, garantizando el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones por parte de usuarios y proveedores de servicios en competencia.

Tras un intenso período de debate y consultas sobre el **Libro Verde** y de su aprobación definitiva, la Comisión elaboró una serie de conclusiones que dejó transcritas en un documento denominado **"Hacia un mercado comunitario competitivo de las telecomunicaciones en 1992: puesta en práctica del Libro Verde del desarrollo del Mercado Común de los servicios y equipos de Telecomunicaciones", {COM (88) 48 final, de 29 de febrero de 1988}** y en otras comunicaciones al Consejo y al Parlamento Europeo.

Los puntos básicos de la política adoptada fueron los siguientes:

- Mantenimiento en todo caso de los derechos especiales o exclusivos básicos sobre las redes de infraestructuras y los servicios básicos de telecomunicación. Este fue el elemento fundamental de esta fase de apertura, y que consolidó por el momento los monopolios territoriales sobre lo que se considera el núcleo esencial del sistema de explotación de telecomunicaciones: las redes públicas y el servicio telefónico básico.

Fuera de ello, el Libro Verde provee la apertura mediante la liberalización o eliminación de los derechos especiales o exclusivos en ciertos elementos del sistema de telecomunicación. Esta apertura tiene lugar en forma parcial y gradual en relación a los equipos terminales y a ciertos servicios de telecomunicaciones.

- Liberalización de equipos terminales. Una primera Directiva, 88/301/CEE de 16 de Mayo de 1988 (DO L 131/73, de 27 de Mayo de 1988) estableció la total liberalización de los equipos terminales con sujeción a unos plazos determinados y la cual abarcaba cualquier operación de importación, comercialización, conexión, puesta en servicio y mantenimiento de los terminales de telecomunicaciones.

La Comisión abordó la liberalización a través del segmento que ofrecía una mayor facilidad o menor resistencia. El resultado final consistió en la liberalización completa de equipos terminales, no sin ciertas vicisitudes, puesto que la directiva fue objeto de impugnación ante la Corte Europea de Justicia, la que finalmente avaló en sus líneas esenciales la iniciada política de liberalización llevada a cabo por la Comisión.

- Liberalización de los servicios. La Directiva 90/388/CEE, de fecha 28 de junio de 1990, finalmente, afrontó la liberalización parcial de los servicios propiamente dichos dentro de un marco regulatorio de carácter general establecido en otra directiva, la 90/387/CEE, de igual fecha, sobre Provisión u Oferta de Red Abierta (ONP) y que junto a la primera constituye la plataforma del nuevo esquema normativo de explotación de las telecomunicaciones en libre competencia parcial.

El sistema así definido, básicamente consolida la presencia de los derechos especiales y exclusivos sobre ciertos servicios, junto a otros, los de valor añadido, que se explotan ya en régimen de libre competencia. Se configura así lo que hemos denominado un sistema mixto, de coexistencia entre un sector sometido al monopolio junto a otro emergente en libre competencia. El simple planteamiento de esta coexistencia evoca ya la problemática jurídica subyacente, a la que el nuevo marco normativo de estructura de red abierta trata de hacer frente. Las redes públicas en monopolio deben abrirse a los usuarios y a los proveedores de servicios en condiciones armonizadas para todos los países miembros y que garanticen el acceso transparente, no discriminatorio y equitativo de los agentes en competencia. Tanto desde el punto de vista técnico (con la eliminación de los denominados protocolos de tipo no propietario, lo que reconduce finalmente a la adopción de estándares técnicos uniformizados en el funcionamiento de las redes e infraestructuras) como en las condiciones jurídicas (las condiciones ONP), un régimen de apertura consecuente se establece como desencadenante del nuevo sistema de regulación para la competencia.

La forma de acceso a las redes -objetiva, transparente e igual- es la base y el punto de partida para la emergencia de un nuevo ordenamiento que mira tanto a la garantía en el acceso a las redes como al funcionamiento sin distorsiones del mercado, en base al cumplimiento de los denominados requisitos esenciales: seguridad en el funcionamiento de las redes, el mantenimiento de su integridad, la interoperabilidad de los servicios y la protección de los datos **(Art. 3.2 Directiva ONP)**.

De este planteamiento general quedan excluidos por el momento cuatro sectores: las comunicaciones por satélite, la telefonía móvil y la radio mensajería, la radiodifusión y televisión, y los servicios de télex y telefonía vocal.

Esta directiva también fue objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia en el asunto ***Reino de España contra Comisión***, coadyuvada por Francia, Bélgica e Italia. El Tribunal dictó sentencia el 17 de noviembre de 1992 que fue confirmatoria de la posición de la Comisión a todos los efectos. Como consecuencia de esta sentencia el nuevo marco regulatorio de las dos directivas relacionadas adquirió carta de naturaleza y fue objeto de transposición en los diferentes ordenamientos nacionales marcando ya el inicio sin paliativos de un proceso de liberalización y consecuente emergencia del nuevo ordenamiento adaptado a las nuevas circunstancias.

En España básicamente significó la modificación de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones en 3 de Diciembre de 1992, lo que supuso la eliminación del concepto de servicio público, y su explotación en monopolio, para ciertos servicios denominados de valor agregado o añadido.

La Directiva ONP se concibió como una directiva marco que fue objeto de ulterior desarrollo para su aplicación en sectores concretos como fueron la Directiva para la aplicación de los principios ONP a las líneas arrendadas y las recomendaciones, luego directivas, para proceder de análoga manera en los servicios de transmisión de datos por paquetes y en las redes digitales de servicios integrados.

Paralelamente a esta acción normativa de los órganos comunitarios la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acometió la labor, realmente significativa en la adopción de las políticas comunitarias de liberalización, de aplicar las reglas del tratado, y particularmente las reglas de competencia, a los organismos explotadores de servicios especiales o exclusivos. El paradigma de esta jurisprudencia estuvo constituido por la famosa sentencia ***British Telecom*** en la cual básicamente se imponía una interpretación restrictiva del alcance de esos derechos especiales y exclusivos y la garantía efectiva de la competencia en los segmentos o sectores liberalizados, como era el supuesto contemplado de los servicios de valor añadido.

En el mismo sentido la Comisión aprobó las denominadas ***"Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones"*** **(91/C 233/02, DO C 233, de 6 de septiembre de 1991)**, como ensayo de divulgación de una política comunitaria sobre aplicación a los distintos segmentos integrados en el sector de las telecomunicaciones, de las reglas de competencia del tratado y fundamentalmente los Art. 85 y 86, de entonces.

No cabe dejar de señalar en esta primera fase en la evolución del Derecho comunitario de las Telecomunicaciones dos hechos relevantes: la relativa consolidación del régimen separado para los servicios audiovisuales, según la Directiva 89/552/CEE, 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.

Se parte en esta Directiva del reconocimiento de la naturaleza económica de las actividades audiovisuales pero al propio tiempo la de constituir una plataforma para el ejercicio de derechos fundamentales, de expresión, información y comunicación, que configuran a los servicios de difusión como medios de comunicación social.

La separación en la regulación de los sectores audiovisual y de las telecomunicaciones persiste todavía en los derechos nacionales europeos, y en las ultimas Directivas aprobadas en el 2002 pasando una vez más por alto la evolución tecnológica y el fenómeno de la Convergencia que reclaman cada vez más insistentemente una regulación unitaria.

En aquellos segmentos no abordados en estas directivas de 1990, la Comisión elaboró documentos similares. En este sentido fue elaborado el ***Libro Verde sobre un planteamiento común en el ámbito de las telecomunicaciones por satélite en la Comunidad Europea {COM (90) 490 final}*** y en el cual se fija como objetivo el proceder a una progresiva liberalización de las comunicaciones vía satélite y en especial del denominado segmento terrestre y el acceso al segmento espacial. El planteamiento preludiaba ya la completa liberalización del segmento satelital que fue uno de los primeros en incorporarse al proceso de liberalización integral en el marco de las telecomunicaciones europeas.

2.- El punto de inflexión en las políticas europeas de telecomunicaciones: consolidación de la liberalización parcial y contemplación de la liberalización integral.

a) Las opciones planteadas y la decisión adoptada.

Uno de los mecanismos más perspicaces y efectivos en la evaluación de las políticas de telecomunicaciones, previstos por el Derecho comunitario europeo, es aquel que impone obligatoriamente la revisión una vez superado un periodo de tiempo determinado. De esta manera se alcanza la perspectiva necesaria para la determinación de nuevos objetivos y la modificación de los instrumentos normativos aprobados en función de cada fase. Las directivas de terminales, servicios y ONP establecían obligatoriamente una revisión para 1992. En esta fecha la Comisión aprobó ***el Informe de 1992 sobre la situación del sector de servicios de telecomunicaciones {SEC (92) 148 final Bruselas 21 de Octubre de 1992}*** en el cual se ponía de relieve el insuficiente cumplimiento de los objetivos propuestos en la fase anterior y que consistían fundamentalmente en la pervivencia de un sistema tarifario desequilibrado que permitía ampliamente los subsidios cruzados entre servicios, como asimismo y por otra parte, un cierto callejón sin salida al que se había llegado respecto al logro efectivo de los objetivos de liberalización propuestos y de la consecución de un marco de gestión de redes y servicios auténticamente paneuropeos.

Expresivamente, la resolución del Consejo de 22 de julio de 1993 relativa al ***Informe sobre la situación de las telecomunicaciones y la necesidad de que prosiga el desarrollo de este mercado (DOCE C 213, de 6 de Agosto de 1993)*** da cuenta del momento y gravedad de la situación alcanzada, ante la que se plantea una triple opción: continuar con el statu quo manteniendo el sistema mixto de sectores en monopolio y en libre competencia; liberalizar íntegramente todos los servicios y singularmente el servicio telefónico básico y, finalmente, adoptar una política nueva y la consiguiente elaboración de un ordenamiento adecuado, por el que se liberalice íntegramente el sector, tanto en servicios como en redes e infraestructuras

La opción finalmente retenida fue la de apostar clara y resueltamente por una liberalización integral, en coherencia con los objetivos de consecución de un Mercado Común. De esa forma, el

Consejo decidió liberalizar todos los servicios públicos de telefonía vocal a partir del 1 de enero de 1998, preparando el terreno mediante la adopción de políticas en dos aspectos clave: por un lado procediendo a un ajuste estructural en materia de tarifas para preparar el terreno a la auténtica liberalización y preparando ya un escenario de regulación para la libre competencia. En consecuencia: orientación a costos y eliminación de subsidios cruzados, como fase previa ineludible.

Por otro lado, el abordar frontal y firmemente una política de liberalización de redes e infraestructuras mediante la elaboración de un Libro Verde sobre este segmento de los mercados. Junto a ello, y como consecuencia ineludible del proceso de cambio, acometer la regulación de aspectos emergentes y desgajados de la propia situación creada en la regulación y entre las cuales figuraba la implementación de un régimen del servicio universal y la traslación del sistema técnico y normativo de la oferta de red abierta a todos los elementos estructurales del sector.

Este punto de inflexión quedó plasmado en la resolución del Consejo de 22 de Diciembre de 1994 **(DOCE C 379, de 31 de Diciembre de 1994)** en la que ya se acordó la liberalización del suministro de infraestructuras de telecomunicación antes del 1 de Enero de 1998.

Con vistas a esta fecha clave en la ordenación de las telecomunicaciones europeas, la Comisión elaboró otro de los instrumentos y documentos más relevantes en la percepción del sentido y evolución de las telecomunicaciones europeas, y al propio tiempo de la evolución de las telecomunicaciones en general.

b) Libro Verde sobre liberalización de infraestructuras y los informes DELORS Y BANGEMANN

El Libro Verde se presentó en dos partes: la primera marcando los principios y estableciendo el calendario para la liberalización de las infraestructuras [**COM (94) 440 final de 25 de Octubre de 1994]** y la segunda referida ya al ordenamiento emergente que había de constituir la base para la futura regulación de las telecomunicaciones europeas.

En este documento, clave para el entendimiento de las telecomunicaciones en su nueva fase de apertura total a la libre competencia en todos sus elementos y segmentos, se atacaba ya el núcleo duro del sistema de explotación, esto es, las redes de telecomunicaciones, que el avance tecnológico y los cambios estructurales habían hecho posible separar de los servicios. En el horizonte ya casi inmediato de la apertura integral, la consideración de las redes adquiría así plena relevancia en la nueva configuración. Se trasladaban al régimen de su explotación y acceso y disponibilidad de terceros las condiciones que anteriormente habían sido establecidas en la **Oferta de Red Abierta** y se planteaba ya la presencia gradual de las redes de telecomunicaciones en competencia (primero las denominadas redes alternativas, más tarde toda clase de redes públicas o abiertas al publico) para la provisión y suministro en competencia de los usuarios.

Complementariamente a este Libro Verde, en esta fase, el informe **BANGEMANN** y el informe de **DELORS** o Libro Blanco sobre la competitividad y el empleo, habían exigido asimismo la liberalización completa de infraestructuras y redes y de servicios así como el de establecer consecuentemente las garantías para el acceso efectivo a las redes públicas de telecomunicaciones.

Vislumbrándose ya la **Sociedad Global de la Información**, la Comisión había elaborado un informe el 19 de junio de 1994 titulado ***"Europa en marcha hacia la sociedad de la información. Plan de actuación"*** en el cual de forma clara se inscribía el proceso de liberalización total en el marco de la Sociedad de la Información como resultado o meta de las profundas transformaciones de las telecomunicaciones en el nuevo entorno económico, social y político.

Consecuentemente con el principio de que la construcción de este tipo de sociedad y la liberalización iniciada en la primera fase, exigía como presupuesto inexcusable la liberalización total de infraestructuras y de aquellos segmentos del sector que permanecían separados del régimen instaurado en el primer Libro Verde sobre los servicios de telecomunicaciones. La Comisión emprendió en este momento la política u opción de liberalización total, extendiendo el proceso a las comunicaciones por satélite, a las comunicaciones móviles y personales, a las redes e infraestructuras y a todos los demás servicios de telecomunicaciones distintos de la telefonía vocal, el cual se abordaría en una fase posterior.

3.- Hacia la liberalización integral y un sistema de libre competencia efectiva y plena.

La liberalización de infraestructuras implica el derecho a elección de red para la comunicación deseada. Se crea así la figura del operador de red y se consolida la separación funcional y jurídica de redes y servicios.

Esta liberalización de lo que constituye el núcleo esencial del sistema de telecomunicaciones se realizó en dos fases a su vez: la primera eliminando las restricciones respecto del uso de las infraestructuras propias y de terceros ya autorizadas en los Estados miembros; la segunda consistente en conceder licencias a los suministradores de nuevas estructuras para servicios especializados y para el uso pleno de dichas estructuras en la prestación de servicios de telefonía vocal una vez que estos fueron liberalizados.

La consecuencia inmediata de este punto de inflexión trascendental en el diseño de la política sectorial hizo emerger inmediatamente la necesidad de contar con un ordenamiento jurídico adecuado. De esa forma se imponía perentoriamente el regular el servicio universal. Una resolución del Consejo de 7 de febrero de 1994 **(DOC 048/1 de 16 de febrero de 1994)** sienta el principio básico de las nuevas telecomunicaciones en competencia, para la garantía en la prestación de los servicios de telecomunicación según la universalidad, igualdad y continuidad, en una reformulación transplantada a las nuevas coordenadas, de la vieja noción del régimen jurídico básico del servicio público formal.

Establecido el calendario de liberalización de las infraestructuras, la fecha clave para la liberalización integral se fijó en la de 1 de enero de 1998, concediéndose una moratoria a algunos países miembros en razón a circunstancias de tamaño o desarrollo de las redes o infraestructuras afectas a las telecomunicaciones de cada país. España, Portugal, Grecia e Irlanda dispusieron así de un período adicional, para la apertura total del sector a la libre competencia, que en todo caso no fue más allá de noviembre de 1998.

La resolución 95/C 258/0, de 18 de septiembre de 1995, constituirá el punto de partida para el establecimiento del futuro marco reglamentario de las telecomunicaciones y que supondrá la adaptación o extensión de las condiciones **ONP**, contenidas en la directiva de servicios y de red abierta, al conjunto de los elementos del sector. Junto a ello se abordaban ya en su problemática inicial los tres elementos constitutivos del ordenamiento emergente: el sistema de prestación y financiación del servicio universal, una legislación armonizada para la interconexión de redes y la interoperabilidad de los servicios, y un sistema unificado, en la medida de lo posible, sobre los regímenes de los títulos habilitantes, autorizaciones generales y licencias individuales, para operar redes y prestar servicios en todos los Estados miembros.

En este panorama de liberalización total y eclosión consecuente y pausada de un marco legal y reglamentario sustitutivo había de incidir el fenómeno de la convergencia entre los sectores de la

informática, el audiovisual y las telecomunicaciones propiamente dichas y que dió lugar al ***"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)" [COM (97) 623 final]***.

La Directiva del Parlamento y del Consejo 95/46/CEE, 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 esos datos, complementada por la Directiva 97/66/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997 relativa a la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones y, en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas, abordan un problema derivado de la libre operación de las redes y servicios y su incidencia en el plano del ejercicio de los derechos fundamentales y en particular los relativos a la intimidad, procediendo así a regular la protección de estos derechos en el marco específico sectorial de las telecomunicaciones.

Diversas disposiciones sobre los contenidos de la información en el nuevo entorno de libertad y la protección debida a ciertos colectivos fueron objeto asimismo de atención en esta fase de progresiva emergencia de un ordenamiento adaptado a la nueva situación ***(Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los nuevos servicios audiovisuales y de información. Resolución del Consejo de 17 de febrero de 1997 sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet (DOCE 70, de 6 de marzo de 1997)***.

Nuevas cuestiones relacionadas con el desarrollo de los nuevos sistemas de información son objeto también de atención preferente por las autoridades comunitarias, significando el punto de partida para una regulación más completa en el futuro. Tal es lo que acontece con la criptografía y las firmas digitales ***(Comunicación de la Comisión. El fomento de la seguridad y la confianza en la comunicación electrónica. Hacia un marco Europeo para las firmas digitales y el cifrado, COM (97) 503 final de 8 de Octubre de 1997)***.

En resumen, la consolidación del sistema jurídico para la regulación se alcanza en esta fase de la forma siguiente:

- Plena liberalización de las telecomunicaciones antes del 1 de enero de 1998, ampliando en consecuencia el ámbito de la Directiva de servicios e incorporando al esquema de liberalización las comunicaciones por satélite, las comunicaciones móviles y personales y la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicación ya liberalizados.
- Plena liberalización de redes y de servicios de telecomunicaciones (Directiva 96/19/CEE de 13 de marzo), por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones (DOCE L 74, de 22 de marzo de 1996). En ella se alcanza el último reducto exento a la liberalización: el uso de las propias infraestructuras de red o la de terceros para prestar servicios a los usuarios finales y la liberalización del servicio de telefonía vocal básica. De esta forma se completa el proceso.
- Regulación completa mediante Directivas específicas del Consejo sobre los aspectos claves de la nueva ordenación: títulos habilitantes, interconexión, servicio universal, derechos de paso y recursos escasos, y entre ellos los derivados de la nueva situación creada con la liberalización de redes y servicios, como la numeración.
- El avance en la regulación de cuestiones emergentes en el panorama regulatorio tales como protección de Derechos fundamentales y desarrollo del comercio electrónico y otros servicios de la Sociedad de la Información.

4.- Un nuevo dilema: profundización en la ordenación existente o adopción de uno nuevo. La revisión de 1999 y las nuevas Directivas aprobadas en 2002.

El proceso iniciado en 1987 queda completado en 1998, en el diseño de las líneas esenciales del nuevo ordenamiento. La era de los monopolios y del servicio público formalizado como pieza esencial de la regulación ha tocado a su fin. La emergencia de la nueva ordenación de forma paralela es su consecuencia inmediata. Sin embargo toda una serie de factores (dinamismo del sector, movilidad estructural de las empresas y de los mercados, impacto sucesivo de nuevas tecnologías de la información, consolidación y profundización constitucional, social y política de la Unión Europea, etc.) son suficientemente significativos como para no poner un punto final en la evolución y transformación del sector.

La revisión 1999 del sector de las telecomunicaciones Europeas ***(Hacia un nuevo marco para la infraestructura de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados. Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones [COM (1999) 539 final, del 10 de noviembre de 1999])*** constituye, en cierta medida, un vuelco en la perspectiva de la ordenación de las telecomunicaciones europeas. El documento se basa en un estudio previo de la Comisión (informe ETO) el cual parte de las transformaciones profundas producidas en el sector, aún en tan corto periodo de tiempo, desde la liberalización plena y efectiva. Estas transformaciones son tanto de carácter tecnológico como económico e institucional y han impuesto ya la necesidad de una adaptación del marco establecido. El propio hecho de constatar vacíos e imperfecciones en la normativa, que en muchas ocasiones han mediatizado el proceso de plena liberalización en algunos segmentos del sector, como la persistencia de fuertes posiciones de dominio por parte de los operadores históricos, la presencia de barreras de entrada a los nuevos entrantes, la fragmentación de los mercados, los desequilibrios tarifarios y sobre todo la distorsión en los países miembros en la aplicación del ordenamiento creado determinaron la elaboración de nuevas propuestas de Directivas y líneas de acción en la perspectiva de un nuevo enfoque de las políticas de telecomunicaciones y su materialización en la creación de un nuevo marco normativo dentro de un entorno integrado según el esquema de la convergencia.

Ya de por sí la denominación nueva de comunicaciones electrónicas referida a las telecomunicaciones en su conjunto es suficientemente ilustrativa del cambio operado en la concepción de las telecomunicaciones, dando paso a una nueva perspectiva de incalculables consecuencias en el plano económico, político y, en definitiva, jurídico.

A ello ha contribuido notablemente tanto el Libro Verde sobre la convergencia de 1997 como la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, titulado ***"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 sobre el Libro Verde [COM (97) 623 final, COM (1999) 108 final, de 9 de marzo de 1999]***.

Sobre la base de la insuficiencia normativa de cara a la construcción y afianzamiento de una Sociedad Global de la Información, la Comisión se plantea en la revisión 99 introducir un nuevo ordenamiento tendente a reducir la intervención pública y aumentar la libre competencia efectiva. Se pretende disminuir la regulación hasta el máximo posible, sin menoscabo de la seguridad jurídica y de la estabilidad de todo el sistema de regulación. El principio de subsidiariedad se fortalece, descargando el peso de la regulación futura en las autoridades nacionales de regulación, desechando por el momento la idea de la creación de un regulador europeo.

Con todo, y este es el sentido que debe darse al nuevo enfoque planteado en la revisión 99, y las Directivas que lo materializaron en el año 2002, la Comisión no pretende hacer tabla rasa de lo anterior. Antes al contrario, puede apreciarse válidamente que el pretendido nuevo marco de ordenación no es sino una corrección o profundización o mejora del marco preexistente, sin que la propuesta modificatoria alcance un grado de novedad mayor.

Para instrumentalizar el cambio la Comisión propuso en su momento una serie de Directivas nuevas sobre los mismos aspectos clave que constituyen hoy por hoy el ordenamiento sectorial básico de las telecomunicaciones en competencia: títulos habilitantes, acceso e interconexión, gestión del espectro radioeléctrico, servicio universal, protección de consumidores y usuarios y numeración y nombres de dominio.

El cambio regulatorio tiene lugar mediante el dictado de una Directiva marco en la cual se establecerán los nuevos objetivos para el conjunto del sector y de cuatro Directivas específicas en desarrollo de la primera relativas a autorizaciones y licencias, con extensión a la regulación de los recursos escasos y el acceso a los mismos, Directiva sobre servicio universal, refundiendo ciertos aspectos de anteriores directivas sobre telefonía vocal y sobre interconexión, Directiva de acceso e interconexión y Directiva sobre protección de datos y de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

Títulos habilitantes.- La directiva ha tenido en cuenta la dispersión producida en la aplicación del marco europeo en los distintos Estados miembros y preconiza la utilización de la autorización general como categoría básica garantizadora de libre acceso al mercado. Se pretende con ello reducir, incluso eliminar, la autorización o licencia individual y creando un nuevo título, la autorización específica, únicamente en supuestos de limitación de recursos, como la numeración y el espectro radioeléctrico.

La integración de la regulación de las redes de radiodifusión con las de telecomunicaciones, consecuencia imprescindible de la convergencia, es otro de los puntos abordados en la Directiva. Si bien separando la regulación de los contenidos amparados en un título específico y separado del que habilita para la operación de la red.

Acceso e interconexión.- Sobre la base de elaborar un marco común para ambos, el acceso constituye el género y abarca todas las formas de acceso a las redes y servicios, mientras que la interconexión solamente alude, en tanto que especie, a la conexión física, lógica y funcional entre redes públicas de telecomunicaciones.

La Directiva insiste sobre la necesidad de articular un marco común en esta materia con principios bien delimitados y dando preponderancia mayor a la autonomía de la voluntad en la confección de los acuerdos, reduciendo en consecuencia la intervención pública al mínimo. Otros problemas conexos aún no resueltos, como es el caso del acceso al bucle local de abonado y la selección y preselección de operadores por parte de los usuarios, también son objetos de la nueva Directiva, en orden a la efectividad de la libre competencia en el último reducto de los monopolios naturales.

Gestión del espectro radioeléctrico.- Sobre la base del **Libro Verde** sobre la política de espectro radioeléctrico en el contexto de las políticas de telecomunicaciones, radiodifusión, transportes **e I + D** de la Comunidad Europea, **COM (1998) 596 final**, de 9 de diciembre de 1998, y sobre la constatación general de la necesidad de profundizar en la regulación del espectro, como recurso escaso, en la provisión de las redes y servicios de telecomunicaciones, la Comisión introduce reformas notables sobre la administración y gestión de las frecuencias, la valoración del espectro y la producción de auténticos servicios paneuropeos.

Servicio universal.- Pese a la proclamación general de una vuelta al mercado, ahondando en los mecanismos de una mayor competencia, que subyace en todo el esquema de la revisión 99, las obligaciones de servicio público y en concreto la de prestación de servicio universal persisten en la nueva Directiva. Se mantienen los mecanismos de prestación, financiación y revisión periódica de su concepto y alcance, insistiendo sobre el carácter esencialmente evolutivo del servicio universal y se perfecciona el sistema de financiación de manera que el derecho a la compensación por el operador que lo presta únicamente ha de tener lugar si el servicio universal constituye una carga económica no equitativa.

En el mismo sentido el concepto de asequibilidad, que conforma la definición del servicio universal, en cuanto supone prestación a precios asumibles por la generalidad de los usuarios y en especial los de menor capacidad económica, se introducen determinados elementos para su cuantificación u objetivización en la medida de lo posible, frente a la natural dispersión en el desarrollo de las redes y servicios de cada uno de los Estados miembros.

Protección de consumidores y usuarios.- En esta línea -y aún en la perspectiva de no asumir de forma unitaria y básica la protección del usuario de las telecomunicaciones- se refuerza no obstante su posición con algunas medidas que inciden en una mayor protección de sus intereses. En este sentido cabe incluir la Directiva sobre protección de datos personales y la intimidad o la configuración del número europeo de llamada de urgencia y lo que es más sintomático, la introducción de mecanismos de solución de controversias en vías alternativas a la jurisdiccional como mecanismo de eficacia de sus derechos.

Numeración y nombres de dominio.- La comisión toma conciencia de la importancia de los nombres, números y direcciones en el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información. Sobre la doble dimensión que se proyecta sobre su calidad de recursos escasos y sobre su naturaleza de propiedad intelectual, la Comisión realiza una serie de propuestas concretas referentes a la portabilidad del número o a las competencias de los organismos reguladores en relación con la atribución de números en un marco de regulación paneuropeo.

Conclusión final sobre la revisión 99 y del paquete de directivas 2002

El pretendido nuevo marco de regulación, a la vista de las directivas aprobadas se queda únicamente en una profundización de lo que constituyen los dos elementos vertebrales del sistema de regulación, pero no constituye de por sí una suplantación o renovación completa del mismo.

Se profundiza en el principio de libre competencia, tratando de suprimir o acotar la intervención pública, unificando y uniformizando el marco de actuación del poder de regulación y pretendiendo la aplicación progresiva del derecho general de la competencia y la progresiva eliminación de la intervención administrativa con fines de regulación para la competencia

Pese a ello, el sentido y alcance de la regulación persiste, en forma de ordenamiento sectorial específico y constituido por las típicas obligaciones **ex ante** que lo caracterizan. El mantenimiento de un servicio universal, más regulado y garantizador de los intereses colectivos en presencia y la protección por otra parte de los datos y la intimidad y en general de los derechos de los usuarios, representan la pervivencia de una concepción adaptada de servicio público, de carácter material u objetivo, también en la perspectiva del nuevo marco.

5.- Las nuevas Directivas para el nuevo marco legislativo europeo.

Las directivas aprobadas en el 2002 y a cuyo contenido y orientación hemos hecho referencia y que constituyen el nuevo marco anunciado en la Revisión 99, son las siguientes:

- *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 (Directiva Marco). DOCE L. 108/33 de 24 de abril de 2002.*
- *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). DOCE L 108/7 de 24 de abril de 2002.*
- *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). DOCE L 108/21 de 24 de abril de 2002.*
- *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). DOCE L 108/51 de 24 de abril de 2002.*
- *Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas;*
- *Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas;*

Y, finalmente, la Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

De conformidad a estas Directivas, el Parlamento español ha aprobado la nueva Ley General de Telecomunicaciones 32/2003 de 4 de Noviembre que sustituye a la LGT de 1998.

II.- OTRAS AREAS SUPRANACIONALES. LA COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES (CAN).

La integración regional con vocación de supranacionalidad en aspectos concretos de las realizaciones de supraordenación no es fenómeno exclusivo de la Unión Europea. Existen otros confines regionales en los que, con mayor o menor grado de eficacia o de realización, ciertas instancias de integración constituyen procesos en curso con singular incidencia en el mundo de las telecomunicaciones. Tal es el caso, en América Latina de la Comunidad Andina de Naciones **(CAN)** y **MERCOSUR**, entre otros.

Entre las normas que tienen relación con la integración o la armonización legislativa entre los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), **CAN**, son de destacar:

Desde una perspectiva general para todos los servicios la Decisión 439 del 11 de junio de 1998, que aprobó el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios, la cual promueve la creación de un Mercado Común Andino.

Según esta normativa los Países Miembros deben estimular el fortalecimiento y diversificación de los servicios y armonizar las políticas nacionales sectoriales en aquellos aspectos que lo requieran.

Con base en la decisión 439, las Autoridades de Telecomunicaciones de los países miembros de la **CAN** adoptaron la resolución **CAATEL VII-EX-49** por la que se otorgaba la máxima prioridad a la integración intrasubregional de las telecomunicaciones andinas, a través de la liberalización del respectivo comercio de servicios, en el marco de la Decisión 439, y adoptaron la metodología y cronograma para el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina.

Con estos precedentes, finalmente, se aprobó la Decisión 462, de junio de 1999, que contiene las normas que regulan el proceso de integración y liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la Comunidad Andina

El objetivo es el de fomentar el proceso de liberalización progresiva de los servicios de telecomunicaciones a fin de alcanzar el Mercado Común. Y tiene como objetivos específicos, el de eliminar las restricciones al libre comercio, propiciar la armonización legislativa, proponer definiciones comunes y propiciar la inversión en los servicios de telecomunicaciones de los países miembros.

La Decisión 462 contiene disposiciones sobre acceso y utilización de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones, normas sobre homologación de títulos habilitantes y otras medidas relativas a la normalización y homologación de equipos terminales.

En un ámbito mas concreto, la Decisión 462 sienta las bases para una armonización de normativas nacionales en materia de interconexión, derechos de los usuarios y servicio universal.

La normativa comunitaria andina constituye sin duda un avance notable sobre la institucionalización de un mercado común de servicios de telecomunicaciones, aunque es de destacar que existe una mas intensa normatividad en el plano de las relaciones internacionales (concretamente en el Tratado **OMC** y el Acuerdo sobre telecomunicaciones) que en el plano de la integración subregional.

Por ello sería de desear un desarrollo de la Decisión 462, abordando en concreto los ámbitos específicos en que cristalizan las estrategias para la implantación de una SGI en la subregión, dentro de la perspectiva comunitaria.

Y en este sentido planificar las acciones y definir los instrumentos que en esta perspectiva se hayan de plasmar en aspectos tales como la interconexión entre redes, que culminen en una infraestructura andina de telecomunicaciones, las acciones sobre educación en nuevas tecnologías de la Información y sobre el servicio universal y los recursos escasos. Un rápido y consecuente desarrollo de la normativa examinada, que se considera como una normativa marco, en todo caso, debe ser abordado de inmediato.

UNIDAD DIDACTICA 3
LOS SISTEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

SUMARIO.-

Introducción.-

PRIMERA PARTE.- LOS SISTEMAS JURIDICOS DE ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES.

I.- EL SISTEMA DE SERVICIO PÚBLICO.

A.- Las razones de su implantación.
B.- Elementos del concepto tradicional y clásico del servicio público aplicados a las telecomunicaciones.
C.- Crisis y evolución de la idea jurídico-política del servicio público.
D.- Contenido del régimen jurídico del servicio público tradicional.
E.- Formas de gestión del servicio público.

1.- La gestión directa por la Administración.
2.- Gestión indirecta.

II.- REGIMEN DE EMPRESA LIBRE EN MONOPOLIO DE FACTO SOMETIDA A REGULACION.

A.- Las razones y particularidades del sistema.
B.- La evolución del sistema: la desregulación norteamericana.

III.- LOS SISTEMAS MIXTOS. ESTRUCTURA DE RED ABIERTA Y REGIMENES DE CONCURRENCIA LIMITADA.

IV.- SISTEMA DE COMPETENCIA PLENA O DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA.

SEGUNDA PARTE.- CAMBIO Y EVOLUCION DEL REGIMEN JURIDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

I.- LAS CAUSAS Y RAZONES DEL CAMBIO.

A.- Razones de índole tecnológica.
B.- Razones de índole financiera
C.-Razones de tipo económico. La crisis del monopolio natural.
D.- Razones políticas y sociales.
E.- Razones ideológicas.

II.- LA MATERIALIZACION DEL CAMBIO.

A.- La problemática jurídica esencial del cambio
B.- Las diferentes operaciones del cambio.

III.- LOS HITOS SIGNIFICATIVOS DEL CAMBIO.

A.- La desregulación norteamericana
B.- Las leyes británicas de telecomunicaciones
C.- EL Libro Verde europeo sobre los servicios de telecomunicaciones.

IV.- LA INSTRUMENTACION NORMATIVA DEL CAMBIO.

INTRODUCCIÓN

Una vez analizadas las razones y circunstancias por las cuales el sector de las telecomunicaciones fue objeto tempranamente del interés del Poder público representado en el Estado y por consiguiente su configuración como ordenamiento dominado en principio por el Derecho público, la lección se dirige ahora hacia la exposición de los sistemas en que la intervención pública del Estado se ha materializado para la ordenación y regulación del sector **(PRIMERA PARTE)**.

Es un hecho incontestable que todos los sistemas evolucionan, y en mayor perspectiva aún dentro del sector que ha alcanzado mayores cuotas de transformación en los últimos tiempos debido a diversos factores y con determinadas consecuencias, entre otras el establecimiento de un nuevo marco de regulación que constituye la base del nuevo Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la información **(SEGUNDA PARTE)**.

PRIMERA PARTE. LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ORDENACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

INTRODUCCIÓN.

Sin perjuicio de las particularidades y acotaciones puntuales dentro de cada sistema, las telecomunicaciones han sido ordenadas en base a cuatro órdenes de ideas diferentes. El primero bajo la idea jurídico política del servicio público (I), en segundo lugar mediante el esquema de empresa libre, aunque sometida a fuertes poderes intervencionistas de reglamentación, regulación y control (II), en tercer lugar conforme a sistemas mixtos en los que básicamente coexisten sectores sujetos al servicio público monopolizado con otros bajo el régimen general de la libre competencia (III) y finalmente según el sistema denominado de regulación para la competencia o de mercado regulado que es el que, en amplias latitudes, se instala tras los procesos de despublificación y privatización operados en todo el mundo y que es con pocas variantes el sistema actual de regulación de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información (IV).

I.- EL SISTEMA DE SERVICIO PÚBLICO

Tras una primera etapa de titubeo legislativo en cuanto a la calificación de los primeros servicios de telecomunicaciones, el servicio telefónico y el telegráfico, y cuya incipiente ordenación se apoyaba en títulos de mera policía administrativa o de condicionamiento por la utilización del dominio público viario, pronto se llegó a la entronización de la idea y noción del servicio público que caracterizaría durante un tiempo considerable y en amplios ámbitos del mundo, el régimen de ordenación y explotación de las telecomunicaciones.

A.- Razones de implantación.

Son varias las razones que han apoyado la instalación de un régimen de servicio público en el terreno de las telecomunicaciones. Unas son generales y político-ideológicas (postulados intervencionistas del rol del Estado social-conformador frente a postulados inhibicionistas del Estado clásico-liberal); otras son político-concretas (nacionalizaciones, consideración de servicios esenciales, fines de planificación); otras son de carácter económico-social (teoría del monopolio natural, carácter social de los servicios); otras, de contenido técnico-económico (posibilidad de influir políticas

anticíclicas) o simplemente administrativas (el empeño para la creación y expansión de una red nacional de telecomunicaciones). Todas estas razones han pesado en el ánimo de los legisladores de los diversos países y épocas contemplados que han configurado finalmente el régimen de las telecomunicaciones bajo las premisas de la idea político-jurídica del servicio público.

> Prácticamente la totalidad de países europeos incorporaron en su momento en sus ordenamientos la noción de servicio público telefónico, la cual, con independencia de las formas de gestión y de su carácter monopolístico o no que diferenciaron el régimen de ordenación, comportaba la titularidad pública de la actividad.
>
> En Francia, por Ley de 26 de junio de 1879 se consideró servicio público en gestión indirecta mediante concesión respecto de las redes telefónicas urbanas, mientras que las interurbanas eran instaladas y operadas en gestión directa por el Estado. Finalmente la Ley de 16de julio de 1899 estableció junto a la caracterización de servicio público el monopolio estatal.
>
> En Alemania, el modelo urbano inicial dió paso a una estructura de red telefónica nacional sobre la base del monopolio en forma muy similar a los demás países europeos.
>
> En España, el Real Decreto de 16 de Agosto de 1882 reglamentó por primera vez el servicio telefónico como servicio público mediante la formula de gestión indirecta a través de la concesión.
>
> En América Latina, por lo general, los servicios telefónicos fueron considerados en un principio como servicios públicos en régimen de concesión de carácter urbano y no monopolístico. Fórmula que evolucionó más tarde hacia formas de gestión directa centralizada o descentralizada a través de organismos públicos con personería jurídica y autonomía.

B.- Elementos del concepto tradicional y clásico del servicio público aplicado a las telecomunicaciones.

Pese a constituir uno de los conceptos más debatidos de la historia del Derecho Administrativo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entre la que cabe contar fundamentalmente la del Consejo de Estado francés, existen unas líneas estructurales básicas en el concepto de servicio público que encajaron perfectamente desde el principio en el servicio telefónico y posteriormente en otros servicios de telecomunicaciones.

Fundamentalmente, el servicio público significa la asunción mediante declaración formal, por parte del Estado o Poder público, de una actividad considerada como indispensable o esencial para la comunidad, y que por esa razón es objeto de una reserva de titularidad por el Poder público, que la somete a un régimen jurídico y organizativo de carácter público y exorbitante del derecho común.

Son así tres los elementos o aspectos del servicio público en su consideración más general:

1.- **El aspecto formal**, constituido precisamente por lo que se ha denominado la publicatio o declaración formal de la titularidad del servicio.

2.- **El aspecto material u objetivo** por cuanto supone que la serie de actividades acotadas y reservadas por el Poder público constituyen prestaciones de carácter económico e individualizado y de carácter esencial e indispensable para los sujetos a los cuales va dirigido.

3.- **El aspecto jurídico-organizativo** en el sentido de que la actividad sustraída de esta forma a la iniciativa privada y al régimen consecuente del derecho privado es un régimen de derecho público que tiñe todos los elementos de la relación jurídica establecida en torno al servicio.

Con posterioridad a la adopción del concepto del servicio público un doble frente en cuanto al sistema jurídico aplicable se abre: por un lado los aspectos jurídico organizativos que implican la gestión del servicio y dominados por el Derecho Administrativo y por otro, en los servicios públicos de carácter industrial o comercial, en la relación del servicio con proveedores y usuarios bajo la impronta del Derecho Privado. Fenómeno conocido en la esfera del Derecho Administrativo como la huida hacia el Derecho Privado.

C.- Crisis y evolución de la idea jurídico política del servicio público.

En su pretensión inicial, la idea del servicio público, en la formulación sobre todo de la Escuela de Burdeos, aspiraba a ser un concepto pleno en cuanto a su régimen jurídico, único en cuanto a la idea de justificar y legitimar la actividad de la Administración y concepto angular o básico para la explicación coherente de todo el Derecho Administrativo.

La denominada crisis del servicio público -con las considerables secuelas que dejó en la formulación y edificación del Derecho Administrativo- se centró precisamente en torno a los tres elementos mencionados:

En primer lugar, porque las transformaciones de la realidad subyacente a la actividad propia de los servicios públicos determinaron pronto la no unicidad del régimen jurídico imputable a la categoría. En suma, era difícil mantener una noción unitaria del servicio público, y sobre todo la unidad de su régimen jurídico, impulsado por la penetración del Derecho privado en sus formas de gestión.

En segundo lugar, porque la propia idea de servicio público fue pronto arrumbada en tanto que idea-fuerza y piedra angular de todo el Derecho Administrativo, al existir otras actividades de la Administración no fácilmente encasillables en esa formulación (actividades de policía, fomento o ayudas a las empresas de interés general, gestión económica del Estado, etc.).

En último lugar, porque el servicio público dejó de constituir para muchos, en los modelos de Estado subsiguientes a la liberalización y sustitución de esa idea central, el referente para la conveniente u óptima gestión y ordenación de las actividades económicas, a través de lo que se denomina la devolución a la sociedad de las tareas antaño englobadas bajo la noción de servicio público.

Asistimos así a lo que de alguna manera pudiera entenderse como las tres crisis del servicio público: una crisis conceptual, una crisis fenomenológica y por último una crisis institucional de amplio alcance.

D.-Contenido del régimen jurídico del servicio público tradicional.

Teniendo en cuenta el objeto de todo servicio de carácter económico que es la prestación regular y continua frente a un número indeterminado de usuarios de la actividad asumida por el Estado y acotada dentro de la declaración formal, el servicio público significó en suma la adopción de una serie de principios:

- **Continuidad** en cuanto a la prestación sin interrupciones del servicio en atención a su carácter de actividades indispensables o esenciales de la comunidad.

- **Igualdad** en cuanto al régimen de acceso de los usuarios al servicio en las condiciones legales y reglamentarias establecidas con carácter general
- **Universalidad** en cuanto el servicio se proyectaba con carácter expansivo alcanzando en su formulación óptima a todos los usuarios en las condiciones legales y reglamentarias, con independencia de su ubicación geográfica o de su status socio económico.
- **Calidad** asegurando cotas idóneas en las prestación regular del servicio directamente controlables por el titular del mismo.
- **Adaptabilidad** en el sentido de que el servicio había de incorporar las mejoras técnicas y de gestión propiciadas por el desarrollo de las técnicas y de la gestión económica, a través sobre todo del ejercicio del ***jus variandi*** o la denominada cláusula de progreso.

En el orden jurídico organizativo importaba la forma de gestión establecida bien directa por la propia Administración titular, bien indirecta mediante el instituto de la concesión u otras técnicas similares.

E.- Formas de gestión del servicio público.

Se contrapone con carácter general una gestión directa a una gestión indirecta

1.- Gestión directa por la Administración. Supone como decimos que es la propia Administración titular la que desempeña la gestión del servicio público, con arreglo, a diversas fórmulas: la denominada gestión centralizada o en "**regie**", en forma integrada dentro de la Administración jerárquica, o bien a través de la formula de gestión directa mediante un órgano de personificación, con personalidad jurídica y autonomía de gestión.

a) La gestión centralizada sin órgano interpuesto personificado es una formula poco habitual en el panorama del Derecho comparado dentro del sector de las telecomunicaciones. Fue la técnica utilizada por el denominado modelo **PTT** seguido por la Administración francesa de telecomunicaciones hasta la creación de **France Telecom** y otros países del entorno, fundamentalmente Bélgica y Suiza. Como tal, comportaba una gestión del servicio sometida a los cánones rigurosos del servicio público integrado en sus variadas manifestaciones (régimen de ingresos y de tarifas, relaciones con el usuario, extensión de las redes y aplicación de los principios materiales de su régimen jurídico etc.).

Es difícil encontrar en otras áreas modelos de gestión centralizada del servicio público de telecomunicaciones, tanto en Europa como en América Latina, en las que predominaba mas bien la fórmula de gestión directa descentralizada o mediante un órgano con personalidad jurídica o gestión, hasta el proceso de privatización / liberalización.

Existen no obstante en el panorama actual de gestión de los servicios públicos de telecomunicaciones algunas fórmulas que evocan la gestión centralizada, no tanto respecto de los llamados servicios oficiales (que en realidad no son tales servicios abiertos al público sino operación de redes adscritas al uso exclusivo de ciertas divisiones administrativas) como respecto de aquellos otros servicios, impropiamente denominados de telecomunicaciones, y que se delimitan como servicios auxiliares de otros grandes servicios públicos (seguridad, protección civil, ayuda a la navegación, meteorología).

b) Gestión descentralizada significa una gestión directa asumida por el Poder público titular, pero siempre mediante un organismo, instituto o Administración que goza de autonomía presupuestaria y de gestión y de personalidad jurídica mediante la adscripción del servicio público reservado, a ese órgano creado o establecido en exclusiva para la gestión del servicio público encomendado. Con una u otras variantes esta fórmula se corresponde con la noción de establecimiento público del Derecho francés, la *Corporation* británica o las diversas personificaciones administrativas para la gestión de servicios públicos en el Derecho español.

Ha sido y es fórmula ampliamente adoptada en países europeos y en América Latina. Así en Paraguay (ANTELCO). Honduras (HONDUTEL), El Salvador (ANTEL), Panamá (INTEL), Ecuador (IETEL), Argentina (ENTEL), Guatemala (GUATEL), etc.

Los regímenes de gestión descentralizada difieren escasamente unos de otros en cuanto a las potestades que contienen. Se observa una línea uniforme en la configuración de establecimientos públicos que tienen a cargo uno o varios servicios de telecomunicaciones y que funcionan en régimen de descentralización, bajo la tutela de una división administrativa del más alto rango (Ministerio, Secretaría, etc.). Estos organismos fueron creados por disposición de máximo nivel legislativo y como expresión del monopolio de las telecomunicaciones en la mayoría de las ocasiones, y mediante una fórmula de delegación amplia de las facultades del Estado (en algunos supuestos, la separación entre la actividad de normación o de reglamentación, o no existe, o no se percibe claramente).

La adscripción o régimen de tutela de estos organismos se realizaba a niveles diferentes. Así a nivel constitucional (El Salvador); por medio de leyes de los institutos gestores (es el caso más frecuente); o en la legislación de telecomunicaciones de carácter general o específico.

2.- Gestión indirecta. Es la gestión que se realiza normalmente a través de la figura de la concesión. Aunque existen otras fórmulas indirectas en el Derecho Administrativo clásico, tales como el arrendamiento o los conciertos, en el sector de las telecomunicaciones adquirió pronto esta técnica un gran predicamento debido sobre todo a su capacidad para compatibilizar los principios del Estado liberal no intervencionista en materia económica con la deseada gestión eficiente a cargo de particulares .

Pero también hay que destacar en la justificación o explicación del triunfo de la fórmula concesional aplicada a las telecomunicaciones la flexibilidad de los modos de gestión empresarial y la eliminación del riesgo y de las inversiones para el Estado que suponía la gestión directa. En España, en los albores de la adopción de la idea del servicio público pesó la quiebra fin de siglo de la Hacienda pública que había planteado la conveniencia de introducir la iniciativa de los particulares a través de la concesión de servicios públicos.

Vinculada a presupuestos de orden ideológico o político (la inhibición del Estado de corte liberal), o político coyuntural (fórmula de gestión privada que permite la participación de capitales privados), ha sido la técnica predilecta en el inicio de la gestión de las telecomunicaciones, hasta el punto de que prácticamente todos los sistemas reconducen a la concesión como fórmula de gestión de los primeros servicios públicos telefónicos. En la hora presente en muchos países, la concesión recobra una virtualidad insospechada como fórmula de gestión, en un movimiento de vuelta, a consecuencia de la privatización o liberalización en sentido amplio de los servicios de telecomunicaciones, constituyendo un título habilitante predilecto en su utilización, como fácilmente se desprende de la visión de muchas leyes de telecomunicaciones todavía vigentes en América Latina.

La concesión de servicios tuvo arraigo desde el principio en muchos países de América Latina. En cuanto comporta delegación de poderes y facultades exorbitantes ha sido en ocasiones desterrada expresamente de la legislación de telecomunicaciones (Argentina, cuya ley vigente sólo permite la gestión indirecta por autorización o permiso en precario); y en aquellos ordenamientos en que, por no alinearse conforme al patrón del servicio público, esto es en el régimen que hemos calificado como de empresa libre reglamentada, como es el caso de Chile, la concesión es, sin embargo la técnica utilizada, si bien adaptada a las especiales características del sistema. En Chile la concesión, según la ley general de telecomunicaciones, constituye un acto del poder ejecutivo de contenido normativo preciso, directamente encaminado a la explotación de los distintos servicios.

La concesión fue la forma de gestión de servicios públicos retenida fundamentalmente en el Derecho español hasta la Ley General de Telecomunicaciones que, consecuentemente con la declaración de las telecomunicaciones como servicio de interés general introdujo otros títulos habilitantes diversos. Tanto en los primeros tiempos como en el régimen unificado y consolidado incorporado en el contrato de 25 de Agosto de 1924 entre el Estado y la Compañía Telefónica Nacional de España, como igualmente en el contrato de concesión de 1946 y en la LOT de 1987 y sus sucesivas modificaciones la concesión fué la fórmula consagrada sin perjuicio de la posibilidad de recurrir a formulas de gestión directa en algunos supuestos y bajo determinadas circunstancias.

Incluso bajo el régimen instaurado por la LGT la concesión de servicios públicos reapareció, no ya como forma de gestión, con toda evidencia, sino como marco normativo de referencia, con algunas adaptaciones, en relación a los títulos habilitantes denominados licencias individuales, siendo de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

España fue durante mucho tiempo una ínsula en el panorama de la gestión de los servicios públicos de telecomunicaciones en el ámbito europeo. España era el único país en el que la gestión del servicio se operaba a través de una empresa privada, aunque fuertemente intervenida, la Compañía Telefónica Nacional de España.

Como tal la Compañía era la concesionaria en exclusiva en los contratos de 1924 y 1946. Empero tal fórmula no debe inducir a confusión puesto que el sistema español anterior a la liberalización comportaba una fuerte presencia de la intervención pública ejercida y materializada a través de tres institutos o técnicas combinadas:

1.- El contrato de concesión propiamente dicho que significaba el poder de dirección propio de esta técnica de gestión indirecta y el poder tarifario en particular. Las prerrogativas de Derecho público estaban presentes pues en el contrato conforme a esta categorización.

2.- La participación, en principio mayoritaria, y posteriormente suficiente para mantener el control de la compañía, del capital del Estado, lo que adscribía a la Compañía dentro del género de empresa pública según los criterios de la Unión Europea.

3.- La incardinación en el seno de la propia empresa gestora de la Administración de supervisión y control a través de la figura del Delegado del Gobierno, con poder de veto sobre las decisiones de la Compañía en una clara confusión del poder o facultad reglamentaria y la explotación de los servicios. Por otra parte, a la propia Compañía se le asignaba por el contrato importantes facultades reglamentarias por delegación expresa. Esta circunstancia unida a la consideración, ampliamente avalada por la jurisprudencia, de que el contrato de concesión tenía la naturaleza y eficacia de una ley pacticia o paccionada, el ordenamiento de telecomunicaciones a la sazón vigente suponía un régimen muy particular en cuanto al panorama del Derecho comparado. La práctica inmutabilidad del ordenamiento que le otorgaba este carácter de Ley -contrato suponía un ordenamiento especial al abri-

go de las potestades soberanas del propio Estado. A ello puso fin la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones reconduciendo el régimen de ordenación al Derecho común y con sujeción a la legislación de contratos del Estado y otras Leyes.

En la República Dominicana el instituto de la concesión es la fórmula requerida para la prestación a terceros de servicios públicos de telecomunicaciones, como reza el Art. 19 de la Ley 153/98. Únicamente se requiere el título de licencia para el uso del dominio público radioeléctrico. Pero volveremos sobre esta cuestión en el momento oportuno.

II - RÉGIMEN DE EMPRESA LIBRE EN MONOPOLIO DE FACTO SOMETIDA A REGULACIÓN.

A.- Las razones y particularidades del sistema.

En principio la empresa libre reglamentada o controlada parte de un presupuesto antitético del servicio público, esto es, el principio de libertad de empresa, constitucionalmente garantizado frente al carácter de reserva en que se ampara el régimen del servicio público.

El régimen de empresa libre en principio y sometida posteriormente a una fuerte intervención regulatoria es el caso de los Estados Unidos antes del movimiento de desregulación. En el bien entendido que no por configuración ***ex lege*** sino por condicionamiento de facto, el régimen de empresa libre en los Estados Unidos convergió con el sistema de servicio público en monopolio como una aceptación del hecho entonces incontrovertible del monopolio natural aplicado al sector de las telecomunicaciones.

La estructura federal de los Estados Unidos impone en su Constitución la competencia legislativa del Congreso para las Telecomunicaciones de ámbito supraestatal. Las Cámaras legislativas de cada uno de los Estados miembros tienen competencia en las telecomunicaciones de ámbito interestatal.

El Congreso de los EEUU en 1919 otorgó a la ***Interestate Commerce Commision*** poderes para regular los servicios telefónico y telegráfico interestatales, entrando ya a constituir una pieza esencial en la regulación de las telecomunicaciones en Norteamérica cual es la presencia de organismos reguladores.

Mediante la ***Telecomunications Act*** de 1934 se creó la ***Federal Communications Commision (FCC)*** como órgano regulador a nivel Federal y con competencias en este nivel, con independencia de aquellas otras que ostentaban los órganos de regulación estatales.

Posteriormente surgieron otras leyes que abordaron sectores específicos dentro del mundo de las telecomunicaciones, tales como las ***Comunications Satelite Act*** de 1962 y la ***Cable Comunications Policy Act*** de 1984 y la ***Cable Television Consumer Protection And Competitive Act*** de 1992 que amplió las competencias regulatorias de la FCC en los sectores implicados .

Finalmente, la ***Telecomunications Act*** de 1996 significó el punto consolidado de la reglamentación de las telecomunicaciones con el objetivo de fomentar la inversión privada, promover y proteger la competencia, facilitar el libre acceso a las redes, garantizar la universalidad de los servicios y fomentar una actuación administrativa flexible y con capacidad de respuesta. En suma se trataba de incorporar en su plenitud el esquema de regulación para la competencia correspon-

diente a la fase de desarrollo tecnológico y de desregulación que había sido iniciado anteriormente en los Estados Unidos a partir sobre todo del desmantelamiento del monopolio de hecho de la ATT.

Con anterioridad a este hecho, el sistema, en principio de empresa libre, a partir fundamentalmente de la Ley de 1934, supuso una fuerte regulación por parte de la FCC en relación al control de los precios y las condiciones de prestación de servicios por el monopolio de facto, las políticas de expansión, la protección de usuarios y el control de beneficios de la empresa monopólica.

B.- La evolución del sistema: la desregulación norteamericana

El sistema de regulación para el monopolio en que, fundamentalmente, se cifraba el régimen de explotación de las telecomunicaciones en los Estados Unidos, fué objeto pronto de críticas a cargo de las Escuelas económicas nucleadas en torno a la Universidad de Chicago, contribuyendo así a alimentar el sustrato ideológico para la operación de desregulación que culminó con el desmantelamiento de la ATT y la creación de las siete BOCS o monopolios regionales hasta la reestructuración operada por la Ley de 1996.

Las críticas económicas se dirigieron principalmente hacia el exceso de reglamentación y de control por parte de las autoridades de regulación, las que finalmente redundaban en perjuicio de aquellos intereses que pretendidamente trataban de tutelar. La vuelta a la pureza de la libertad económica, al margen de cualquier intervención pública, fué la punta de lanza de las criticas económicas entre las que sobresalió las de **STIGLER** en ***"The theory of economic regulations"*** pieza maestra o al menos emblemática en el derrumbamiento de la mitificación del poder regulador sobre la base fundamentalmente del exceso de intervención y de la captura del regulador por el regulado a que conducía de forma inexorable el sistema de regulación. A ello coadyuvó la crisis económica de los años 70 que agravó considerablemente la situación de las empresas bajo control motivando así una reacción de tipo político que cristalizó en la desregulación del sector.

Finalmente, como trasunto de toda esta batalla de ideas económicas y políticas en torno al papel regulador del Estado en la nueva economía, sobrevino la decisión del Juez **Greene** en 1981 en aplicación pura y simple de la Ley Antitrust o ley **SHERMAN** cuyo resultado, sobradamente conocido fué la creación, por desmembramiento de la **ATT**, de los siete monopolios regionales y estructurando el mercado de las telecomunicaciones en compartimentos estancos afincados respectivamente en la larga distancia y en la operación de las redes locales.

La vuelta al mercado y el nuevo sistema de regulación instituido en el ***Modified Judgement*** y las sucesivas sentencias de los Tribunales recompusieron el clima propicio para una nueva regulación para la competencia, rompiendo las barreras existentes entre los servicios de larga distancia y servicios locales y de éstos con las industrias de entretenimiento y de programación y provisión de contenidos. La ola de fusiones y alianzas que siguió a ello como consecuencia de la reestructuración de los mercados a partir de 1996 sobre postulados de libre competencia efectiva, ha supuesto en suma una cierta convergencia entre los sistemas europeos y el norteamericano en cuanto a la construcción del nuevo sistema de regulación para la competencia. Las similitudes en cuanto a los objetivos propugnados por ambos sistemas y las técnicas asociadas pone en evidencia la confluencia de los sistemas de regulación en el mundo presente.

III.- LOS SISTEMAS MIXTOS: ESTRUCTURA DE RED ABIERTA Y REGIMENES DE CONCURRENCIA LIMITADA.

La progresiva pero irreversible liberalización de las redes y servicios de telecomunicaciones, con diferentes pautas y ritmos, pero bajo los mismos postulados, ha provocado, particularmente en el entorno europeo y en el ámbito latinoamericano, la eclosión de sistemas mixtos que se caracterizan en lo esencial por la coexistencia entre un sector dominado por el monopolio o la exclusividad y otro bajo los postulados, principios y régimen de libre competencia. Preciso es advertir sin embargo que este sistema no se concibe sino de forma transitoria hasta la consolidación de la libre competencia plena en los mercados.

Como tal, comporta dos órdenes de contenidos principales o si se quiere de problemas o planteamientos de orden jurídico: por un lado, la delimitación de los ámbitos correspondientes a esos regímenes; por otro, la elaboración de reglas que permitan esa coexistencia entre sectores dominados por principios antitéticos. En ello se cifra precisamente el concepto de sistema de estructura de red abierta mediante la cual junto a esos dos sectores diferenciados a los que hemos aludido se instituye una serie de normas de carácter técnico, económico y jurídico para facilitar y permitir la convivencia pacifica y útil entre esos dos sectores. Se cifra en las ya famosas condiciones de la oferta de red abierta en la Unión Europea correspondiente a la primera fase de apertura y de liberalización.

Al propio tiempo, el sistema de transición a la competencia también ha sido en cierto modo establecido en algunos países de América Latina subsiguientemente a la privatización de las empresas de telecomunicaciones operantes y la entrada de socios estratégicos en los nuevos operadores habilitados para gestionarlas durante los llamados periodos de concurrencia limitada o de competencia regulada en países como Argentina, Perú, Bolivia y otros en los que los contratos concesionales suscritos para operar las telecomunicaciones comportaban, en contraprestación a la exclusiva otorgada sobre redes y servicios finales y portadores, el cumplimiento de planes precisos de expansión y mejora de las redes de telecomunicaciones durante un periodo de tiempo determinado.

El periodo de concurrencia limitada enmascaraba un régimen de monopolio sobre el núcleo esencial del sistema, que si bien favoreció en un principio la expansión de las redes, ello fué a cambio de la congelación de la libre competencia efectiva en redes y servicios. Finalmente, con la conclusión del periodo de exclusividad o de competencia limitada, bien por expiración del tiempo convenido, bien por finalización anticipada, el régimen o sistema expuesto ha dejado de tener virtualidad frente a la libre competencia instaurada en todos los segmentos del mercado. La fuerte presencia empero de operadores dominantes ex monopolistas o ex exclusivistas (según el eufemismo acuñado), junto al escaso desarrollo de una pluralidad de agentes y de una competencia efectiva y duradera han provocado en América Latina el mantenimiento de muchos de los esquemas y postulados de la estructura de red abierta, no obstante.

IV.- SISTEMA DE COMPETENCIA PLENA O DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

Ello ha supuesto básicamente la desaparición de los llamados derechos exclusivos o especiales en el ámbito europeo en la última etapa de evolución del Derecho Comunitario de Telecomunicaciones y sintetizado en la Directiva denominada de competencia plena. En América Latina ha representado el fin, como hemos visto, de los periodos de competencia regulada o limitada. En otros países como Australia y Nueva Zelanda, incluso bajo ciertas matizaciones, en Chile, el sistema ha significado la regulación de las telecomunicaciones en mercado abierto con sujeción a los principios comunes de defensa de la libre competencia en general ***(regulación ex post)*** en la terminología europea) y frente a los esquemas regulatorios específicos y sectoriales ***(regulación ex ante)***.[1]

1. Es de advertir que este esquema es el que ilustra la reciente ley española de telecomunicaciones de 2003, con fidelidad a los postulados y orientaciones de las Directivas europeas del 2002.

SEGUNDA PARTE. CAMBIO Y EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TELECOMUNICACIONES

INTRODUCCIÓN.-

El régimen jurídico de las telecomunicaciones, como en general de otros servicios públicos de carácter industrial y comercial, había alcanzado un grado de consolidación coherente y suficiente en torno a la idea básica del monopolio, bien bajo la categoría del servicio público, bien con la configuración propia de un monopolio de hecho.

A principios de la década de los 80 un amplio movimiento generalizado da cuenta de un cambio profundo en los sistemas de ordenación de las telecomunicaciones. Los monopolios van dejando su impronta para dar paso a una liberalización con arreglo a grados y ritmos diferentes, aunque de carácter irreversible. Los monopolios en mano pública fueron poco a poco cediendo el paso a la iniciativa privada y a la regulación mediante el mercado. Los monopolios de carácter privado en los Estados Unidos fueron desmantelados, imponiéndose un sistema ampliamente denominado de desregulación.

Este cambio trascendental en los sistemas de ordenación obedece a una serie de causas de carácter tecnológico financiero, político, social e ideológico que transfiguran el panorama internacional de la ordenación de las telecomunicaciones. Como hechos pioneros en la ola de liberalización /privatización que invadió el mundo a partir de la década de los 80, cabe presentar lo que fueron los hitos significativos de ese cambio y que contribuyeron notablemente a expandirlo por amplias latitudes.

Finalmente, el cambio suscitado se materializó en una serie de operaciones y transformaciones normativas en los ordenamientos de cada país que presentaron el escenario propicio para la emergencia de un marco regulatorio nuevo para las telecomunicaciones, con fundamentos, contenidos y técnicas asociadas bastante similares en los países observados. Es lo que se denomina, un tanto vagamente, el nuevo sistema de regulación para la competencia y la satisfacción del interés general o nuevo Derecho de las Telecomunicaciones.

I.- LAS CAUSAS Y RAZONES DEL CAMBIO.

A.- Razones de índole tecnológica.

No cabe duda de que han sido las profundas transformaciones operadas en las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones las que han actuado como motor de cambio fundamental en los sistemas. Entre ellas debemos destacar básicamente las siguientes: el aumento de capacidad de transmisión en las redes por la progresiva incorporación de las redes digitales de servicios integrados; el nuevo diseño de arquitectura de red propiciando sistemas de carácter abierto, tanto en la versión norteamericana **(ONA)** como en la europea **(ONP)**; el desarrollo alcanzado en nuevos medios de transmisión como las redes satelitales por cable y una mejora notable en el aprovechamiento del espectro radioeléctrico (sistemas celulares); la digitalización de las redes por la que se reduce a una unidad básica, a través del código binario, toda la información que transita por las redes de telecomunicaciones dando lugar a una multiplicidad incesante de nuevos servicios etc. Todo ello redunda en la afirmación de que las tecnologías ampliamente consideradas tuvieron y siguen teniendo un peso decisivo en la transformación del sector con notable incidencia tanto directa como indirecta en los ordenamientos jurídicos.

B.- Razones de índole financiera.

El desarrollo de las tecnologías como de las necesidades propias de investigación y el perfeccionamiento de gestión en las industrias de la telecomunicación, junto a otra serie de factores concurrentes, produjeron inmediatamente un grave deterioro en la configuración monopolística de los servicios de telecomunicaciones. Los monopolios estatales se mostraron pronto incapaces de producir las inversiones crecientes que esa dinámica exigía, incidiendo negativamente en la expansión, mejora y calidad de los servicios.

Por otra parte el déficit sistemático de los monopolios públicos en la gestión de las telecomunicaciones introdujo una variante en los sistemas de explotación por cuanto que desde la simple consideración del gasto público apareció conveniente la reducción del déficit público generado por la gestión de los servicios públicos explotados directamente por el Estado.

Llegado un momento, los Estados, particularmente en América Latina, se vieron abocados a reducir el gasto público procediendo a imponer la liberalización- privatización que, desde esta perspectiva, significaron una notable reducción en los gastos y asimismo una transferencia de recursos importante procedente del sector privado.

C.- Razones de tipo económico. La crisis del monopolio natural.

Independientemente de las demás razones que habían postulado por la instauración de los monopolios en telecomunicaciones, fue sobre todo la doctrina del monopolio natural la que facilitó la permanencia durante largo tiempo de este sistema en el régimen de explotación de las telecomunicaciones.

El concepto del monopolio natural procede de la ciencia y la doctrina económica y se fundamenta en varias circunstancias como las siguientes, perfectamente localizables en el sector de las telecomunicaciones:

1) **Industria de red**, mediante la cual los productos o servicios se producen y suministran en red, a una multitud dispersa de usuarios reales o potenciales.
2) **Grandes costos fijos** por el desarrollo de la infraestructura en red. y retorno de las inversiones a largo plazo
3) **Economía de escala** o de costos unitarios decrecientes, de manera que la mejor rentabilidad se obtiene por el número creciente de usuarios.
4) **Tecnologías de coste asimismo decreciente** por cantidad o volumen de producción
5) **Economía de gama**, por la que los costes de servicios auxiliares o complementarios decrecen también por la imputación a los mismos de costes fijos.
6) **Planificación centralizada** de la gestión con el fin de optimizar el beneficio para la empresa explotadora y los usuarios.

La doctrina del monopolio natural, en sí misma considerada y al margen de otras implicaciones de carácter institucional o político, llevaba a contradecir la competencia que obstaculizaba el desarrollo del servicio, la optimización del beneficio de explotación y la satisfacción del usuario y a procurar la integración de los elementos que concurrían en la provisión de los servicios (Unidad de red, empresas de equipos cautivas etc.).

Asimismo postulaba el régimen o contenido del servicio público de carácter material (las famosas reglas de oro del servicio público de **ROLLAND**: continuidad, por cuanto exigía el máximo aprovechamiento de las economías de escala a través de una relación continua con los usuarios; de universalidad, en cuanto que la maximización del beneficio consistía en la expansión creciente del servicio a ámbitos y categorías de usuarios de carácter asimismo creciente; de adaptabilidad, a las circunstancias imperantes en cada momento y a las mejores usos y tecnologías, de carácter complementario o sustitutivo).

Como asimismo dominaba la forma o contenido de la regulación, normalmente a través de la consideración de un monopolio legal, con un régimen de explotación basado en la doctrina del servicio público clásico, o de un monopolio de facto a través de la regulación sobre el monopolista (experiencia norteamericana anterior a la desregulación).

La doctrina del monopolio natural se bate en retirada en el momento, a partir de la década de los ochenta, en que tiene lugar el proceso de cambio que ha dado lugar al actual esquema de regulación para la competencia y la provisión del interés general.

Junto a consideraciones de tipo tecnológico, económico, político, social e ideológico en suma, la doctrina del monopolio natural fue quebrándose a causa del cambio tecnológico, y sobre todo por la causa del cambio del escenario de producción y suministro de los servicios y actividades de telecomunicaciones, en el que destacamos:

1) La extensión del servicio es una realidad y con ello se consigue la maximización de los beneficios provenientes de una economía de escala, al alcanzar de manera progresiva costes marginales sumamente bajos por el desarrollo y pleno empleo de las redes a que se llegó en muchos países.
2) El descenso de los costes de suministro de equipos y terminales como resultado de la estandarización de las tecnologías y de las normas técnicas y la eliminación de barreras arancelarias a estos productos. O introduciéndose al mismo tiempo una competencia efectiva entre suministradores de bienes de equipo y una ruptura en el carácter integrado o cautivo de estas industrias respecto del operador en monopolio.
3) La progresiva introducción de redes alternativas o de nueva creación o diseño, como las satelitales, de cable y otras, que abarataron en consecuencia el elemento transporte de la comunicación a distancia.
4) La introducción y manejo de tecnologías de transmisión más adecuadas y baratas como la fibra óptica y la entronización y desarrollo de la Red Integral de Servicios Integrados que implicaba asimismo una notoria reducción de los costos fijos, paradigma de la doctrina del monopolio natural.
5) El desarrollo de las tecnologías inalámbricas, tanto en la red de transporte como en la red de acceso, con la consiguiente reducción del costo en el despliegue de infraestructuras.
6) El desarrollo de las tecnologías de red que propiciaron un desarrollo diversificado de las mismas y que junto al desarrollo de la informática produjeron la diferenciación progresiva de los servicios de valor añadido la cual implicaba una brecha abierta en el monolítico terreno del monopolio integral y verticalizado.

Finalmente, el proceso de convergencia, la separación estructural entre red y servicios, y otros notables cambios estructurales en la explotación de las telecomunicaciones hizo arrumbar definitivamente la doctrina del monopolio natural, otrora bien establecida tanto en los regímenes propios de una ortodoxa concepción de servicio público como en los monopolios de facto en sistemas de empresa libre, en principio, como fueron los de los Estados Unidos antes de la desregulación.

Con todo, justo es reconocer que estas consideraciones puramente económicas no sirvieron por sí solas para derrumbar el edificio del monopolio legal y la gestión pública de las telecomunicaciones. Fueron factores como decimos, coadyuvantes, los que finalmente desencadenaron la ruptura y el fin de la doctrina de monopolio natural instalándose progresivamente en su lugar regímenes de competencia gradual hacia metas de competencia plena en casi todos los países, de una forma u otra.

Hoy en día, y plenamente superada la doctrina del monopolio natural en su aplicación a las telecomunicaciones, se vuelve a ella no obstante en contadas ocasiones, aunque de forma muy matizada, cuando se trata de imponer una política de desarrollo y extensión de las redes que evite el despilfarro y la duplicidad (por ejemplo en materia de bucle local de abonado o de la ultima milla) o que impone estrategias de compartición de bienes escasos (política de interconexión y acceso a redes dominantes, compartición y uso conjunto de infraestructuras e instalaciones) y en general cuando se esgrime como argumento legitimador de la doctrina del acceso igual y no discriminado a las instalaciones esenciales ***(essential facilities)***.

La economía de escala y de gama están presentes asimismo en las políticas de fusiones y alianzas o de integración y desintegración de cadenas de valor, que es el escenario más actual de las telecomunicaciones en competencia, cuando se invocan esos beneficios para lograr o facilitar las alianzas y fusiones entre los diversos agentes de telecomunicaciones.

D.- Razones políticas y sociales.

Los movimientos de liberalización y privatización, justo es recordarlo, se manifiestan en un momento en que aparece con fuerza un punto de inflexión en la determinación de las relaciones del Estado con la Sociedad. El inicio de la quiebra del Estado intervencionista, como modelo económico que tuvo su origen en el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial y que se había forjado en torno a la bandera del Estado del bienestar, impone la devolución de tareas y actividades para ser desarrolladas por la iniciativa de la sociedad en torno al mercado. El repliegue del Estado en las actividades económicas se acompaña al propio tiempo en los países industrializados de un fuerte desarrollo económico que va a dar pronto al traste, al menos en sus elementos esenciales, con la idea prefigurada de un Estado omnipresente en las actividades sociales y económicas. Con ello queremos afirmar no obstante que este repliegue del Estado (la política de moins d´Etat) no significa necesariamente el abandono o el reduccionismo hacia cotas inhibicionistas, por sí mismas inaceptables en el momento actual de desarrollo de las relaciones Estado-sociedad. Del Estado prestador o intervencionista se pasa al Estado regulador.

La globalización en cuanto factor que introduce una nueva dimensión en el tratamiento y en la solución de los problemas de diversa índole y su indeclinable tendencia a la uniformización ha estado también presente en el amplio movimiento de liberalización o de devolución a la sociedad, en pocas palabras, de servicios y actividades económicas y sociales que constituían hasta hace muy poco tiempo el bastión irreductible de la acción del Estado y de los Poderes públicos. El fenómeno atañe a la aldea global y con diferentes ritmos de adaptación, la liberalización de las telecomunicaciones ha alcanzado en una mayor o menor medida a todos los países. La puesta en marcha de instrumentos internacionales como la Organización Mundial del Comercio y la emergencia de entidades supranacionales de mayor o menor consolidación y eficacia, tales como la UE o la Comunidad Andina de Naciones ha contribuido también notablemente a producir el cambio señalado.

E.-Razones ideológicas.

Parece innecesario afirmar ahora que la serie de factores señalados no se producen aisladamente sino que, como es manifiesto, interactúan. De tal manera que inciden directamente sobre la estructura de las empresas y del mercado y éstas a su vez sobre los ordenamientos o elementos normativos, los cuales vuelven a introducir factores de transformación en todos los demás ámbitos señalados.

Tanto si los hechos y circunstancias preceden a las ideas, como si éstas se encuentran en el origen del desencadenamiento de los hechos políticos, económicos y sociales, resulta esclarecedor el constatar que las operaciones de cambio que señalamos tienen lugar en el seno de una ideología económico y política bien determinada: el neoliberalismo económico y su trasunto en el Estado mínimo. Primero fueron las doctrinas económicas, esencialmente vinculadas a las Escuelas de Chicago y Viena, las que aportaron el sustento argumental básico en la ola de desregulación. Más tarde, desde una perspectiva económica, el esquema neoliberal invadió el campo ideológico y político incorporándose en programas concretos de actuación de los partidos y formaciones políticas en numerosos países del Occidente. La liberalización encontró así, no sin elementos perturbadores y realmente preocupantes, el caldo de cultivo para su implementación y desarrollo.

II.- LA MATERIALIZACION DEL CAMBIO

A.- La problemática jurídica esencial del cambio.

Por influjo de todos esos factores en la década de los 80 empezó a fraguarse el giro en la actitud del Estado y de los Poderes públicos en la protección y salvaguardia de un sector de la importancia y el carácter estratégico como es el de las telecomunicaciones. Anteriormente, la manifestación de este carácter se había hecho sentir a través de un fenómeno de sentido inverso al que ahora estamos presentando. Nos referimos a la era de las nacionalizaciones, en la cual, desde un punto de vista amplio y general, se había producido la asunción de actividades y de propiedades privadas por parte del Estado. El fenómeno privatizador de ahora es de sentido contrario y se justifica por los nuevos planteamientos sobre la acción del Estado en relación a la sociedad.

La operación de transferencia, tanto de actividades como de bienes, desde los sectores privados hacia el sector público, con arreglo a técnicas jurídicas diferentes y entre las cuales cabe contar el rescate o reversión de las concesiones, la transferencia coactiva, con o sin indemnización de los bienes privados y la declaración formal del servicio público en monopolio, se enfrentó a problemas jurídicos que en cierto modo reaparecen en la operación inversa o transferencia desde el sector público al privado en que consiste fundamentalmente la liberalización-privatización.: se trata de encontrar los títulos mediante los cuales se articule la transferencia, esta vez desde el Estado a los particulares.

La materialización del cambio pone en marcha como decimos una serie de operaciones de diferente nomenclatura y también de diferente objeto, alcance y significado, tales como liberalización, privatización, desmonopolización o desregulación. La carga semántica de las palabras, no necesariamente inocente, introduce sin duda una peculiar confusión en la terminología que, en la perspectiva didáctica trazada conviene esclarecer.

B- Las diferentes operaciones del cambio.

La devolución a la sociedad de bienes y actividades o servicios en mano pública da lugar a todas esas operaciones que hemos mencionado, de una manera u otra y que necesariamente no tienen por qué coincidir.

a) Liberalización.

La liberalización desde el punto de vista económico significa la introducción de competencia en el mercado, por pequeña que ésta sea.

Es pues el aspecto del acceso al mercado el que prevalece en el concepto de liberalización desde el punto de vista ahora considerado. Como tal, viene a coincidir con la desmonopolización que comporta la provisión única de bienes y servicios, y por ende la sustitución del mercado. Ha de entenderse que según esta concepción cualquier introducción de variación en el acceso, incluida la transformación de los monopolios en duopolios u oligopolios, es ya sin duda una medida liberalizadora.

Desde el punta de vista jurídico, en los sistemas antaño dominados por la idea del servicio público, liberalización equivale a la sustitución de esta idea por otra categorización que implica precisamente la regulación del acceso, operatividad y salida del mercado mediante esquemas jurídicos antitéticos al concepto global del servicio público. Es el caso de los servicios de interés general o interés público en la nomenclatura de los países europeos.

En suma, la publificación *(publicatio)* de actividades que constituía el elemento formal esencial en la consideración de un servicio como público desaparece, dando lugar a un acto de sentido contrario o despublificación de actividades, mediante el cual la reserva al Estado o poderes públicos deja de tener lugar.

b) Privatización.

La liberalización o devolución de actividades al sector privado no coincide con la privatización aunque la acompañe en muchas ocasiones. De hecho puede haber liberalización con o sin privatización. En el primero de estos supuestos existe una transferencia de propiedad de bienes en mano pública hacia el sector privado, mediante cualquier título jurídico apto para producir el objeto de ese negocio jurídico de transferencia,(compraventa, operaciones societarias, etc.). En el segundo caso se puede llegar a la situación, realmente inquietante, de la existencia o sustitución de monopolios públicos por monopolios privados, puesto que la privatización o transferencia no se acompaña de la correlativa liberalización de actividades.

En un sentido muy elemental podemos distinguir tres acepciones en el término privatización:

1) En tanto que transferencia de propiedad, a través de cualquier título jurídico apto a los fines propuestos. Pueden existir privatizaciones por venta directa a personas o consorcios privados, venta de acciones de propiedad públicas en las bolsas o mercados financieros, de carácter total o parcial etc.
2) En tanto que devolución de actividades desde la esfera de lo público a lo privado, como se han entendido en muchas ocasiones las operaciones de privatización. Nosotros preferimos mantener separados ambos conceptos en el sentido expresado, en el bien entendido de que la operación misma de transferencia de propiedad implica un cambio en la gestión que pasa de estar conformada por lo público (servicio público, empresa pública) a ser una actividad gestionada por criterios empresariales y de mercado; en consecuencia, de carácter privado.

Y en el bien entendido también de que los fines y objetivos de la privatización en estricto sentido pueden no coincidir con los de la liberalización. En este último caso existe la pretensión de devolver a la iniciativa privada y a las técnicas jurídicas asociadas una actividad en mano pública. Mientras que en una simple operación de privatización el motivo fundamental haya de ser la disminución del déficit público con la venta de los bienes, activos y propiedades públicas de una u otra manera.

3) Existe no obstante una tercera forma de entender la privatización. Se trata del simple cambio en la forma de gestión de una actividad que permanece en la esfera del Estado o de los Poderes públicos. Ha sido esta una técnica muy utilizada en los procesos de materialización del cambio en muchos países en que ha sido necesario, partiendo de una estructura personificada para la gestión del servicio público, el proceder a la transformación previa de esas estructuras en instrumentos propios de la gestión empresarial privada, es decir, en sociedades mercantiles, de capital publico. Es justamente lo que ha acontecido en muchos países europeos (Francia, que debió transformar el PTT a través de una conversión en una sociedad France Télecom, como paso previo a la venta de acciones que ha ido materializando la transferencia del sector público hacia el sector privado; España que hubo de transformar previamente la estructura de Retevisión en una sociedad antes de proceder a su privatización y correlativamente la incipiente liberalización por la introducción de un segundo operador en telefonía básica y en redes asociadas; caso asi mismo muy frecuente, en América Latina -Argentina, Ecuador, Venezuela, entre otros-, en los que los organismos públicos descentralizados de gestión del servio público fueron transformados en sociedades anónimas, una o varias, antes de proceder o intentar la venta del accionariado público).

Esta tercera forma de privatización a la que aludimos, únicamente significa el cambio en la forman tanto jurídica o económica en la gestión sin que se produzca una transferencia de propiedad de los títulos sobre bienes o activos. Por ello le damos la calificación de privatización en las formas o en los métodos de gestión.

c) <u>Desregulación.</u>

En sentido primigenio desregular es un antónimo de regular. Por consiguiente desregulación significa simplemente la disminución o eliminación de las normas que rigen una actividad o la prestación de un servicio.

En sentido amplio, la desregulación constituye una disminución de la tensión regulatoria en elementos clave de una actividad tales como las modalidades de gestión del servicio, precios o control de beneficios empresariales. Por inercia natural se ha de suponer que la disminución o eliminación de reglas correlativamente supone que esas actividades pasen a regirse por los imperativos y reglas del mercado. Desregular significa en esta acepción simplemente la vuelta al mercado. Pero la fuerza de las cosas impone, como sabemos, otros planteamientos, que sin abandonar la idea básica que significa la desregulación, profundizan en la edición de otras reglas para un diferente tipo de intervención

El término desregulación tiene un inequívoco origen económico y norteamericano para más señas. Entendiendo que la palabra “regulation” significa intervención pública mediante reglas, sean legales, reglamentarias o resoluciones provenientes de las autoridades investidas de competencia, la desregulación se compagina con el fenómeno inverso de eliminación de esas reglas de forma parcial, transitoria o total. En el bien entendido, asimismo, de que nunca se procederá a una eliminación total de las reglas por el manifiesto interés objetivo del Estado y los Poderes públicos en preservar y mantener el mercado, no parece que dentro de nuestros sistemas jurídicos el término desregulación haya de tener el mismo significado que en otros confines. Quizá lo impor-

tante de la cuestión estribe en saber en qué consiste y cómo opera esa pretendida desregulación. Porque es bien conocido que en las etapas o sistemas de transición hacia una libre y real competencia el fenómeno no se acompaña de una disminución de reglas sino, antes al contrario, con la edición de otras nuevas con objetivos y finalidades diferentes. No por ello habremos de caer en la tentación de introducir neologismos bárbaros como el de re-regulación o re-reglamentación, los cuales dan cuenta cabal del fenómeno de la nueva ordenación, con detrimento fácilmente perceptible de la semántica o simplemente de la fonética.

Lo que sí debe de quedar claro es que el cambio propiciado y materializado a través de normas e instrumentos jurídicos ha significado un cambio a su vez en los marcos de la reglamentación general o marcos regulatorios, de sentido diferente a los sistemas anteriores. El cambio ha tenido unas causas que lo han motivado y va a tener unas consecuencias en el plano estrictamente jurídico, mediante la implantación de un nuevo sistema de ordenación, con principios, fines e instrumentos esencialmente diferentes.

III- LOS HITOS SIGNIFICATIVOS DEL CAMBIO

En este orden de ideas, diversos acontecimientos marcaron en su momento el efecto de desencadenamiento en los procesos de liberalización/privatización. Aludimos con ello a tres hitos significativos que se anticiparon en el tiempo y ejercieron un notable influjo en los procesos de cambio en todo el mundo. En primer lugar, la desmonopolización o desregulación norteamericana. En segundo lugar, la apertura contenida en las leyes británicas de los primeros años de los 80 y en tercer lugar, la primera etapa abordada por la Unión Europea y estructura al Libro Verde de los Servicios de Telecomunicaciones de 1987.

A.- La desregulación norteamericana

El monopolio privado de la ATT a que se había llegado en la evolución del régimen de las telecomunicaciones de los Estados Unidos fue objeto de una serie de acciones legales emprendidas por el Departamento de Estado a partir de 1974 que culminaron en la ya famosa sentencia del Juez ***Green*** de 1982 que significó el desmantelamiento de la ATT y la constitución de los siete operadores regionales que mantuvieron una suerte de monopolio de facto en los ámbitos estatales federados.

Los primitivos 22 **BOCS** se agruparon en los siete operadores regionales (los ***Baby Bells***) operando sobre 160 áreas geográficas denominadas **LATA** en las que se dividió el país. La conformación de los monopolios regionales se hizo presente con la prohibición expresa de prestar servicios de telefonía fuera de las circunscripciones establecidas así como para fabricar equipos o prestar servicios de larga distancia o servicios de información fuera del ámbito territorial preestablecido.

En pocas palabras, el desmantelamiento de la **ATT** significó la eliminación del monopolio y la desintegración vertical entre servicios locales, de larga distancia y de información o entretenimiento.

El fuerte control de la **FCC** estuvo en el origen, si no de una desregulación, sí en el de una nueva regulación orientada hacía nuevos principios como el de acceso igual a todos los operadores de larga distancia a las redes locales y la protección de la universalidad del servicio con arreglo a diversos expedientes y procedimientos.

La sentencia modificada (***Modification Final Judgement***) a la que llegaron el Departamento de Justicia y la **ATT** en 1982 consolidó por el momento la estructura del operador dominante con ciertas concesiones, entre ellas las de entrar en el mercado de los servicios de información mediante el ***consent decree*** de 24 de Agosto de 1982 por el que se concede un período de un año a **ATT** para presentar un plan detallado de desmembramiento y otro año para ponerlo en práctica.

En el informe de la **FCC** denominado ***Desregulation Notice***, la desregulación norte americana se asienta sobre varios puntos entre los que cabe consignar: la constatación de que el mercado ha experimentado un vuelco radical de manera que puede ahora asegurar por sí mismo los servicios y actividades que antes eran objeto de la regulación; la constatación asimismo de la incidencia negativa, por el aumento de costos y por el retraso de los proyectos, de los sistemas de regulación; la posibilidad de vulneración de la primera enmienda de la Constitución, la libertad de expresión, con referencia a los contenidos de los servicios audiovisuales y de Internet si no se liberaliza el mercado y se mantienen los controles.

Sucesivos documentos del departamento de Estado (***Computer Inquiry I, II y III***) como diversas sentencias de los Tribunales dieron cuenta de las carencias del sistema que había sido establecido y que mantenía la desintegración vertical y horizontal de servicios y que impedía tanto a los operadores de larga distancia como a los locales llevar a cabo actividades y servicios en otras áreas o segmentos del mercado.

Todas estas circunstancias recondujeron las políticas de desregulación hacia la consolidación de un marco regulatorio de nuevo cuño basado en la Ley de 1996. Cabe apreciar en este punto, como vimos, una cierta convergencia normativa entre los sistemas europeos y el norteamericano por la emergencia de un marco de ordenación presidido por análogas finalidades, y de contenidos en cierto modo muy similares en pro de la garantía de la libre competencia en todos los mercados y segmentos de los mismos y en la satisfacción inmediata del interés general.

B.- Las leyes británicas de Telecomunicaciones

Sin duda el británico fue el primer mercado europeo que se abrió a la libre competencia. Con ciertas cautelas (en relación a los servicios de satélite y cable) y con arreglo a pautas marcadas (sustitución del monopolio por un duopolio en principio entre ***British Telecom y Mercury***) el Reino Unido separó tempranamente la reglamentación de la operación y la prestación de los servicios en claro adelanto de uno de los principios básicos y primordiales de todo proceso de liberalización y recogido entre otros en los instrumentos de la OMC y en el Libro Verde sobre los servicios europeo de 1987.

La liberalización británica de las telecomunicaciones se llevó a cabo mediante dos leyes, cada una con objetivos y contenidos diferentes, aunque convergentes en el sentido de liberalizar los servicios de telecomunicaciones en manos del operador público ***British Telecomunications*** que explotaba el monopolio completo en todos los elementos y segmentos del sector y de privatizar el ***Post Office***, organismo de explotación británico:

La ***Telecomunications Act*** de 1981 eliminó el monopolio en el equipamiento terminal y se puso fin al monopolio de BT mediante la creación de un segundo operador, ***Mercury Communications***.

La ***Telecomunications Act de 1984*** tuvo como objetivo fundamental el de establecer un nuevo marco regulatorio para las telecomunicaciones liberalizadas en la forma que hemos visto, tanto en redes como en servicios. La pieza clave del nuevo sistema pasó por la creación del órgano regulador ***OFTEL*** de carácter independiente y estructurado como departamento no ministerial y cuya misión principal consistía en la defensa de la competencia y la protección de los intereses de los

usuarios. El ***OFTEL*** británico pronto desempeñó las funciones inherentes a estas dos grandes categorías de principios, poniendo en marcha sistemas de control del servicio en calidad y precios, defensa de las reglas de competencia y control sobre homologaciones y normalizaciones técnicas, control y gestión del espectro radioeléctrico etc. El esquema británico de liberalización/privatización comportó en principio una estructura mínima de regulación, una separación neta de actividades de reglamentación y de explotación y el establecimiento de un duopolio de carácter asimétrico por cuanto la regulación se orientó en un principio a proteger y tutelar al segundo operador frente a ***British Telecom***. Sistema que evolucionaría en primer lugar por la ruptura del duopolio y la emergencia de nuevos operadores en todos los segmentos del mercado y finalmente por la instauración de una plena competencia tanto en redes como en servicios. Sin duda alguna, las leyes británicas como asimismo la labor pragmática y concienzuda de los primeros tiempos del regulador, sirvieron como punto de referencia en el proceso general de la liberalización de las telecomunicaciones europeas. Muchos de los logros de esta primera época y, en concreto, el diseño efectuado en materias de acceso o interconexión de redes públicas, el control de precios denominado ***Price Cap***, la tutela de usuarios y el mantenimiento y desarrollo de un servicio universal, entre otros, llevan el marchamo británico.

C.- El Libro Verde Europeo de 1987 sobre los servicios de telecomunicaciones.

Es el primer documento básico de la Unión Europea en materia de comunicaciones que marcó época iniciando el desbloqueo de las políticas comunitarias en el sector. El Libro Verde denominado "***Hacia una economía europea dinámica. Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones***" (COM (87) 290, de 16 de Noviembre de 1987), significó un paso decisivo en la adopción de una política coherente e integrada sobre el sector y la base para su materialización normativa en un marco regulatorio específico de nuevo cuño y conformado en ese momento por la Directiva de **Oferta de Red Abierta (ORA)** y la Directiva **de servicios**, ambas de 1990.

En síntesis, el Libro Verde, como ya tuvimos ocasión de apreciar, proponía el establecimiento de una política de progresiva liberalización y la consiguiente emergencia de un marco regulatorio nuevo orientado sobre principios que se correspondían con el género de apertura preconizado. De esta forma se forjó un modelo de estructura de red abierta o mixto en el que coexistía un sector monopolizado (redes e infraestructura, servicio telefónico básico) con otro en competencia (básicamente los servicios de valor añadido).

Con todo, lo esencial del esquema liberalizador residía en las condiciones tanto técnicas como económicas y jurídicas que se establecían ya para el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones (las condiciones **ONP**), plasmadas en la Directiva **ORA**, de forma que no se frustrase la apertura de esas redes a otros operadores de acceso. El modelo **ORA** sobrevivió incluso a la desmonopolización de las redes y los servicios básicos constituyendo el núcleo esencial de lo que habría de ser el nuevo Derecho de las telecomunicaciones en un régimen de competencia plena.

El Libro Verde de la Unión Europea sintetizó en diez proposiciones toda la política ulterior sobre el sector, las cuales sirvieron como punto de partida en la clara apuesta sobre la liberalización pautada aunque irreversible que se había aceptado como eje de las políticas europeas sobre el sector. Estas diez proposiciones eran las siguientes:

- Mantener los derechos especiales o exclusivos de las Administraciones de Telecomunicaciones en lo que respecta a la oferta y explotación de la infraestructura de la red.

- Mantener los derechos especiales o exclusivos en beneficio de las Administraciones de Telecomunicaciones para la prestación de un número limitado de servicios básicos en aquellos casos en que esta exclusividad se considere esencial en ese momento para salvaguardar objetivos de servicio público.
- Libre oferta de todos los demás servicios, especialmente de los llamados servicios de valor añadido, en los Estados miembros y entre ellos.
- Exigencias restrictivas referentes a las normas de la infraestructura de la red y los servicios ofrecidos por las Administraciones de Telecomunicaciones o por proveedores de servicios de importancia comparable, a fin de salvaguardar o de crear la capacidad de interconexión a escala de la Comunidad.
- Definición clara de las exigencias generales para la utilización de la red, impuestas por las Administraciones de telecomunicaciones a los proveedores de servicios en régimen de competencia, que incluya las definiciones referidas a la oferta de la infraestructura de la red.
- Oferta libre (sin restricción) de equipos terminales en los Estados miembros y entre ellos (en competencia con las Administraciones de telecomunicación) a reserva de los procedimientos de homologación y conformidad de acuerdo con las obligaciones del Tratado y las directivas existentes.
- Separación de las funciones de reglamentación y de explotación de las Administraciones de telecomunicaciones.
- Seguimiento estricto y continuo de las actividades de explotación de las Administraciones de telecomunicaciones conforme a los artículos 85, 86 y 90 del Tratado CEE.
- Seguimiento estricto de los proveedores privados en los sectores abiertos a la competencia, a fin de evitar el abuso de posiciones dominantes.
- Aplicación total de la política comercial común de la Comunidad a las telecomunicaciones.

El esquema del Libro Verde tuvo notoria influencia en la formulación de un modelo que no solo contribuyó a construir marcos regulatorios nuevos en las legislaciones nacionales europeas (Ley Francesa sobre la reglamentación de las telecomunicaciones de 1990, Ley Española de 1987, que en cierto modo se había anticipado a la elaboración final del Libro Verde de la Comisión Europea, aunque con posterioridad quedo evidentemente desfasada frente al proceso adoptado por la Unión Europea, lo que motivó, entre otras razones, sucesivas modificaciones), como también en América Latina (el Estatuto 1900 de 1990 de Colombia es en cierto modo un trasunto de este momento. normativo en la evolución de los regímenes de telecomunicaciones, avanzando una apertura centrada en torno a los servicios de valor agregado y telemáticos).

IV.- LA INSTRUMENTACIÓN NORMATIVA DEL CAMBIO

La evolución señalada en los apartados precedentes y la serie de operaciones que ha comportado ha producido una transformación de los marcos normativos de las telecomunicaciones que con unos u otros contenidos o ritmos, han forjado en definitiva un nuevo Derecho de las telecomunicaciones.

El cambio se ha instrumentado a partir de normas de distinto alcance y significación pero todas ellas conducentes al establecimiento de la nueva referencia normativa. Distinguimos en consecuencia el marco internacional, en el cual el cambio se instrumenta a través de normas de este carácter, sobre todo de tratados y convenios internacionales entre los que hemos de consignar los últimos desarrollos de la UIT y los marcos específicos sobre telecomunicaciones incorporados a instrumentos multilaterales y plurisectoriales de amplio espectro como es la Organización Mundial del Comercio (IV protocolo relativo a las telecomunicaciones).

En el plano supranacional destaca la importancia y trascendencia del Derecho Comunitario Europeo a través de sus instrumentos tales como Directivas, reglamentos y decisiones correspondientes a cada una de las etapas y fases en que se produce el cambio normativo.

De ello hemos dado cuenta con anterioridad pero vale la pena recordarlo en este momento.

Por último, habremos de aludir a las Leyes Generales de Telecomunicaciones que en los últimos años han procedido a establecer en los ámbitos estatales nacionales el nuevo Derecho de telecomunicaciones en numerosos países y que han sustituido a leyes antiguas del sector, poniendo las bases para nuevos sistemas de ordenación y explotación de las telecomunicaciones.

UNIDAD DIDACTICA 4.
EL SISTEMA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LA COMPETENCIA.

SUMARIO

Introducción. Plan y contenido de la Unidad didáctica.

I.- EL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE REGULACIÓN ECONÓMICA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

A.- Concepto preliminar.

B.- Teorías para una explicación del fenómeno de la regulacíón económica.

1.- Servicio público impropio.
2.- Servicio público virtual.
3.- Servicios privados prestados al público o servicios al público.
4.- Servicio público objetivo o funcional.
5.- El nuevo servicio público.
6.- Valoración de estas posiciones.

C.- Los diferentes enfoques del sistema de la regulación económica.

D.- El concepto de regulación económica para la competencia y el interés general: elementos de una definición.

1.-Una regulación para el mercado y la competencia.
2.-Una regulación para la competencia y el interés general.
3.-Una regulación con objetivos precisos y técnicas jurídicas asociadas a esos objetivos: obligaciones, cargas, limitaciones de derechos.
4.-Los elementos para una definición.

E.-Características de la regulación económica.

II.- LAS INSTITUCIONES, LAS TECNICAS Y LOS INSTRUMENTOS DEL ESTADO REGULADOR.

A.- Incidencia sobre la actividad administrativa.

B.- Normas y actos administrativos para la regulación económica.

C.- El control sobre la actividad reguladora.

III.- EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA.

A.- Generalidades. Los campos o áreas de la acción reguladora.

B.- Reconocimiento de las áreas de la acción reguladora en los instrumentos internacionales y supranacionales.

C.- Áreas de acción reguladora y funciones de regulación.

D.- Las grandes áreas de la acción reguladora en el sector de las telecomunicaciones.

BIBLIOGRAFIA DEL MODULO I

INTRODUCCIÓN.-

El formidable cambio sobrevenido en el sector de las telecomunicaciones por las causas de varios tipos que hemos analizado, ha tenido, sin lugar a dudas, consecuencias. La más perceptible es la entronización de un nuevo sistema de ordenación y explotación de las telecomunicaciones que sustituye a los antiguos paradigmas del servicio público formal y de la monopolización. Ello se produce bien sea a través de una nueva ordenación o nuevo Derecho en los ordenamientos de origen continental presididos en mayor o menor medida por la idea de servicio público, bien mediante una desregulación que en definitiva ha convergido sobre una nueva regulación de significados y contenidos muy similares a los anteriores, en los países de inspiración jurídica anglosajona.

La supresión de los monopolios tanto de derecho como de hecho, de los derechos exclusivos especiales según la nomenclatura europea, correlativamente trae consigo un régimen asentado en la recuperación de las libertades que implica, en sus grandes líneas, la economía de mercado. A la libertad de acceso al mercado se le une la libertad de contratación, la libertad de empresa y la libertad de inversiones. El sector cae bajo la impronta de la iniciativa privada al amparo de las libertades económicas que definen un determinado modelo de Estado.

Empero, efectivamente, la operación de liberalización de las telecomunicaciones, otrora bajo el dominio del Estado y de los poderes públicos, no basta. Es necesario implantar, de forma gradual o atemperada a las concretas situaciones contempladas, un sistema sustitutivo, que se ha dado en llamar regulación económica o regulación para la competencia o simplemente nueva ordenación o nuevo Derecho de las telecomunicaciones.

Es a este sistema al que ahora nos vamos a referir tratando de explicar no ya su génesis sino las líneas a que responde, sus objetivos y técnicas, como asimismo su encaje dentro del esquema del Estado social y democrático de derecho.

Rápidamente se obtiene un conocimiento intuitivo o a priori de la regulación económica. Se trata de una manera de ordenar el sector que en principio haría pensar en una intervención pública sobre los mercados. La devolución a la sociedad, como se ha dicho, en todas sus manifestaciones, implica la retirada del Estado y de las técnicas de gestión pública en una actividad que se va a regir de acuerdo con el mercado. Regulación es el antónimo, según esta idea, de mercado. La mayor preponderancia de sus reglas implicará correlativamente un retroceso de las normas que lo sustituyen o complementan.

Pero esta concepción que late subliminalmente en los ordenamientos nacionales y en los instrumentos internacionales de aplicación en el mundo contemporáneo no deja de ser una visión teórica que, por lo menos, precisa de una matización. Y ello es por la simple razón de que el nuevo sistema -y esta es la idea clave que debemos desarrollar- postula tanto por la promoción y mantenimiento de la libre competencia como por la satisfacción de necesidades colectivas englobadas bajo la rúbrica del interés general y que caen bajo la responsabilidad de la actuación del Poder público, por insuficiencia o inadecuación de las estructuras y las reglas del mercado.

El fenómeno de la regulación económica, que repetimos, no es privativo del sector de las comunicaciones sino que constituye un marco de actuación de los poderes públicos generalizado en todos aquellos sectores que han sido objeto de una despublificación o retirada del Estado, tales como energía, transportes etc., ha sido objeto de pormenorizados análisis y estudios desde amplias perspectivas: económica, política, ideológica, financiera, etc. A nosotros nos interesa presentar el enfoque netamente jurídico definiendo su naturaleza, características, instrumentación y técnicas puestas al servicio de las ideas básicas del nuevo sistema. Pero también, forzoso es subrayarlo, el enfoque jurídico ha sido con frecuencia parcializado, destacando algunos de los ele-

mentos o de las ideas que presiden los nuevos desarrollos normativos, pero sin llegar a un examen coherente y de conjunto que suministre una idea cabal, en sus formulaciones teóricas, de la nueva ordenación. Por ello ha de insistirse en el concepto de sistema en cuanto reagrupa de forma unitaria las reglas dictadas en pro de las nuevas coordenadas, reagrupando las partes en el todo y dando una visión sintética, en la medida de lo posible, del fenómeno objeto del análisis.

Plan y contenido de la unidad didáctica.

De conformidad con estos planteamientos, el examen de la regulación económica discurrirá en primer lugar sobre el concepto y fundamento de esta forma de intervención pública en el sector de las telecomunicaciones. En segundo lugar, abordaremos el aparato institucional y las técnicas jurídicas que constituyen los instrumentos del nuevo perfil del Estado regulador. En tercer lugar, se examinará el contenido de esta actividad reguladora por parte del Estado en relación a los distintos ámbitos sobre los que opera. Finalmente, y habida cuenta de que estamos en definitiva ante una actividad administrativa, si bien con peculiaridades importantes, deberemos examinar el control, tanto judicial como político, que se ejerce sobre la actividad y que es inherente a una estricta consideración de los poderes en el marco del Estado de Derecho.

I. EL CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE REGULACIÓN ECÓNOMICA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

A.- CONCEPTO PRELIMINAR.

Partiendo del concepto inicial de regulación como conjunto de reglas dictadas por el Poder público con arreglo a una serie de objetivos y de principios precisos y novedosos, debe destacarse que en todo caso se trata de una forma de intervención pública que viene a sustituir, con mayor o menor alcance, la idea primigenia del monopolio y del servicio público, con lo que ello supone en cuanto a la restricción de las libertades de acceso, dirección empresarial, funcionamiento de una actividad, la que, por eliminación de la reserva estatal que la afectaba cae ahora de lleno en el ámbito de actuación de la iniciativa privada.

Existen diferentes nomenclaturas, como tuvimos ocasión de analizar, para designar este fenómeno. Insistiendo sobre el carácter novedoso del mismo se habla de una desregulación (lo que implicaría simplemente la eliminación o el debilitamiento de la intervención en aspectos clave de funcionamiento económico de los servicios). Como también re-regulación o nueva ordenación, desde el momento en que se percibe que el nuevo sistema no implica únicamente la ausencia de desregulación sino otro tipo de intervención. Constituye ya un tópico la manifestación de que la denominada desregulación ha traído consigo una mayor profusión de normas. Lo que importa, en definitiva, es saber el significado, la orientación y el sentido profundo de las nuevas normas en un corte cualitativo y no meramente cuantitativo.

B.- TEORÍAS PARA UNA EXPLICACIÓN DEL FENÓMENO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

Por lo general los analistas y la doctrina jurídica se han centrado en su intento de explicar la nueva situación en el afán por encontrar ideas-fuerza sustitutivas del concepto tradicional y clásico del servicio público en monopolio. A ello da pie, normalmente en el derecho europeo pero también en

muchos ordenamientos latinoamericanos, la expresa declaración contenida en los prolegómenos de las leyes nacionales sobre telecomunicaciones, acerca de la despublificación o ***depublicatio*** de los servicios sustituyéndola por un principio básico de distinta naturaleza. Tal es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones española, tanto en 1998 como en 2003, en la que de manera frontal se califica a las telecomunicaciones como servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia, dejando un margen escaso a que algunas actividades se integren en la categoría de servicio público en sentido formal, introduciendo la peculiar y ciertamente novedosa técnica de las obligaciones de servicio publico, impuestas a agentes libres dentro de una estructura libre de mercado, pero con finalidades, régimen jurídico y de gestión, propios de una concepción material u objetiva de servicio publico.

En el marco europeo, como decimos, esta nueva categoría de servicios de interés general ha suscitado inmediatamente el interés de la doctrina en encontrar las líneas clave de la regulación que se desarrolla bajo este principio básico. Tomando como fundamento la eliminación de la reserva estatal en el sector, posibilitada constitucionalmente, los analistas se han fijado en que en definitiva se trata de actividades privadas, aunque fuertemente reglamentadas para atender los objetivos que marca la ley. Serían así los nuevos servicios de telecomunicaciones actividades privadas reglamentadas, aunque en este punto el problema radicaría en averiguar a qué tipo de reglamentación, con qué finalidades, bajo que parámetros y con arreglo a qué técnicas se desenvuelven.

Son varias las teorías que se han esbozado para dar cuenta del nuevo rumbo dogmático de la intervención pública en el sector:

1.- Servicio público impropio. La noción del servicio público impropio proviene de la doctrina italiana (**A. de VALLES**) que designa como tal toda actividad de los particulares no asumida en consecuencia por el Poder público pero sujeta a una fuerte reglamentación que hace equiparar, en definitiva, los fines pretendidos con los que son privativos del servicio público propio o asumido por el Estado. La doctrina del servicio público impropio tuvo sin duda predicamento tanto en la doctrina italiana como en la española y sirvió para explicar un fenómeno de intervención económica intensivo que disciplinaba enteramente una actividad, sin recurrir para ello a la técnica del servicio público formal. Así, sectores de actividad como los servicios de taxis y transporte sobre el dominio público, o ciertas actividades de enseñanza, se colocaron bajo el concepto un tanto huidizo del servicio público impropio.

Reflexionando sobre el elemento básico (una actividad privada sujeta a reglamentación), el concepto ha sido objeto de una cierta resurrección en la actualidad tratando de explicar el fenómeno de la regulación económica, y configurando los nuevos servicios de telecomunicaciones como servicios impropios y, argumentos, realmente, no faltan para ello, aunque estimamos que el giro de la nueva ordenación no se circunscribe ni a la finalidad, ni a la técnica de los denominados en otros tiempo servicios públicos impropios o virtuales.

2.- Servicio público virtual. En el mismo sentido que el anterior aunque con distinta nomenclatura, el servicio público virtual constituye una actividad privada de interés general subordinada a una autorización de carácter operativo en razón a que esa actividad se ejerce sobre o emplea elementos de dominio público. Fue formulada por el Comisario de Gobierno **CHÉNOT** en las conclusiones del ***arrêt "Radio-Atlantique"*** de 6 de Febrero de 1948 y reproducidas prácticamente en el ***arrêt "Compagnie Carcassonaise des Transports Routiers"*** del Consejo de Estado francés. La idea básica que subyace a esta formulación es la de que servicio público y demanialidad de carácter viario o radioeléctrico se combinan para dar lugar a un servicio público virtual, en el que los fines de ordenación y de dirección de una actividad esencialmente privada se consiguen vía reglamento, sin que la misma sea asumida por el Estado.

3.-Servicios privados prestados al público o servicios al público. Según ello existen en el amplio ámbito de la actividad administrativa servicios que son privados pero que se destinan a ser prestados al público en general. En el mismo sentido, los llamados servicios de interés público en el cual lo determinante es que no existe una declaración formal y frontal sobre la asunción de esa actividad por parte del Estado. Y que por dirigirse al público sobresale en ellos el interés general que de alguna manera tiene que ser objeto de una regulación.

4.- Servicio público objetivo o funcional. Esta versión constituiría la idea transformada del servicio público formal, así declarado expresamente en un instrumento legal. Se tomaría únicamente para su concepto el denominado elemento material (la necesidad colectiva que es asumida por el Estado), y el régimen jurídico objetivo y funcional que a esta categoría se le adscribe. En consecuencia, aún faltando el elemento clave de la reserva o ***publicatio***, las reglas de oro materiales que se condensaron en la formulación de ***ROLLAND*** (universalidad, continuidad, adaptabilidad, progreso, igualdad, etc.) han de conseguirse mediante la reglamentación de las actividades privadas, provocando así la reaparición de la técnica del servicio público en otras coordenadas, que son fundamentalmente las del mercado. Si el servicio público formal ha salido por la puerta –según la expresiva frase de un autor (***DOMINGUEZ BERRUETA***)- ha vuelto a entrar por la ventana.

5.- El Nuevo servicio público. Si el servicio público tradicional y clásico comportaba un sistema de ordenación que abarcaba la totalidad de la actividad asumida, el nuevo servicio público, como destaca un sector de la doctrina (***ARIÑO, DE LA CUÉTARA, MUÑIZ***) abarca tan solo aspectos puntuales o prestaciones individualizadas, que se desgajan así del tronco común, aunque no por ello dejen de conformarse de acuerdo a un régimen propio de la idea de servicio público. Serían así las denominadas obligaciones de servicio público en la Ley General de Telecomunicaciones española, dentro de las cuales particularmente el servicio universal, que constituye uno de los elementos básicos en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones.

6.- Valoración de estas posiciones. Coincidiendo con el nuevo perfil de las actividades privadas de interés general en la conceptualización del Derecho Administrativo, y abundando en la crisis de la idea de servicio público como concepto definidor de un régimen jurídico unitario, como idea básica explicativa de todo el ordenamiento administrativo y en su acepción técnica e idea jurídico- política, el desplazamiento de esta idea básica ha pretendido ser colmado por conceptos de este tipo, y entre ellos, con base esta vez en el Derecho positivo de indudable progenie europea comunitaria, por el de los denominados servicios de interés general.

Pese a la generalidad de esta idea, y a su irrupción revolucionaria en el panorama de los servicios públicos tradicionales, existen razones para aventurar la hipótesis de que desentrañando este concepto se ha de llegar en definitiva a la idea jurídico-política del sistema de regulación económica para la competencia.

A la vista de los diversos planteamientos doctrinales, y muy sintéticamente, cabe concluir:

1) Que la idea de servicio público formal tiende a desaparecer o ha desaparecido ya de los ordenamientos sectoriales de telecomunicaciones. Si bien hay que aceptar esta afirmación con ciertos matices (de hecho se asiste a una presencia de diversas categorías de servicios de telecomunicaciones desde el punto de vista de su encuadramiento jurídico publico) lo cierto es que en la definición del sistema de regulación económica ha de partirse de nuevos esquemas que obedecen a una idea que es esencial en la nueva formulación: la ordenación en función del aseguramiento de la competencia o a través del mercado, como motor y principio del nuevo sistema.
2) La retirada del Estado y de los poderes públicos en la ordenación y explotación de las telecomunicaciones no supone empero un abandono de los postulados e incluso de las técnicas del servicio público tradicional y que se patentiza en numerosas ocasiones den-

tro del sistema a analizar, y que hace des sistema analizado un sistema dual o vertebrado en torno a los dos principios fundamentales de competencia y de interés general o de satisfacción de necesidades colectivas cuando el mercado falla o es insuficiente.

3.- Por mucho que se quiera hacer coincidir o aproximar las categorías sustitutivas de la idea del servicio público formal, faltaría a nuestro entender el elemento básico, esto es la reserva al Poder público y la consiguiente ***publicatio***, para erradicar definitivamente cualquier emparentamiento o asimilación en este sentido. Estamos, en suma, en presencia de actividades privadas y bajo la perspectiva y con las libertades y derechos que ello entraña, si bien, con sujeción a una serie de potestades atribuidas a las Administraciones de regulación para alcanzar los objetivos y finalidades marcados en el ordenamiento. Desentrañar en qué consiste esta reglamentación es la clave para entender y aplicar el nuevo sistema.

C.- LOS DIFERENTES ENFOQUES DEL SISTEMA DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

Son variados los puntos de vista que se pueden proyectar en el análisis de la regulación económica, aunque fundamentalmente podemos reconducirlos a tres:

1.- Punto de vista económico. Es el punto de vista sustentado básicamente por economistas que ven en el fenómeno de la regulación una serie de intervenciones del Poder público sobre distintos elementos y fases de la actividad económica empresarial. Así, en el acceso al mercado, en la producción de bienes y servicios, en la determinación y control de los precios, el alcance de los suministros y su distribución, el control sobre los beneficios, etc. El punto de vista económico pone de relieve el diferente tratamiento sobre éstos y otros aspectos que produce la intervención del Poder público, con la finalidad de alcanzar determinados objetivos de eficiencia económica o de bienestar social. El punto de vista económico es descriptivo, parcelario y explicativo, pero discurre obviamente por derroteros muy distintos de los que serían pertinentes en una visión institucional y jurídica del nuevo sistema de regulación.

Incluso desde este punto de vista se ha enfatizado la vertiente exclusivamente económica del fenómeno rehuyendo o rechazando cualquier enfoque jurídico. La práctica cotidiana en la aplicación del nuevo sistema nos ha ratificado en esta conclusión, en numerosas ocasiones. Incluso puede advertirse en algunos organismos reguladores que elevan la ciencia económica y las soluciones brindadas por esta disciplina al punto determinante de las decisiones regulatorias.

2.-Punto de vista político. La regulación económica no es más que una forma de intervención por la cual el Estado se asegura el control y la supervisión de actividades en principio caracterizadas como privadas con el objetivo de conseguir determinados objetivos políticos y sociales marcados por el ordenamiento. La regulación perpetúa la presencia del Estado –en muchas ocasiones en forma intensiva e intrusiva- en el sector privado, aunque vestido con diferentes ropajes y asistido de nuevas justificaciones y legitimidades.

3.-Punto de vista jurídico e institucional. No resulta desproporcionado el admitir que cualquiera de los enfoques previstos es útil a los efectos pretendidos. Y que retroalimentan el debate surgido en torno a la regulación en cualquiera de sus manifestaciones. Y que incluso preciso es tenerlos presentes a la hora de dar una explicación lo más completa posible sobre la teoría jurídica de la regulación económica. No obstante se ha de centrar el análisis jurídico e institucional en base a una serie de criterios que desplegarán su influencia en el desarrollo normativo y en su interpretación y aplicación tal y como se desprende de los actuales ordenamientos de telecomunicaciones que acogen el nuevo sistema.

D.- EL CONCEPTO DE REGULACIÓN ECONÓMICA PARA LA COMPETENCIA Y EL INTERÉS GENERAL: ELEMENTOS DE UNA DEFINICIÓN.

1.- Una regulación para el mercado y la competencia. En un primer sentido, la regulación en cuanto conjunto de normas, de diversas procedencias y categorías, es oponible al mercado. Interviene ante los fallos o ante las distorsiones, incongruencias o efectos indeseados del mercado. Es así una regulación ***pro mercato*** destinada a enderezar, promover y estabilizar el mercado como ámbito de asignación de recursos necesarios para la colectividad. No es pues una regulación para los monopolios (como fue el caso de la regulación norteamericana a partir de la Ley de 1934) ni tampoco es una regulación de o para el servicio público, como aconteció respecto de los ordenamientos europeos y latinoamericanos hasta hace muy poco tiempo. La regulación económica es una regulación marcada y determinada por el objetivo básico y fundamental de la promoción y mantenimiento de la libre competencia en el sector. Es una regulación para la competencia.

2.- Una regulación para la competencia y el interés general. En segundo lugar, y en contra de lo que pudiera parecer a primera vista, no es sólo una regulación sustitutiva del mercado y que únicamente tiene lugar ante los fallos, carencias o insuficiencias del mismo. Se trata de satisfacer las necesidades totales de telecomunicaciones mediante un sistema que engloba los dos principios vertebrales de la nueva ordenación, como ya hemos adelantado: la libre competencia y la satisfacción inmediata o simultánea de necesidades de interés general.

3.- Una regulación con objetivos precisos y técnicas jurídicas asociadas a esos objetivos: obligaciones, cargas, limitaciones de derechos. En tercer lugar preciso es destacar que el logro de los objetivos marcados y que vertebran todo el sistema se alcanza, en primer lugar, a través del mercado, pero al mismo tiempo mediante la imposición de obligaciones, cargas, limitaciones de derechos, reconocimiento de los mismos y de un control, vigilancia y supervisión administrativas de las actividades en pro de esos principios básicos. Tales situaciones jurídicas de los agentes del sector en su más variada acepción se engloban bajo el concepto o categoría general de la sujeción frente al despliegue de potestades atribuidas por el ordenamiento a los órganos de regulación. Y dentro de la categoría amplia, como acontece en el ámbito europeo, de los servicios de interés general.

La idea de contraponer las obligaciones, concretas, positivas y contrastadas por comisiones u organismos independientes, a la lógica de los mercados, es propia del derecho anglosajón, aunque pensamos de difícil encaje, así formulada, en los ordenamientos de origen continental en los que sólo la ley es fuente de las obligaciones. Con todo, esta idea es válida siempre y cuando se desarrolle y abarque la multiplicidad de situaciones jurídicas de todo tipo en que se materializa el principio general de sujeción de las actividades y servicios de telecomunicaciones, en tanto que servicios de interés general.

La consecuencia que se deriva de ello es que la regulación se dirige primero a promover, conservar y garantizar la libre competencia, lo que implica una acción vigilante y el ejercicio de una serie de potestades que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas determinadas. Pero también que el sistema se orienta a la imposición de obligaciones que tienen su amparo en una concepción autónoma en cierto modo del interés general para proveer y satisfacer necesidades que el mercado no cubre o lo hace de manera deficiente. La regulación económica es para la competencia y la satisfacción mediata o inmediata del interés general.

Por último cabe tener presente que la regulación para la competencia y el interés general no supone la preterición de ninguno de sus principios vertebrales. Cualquier distorsión del mercado debe de ser corregida mediante el despliegue de las potestades públicas siendo así de carácter sustitutivo o complementario del mismo. Asimismo cualquier obligación o carga que se imponga a los operadores y agentes debe de tener en cuenta los demás principios inherentes a la libre compe-

tencia y en general atribuibles a una intervención de los poderes públicos en pro de la prevalencia de las reglas de mercado. Así se explicaría que el servicio universal o cualquier otra obligación del servicio público deben ser llevadas a cabo sin que ello suponga alteración de las reglas y la lógica del mercado y en suma como garantía del principio general de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

4.- Los elementos para una definición. La regulación económica es un sistema coherente de intervención pública en el sector de las telecomunicaciones que actúa sobre la esfera de la libertad económica en pro de la satisfacción de la libre competencia y para la satisfacción inmediata, y en todo caso, del interés general, mediante instituciones y técnicas adecuadas a esos propósitos, en la perspectiva constitucional de un ordenamiento concreto.

Desglosando los elementos de esta definición llamamos la atención sobre que:

a) Se trata de un sistema de intervención pública, lo cual significa que responde a una iniciativa de los poderes públicos en base a las determinaciones de orden constitucional y legal. Con la idea de sistema eludimos cualquier intervención de carácter parcial o parcelario, puesto que todo el conjunto de reglas y de instituciones en que se materializa esa intervención obedece a una concepción unitaria penetrada por principios y marcada por objetivos que lo disciplinan.

   La intervención pública significa la presencia del Estado y la legitimidad de su actuación asentada en el orden constitucional vigente. Pero esta intervención no es de carácter sustitutivo sino antes bien respetuoso y garante de la iniciativa privada desenvuelta en el mercado. Se trata al propio tiempo de una heteroregulación que excluye en principio cualquier autoregulación proveniente de los sectores o de los agentes intervinientes, aunque no debamos dejar pasar por alto el fenómeno de la autoregulación por medio de normas extraestatales y que cobra importancia progresiva sobre todo con ocasión del desenvolvimiento de las nuevas tecnologías de la información y de Internet aunque, como tenemos manifestado, el fenómeno no elimine la presencia del Estado bajo formas y técnicas de actuación adecuadas a las nuevas coordenadas de la regulación.

   Por otra parte, justo es dejar constancia de la integración progresiva de los administrados en los procesos de toma de decisiones por parte de los organismos de regulación como una de las características fundamentales de las nuevas técnicas administrativas que la regulación para la competencia reconoce y estimula. (Principio de audiencia y de participación en las decisiones que afectan a los agentes en el esquema de la regulación económica para la competencia)

b) La intervención pública actúa sobre la esfera de la libertad básica de empresa en sus variadas manifestaciones y proyecciones. Es así una intervención en principio para el reconocimiento y garantía de los derechos de los ciudadanos reconocidos en el ordenamiento y bajo el prisma pro activo que le asigna el rol del Estado Social y Democrático de Derecho. La sumisión al principio de legalidad y la lógica prevalente del mercado introduce una serie de cautelas y de salvaguardias en la posible limitación de los derechos que la intervención pública comporta. Precisamente en garantía de estos derechos, aunque pueda resultar paradójico aparentemente, el Estado de la regulación económica impone obligaciones y deberes y preserva derechos para el logro final de los objetivos perseguidos.

c) Rasgo fundamental a tener en cuenta en esta perspectiva es que el objeto de esta intervención no es la sustitución del mercado sino que lo complementa, preserva y promociona. Es una intervención ***pro libertate***, en suma para el logro efectivo de la competencia en los mercados.

d) Con independencia o al margen de este objetivo general ***pro mercato***, el sistema de regulación para la competencia se orienta además a la satisfacción paralela e inmediata del interés general. Bien respecto de aquellas actividades que la lógica inmanente del

mercado no puede satisfacer por sí misma, cual es el caso del servicio universal o la administración optima y eficaz de los recursos escasos, bien respecto de actividades consideradas primordiales, como sería el supuesto de los denominados servicios obligatorios de telecomunicaciones adscritos a otros servicios públicos generales, como la seguridad, la investigación o la educación, bien respecto de la protección al usuario o el respeto y reconocimiento de los derechos fundamentales que se ponen de manifiesto con ocasión de la operación y prestación de los servicios de telecomunicaciones. En todos estos casos la intervención tiende a sustituir o a complementar el mercado.

e) Resulta evidente que el cambio institucional y jurídico que la regulación para la competencia y el interés general representa implica la adopción de técnicas jurídicas asociadas a esos propósitos y que sean idóneas a los fines indicados. La regulación es novedosa en cuanto que pone en marcha un nuevo aparato institucional y administrativo (los organismos de regulación) y opera una transformación en el talante de los títulos y actos administrativos que se amoldan a esos objetivos (la garantía del acceso al mercado y de su libre desenvolvimiento por los nuevos entrantes frente a las condiciones estructurales concretas) y que estas técnicas de actuación administrativa han de asegurar la igualdad, la transparencia y la proporcionalidad en el desempeño de sus actividades. También resulta no menos evidente, que- nada nuevo bajo el Sol -el nuevo sistema habrá de incorporar muchas de las técnicas de la actividad administrativa más clásica o tradicional, como por ejemplo la técnica concesional, las autorizaciones, los procedimientos licitatorios la utilización del dominio público o incluso determinados elementos formales de la gestión del servicio público. Pero todo ello en la nueva perspectiva y con los condicionantes propios de una ordenación de nuevo cuño.

E.- CARACTERÍSTICAS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

A la vista de lo expuesto no resulta difícil concretar algunas de las características de la actividad administrativa de regulación:

1.- Carácter concentrado. Justamente por su carácter de sistema, según lo entendemos, la regulación para la competencia y el interés general supone una actividad concentrada, generalmente, en torno a una Administración de nuevo tipo y que recibe las potestades correspondientes del ordenamiento jurídico. Por su carácter sistemático se evita la dispersión de competencias entre distintos órganos administrativos, aunque ello no excluye la posibilidad de que la concentración no se alcance o produzca en aquellos ordenamientos en los que coexisten varios órganos de regulación o varias Administraciones con competencias concurrentes y mal delimitadas en muchos casos, alimentando con su sola presencia el conflicto latente entre ellas. La dispersión de competencias puede tener lugar por diversas causas o determinadas circunstancias, entre las que cabe contar: la atribución de competencias a la Administración jerarquizada o tradicional (Ministerios) en algunos ordenamientos; la presencia de varios organismos de regulación con materias asumidas concurrentes, como sería el caso de aquellos ordenamientos que establecen organismos de regulación para los servicios públicos, la defensa de la competencia en general para el espectro radioeléctrico o los servicios audiovisuales; en razón de la descentralización territorial del poder que implica un reparto de competencias variadas concurrentes o compartidas en materia de telecomunicaciones, como es el caso de los Estados de estructura federal o los de corte regional o autonómico (Italia, España). No obstante estas particularidades, la tendencia, que el fenómeno imparable de la convergencia potencia, es la concentración de la acción regulatoria en torno a uno o pocos órganos administrativos justamente para dar cabida a la nota consustancial de concentración y sistematicidad que a nuestro juicio es inherente a este tipo de intervención pública.

2.- Continua y permanente. Por la misma razón apuntada anteriormente la regulación no es esporádica limitándose a una actuación parcial incluso momentánea para corregir, enmendar o dirigir un concreto aspecto de la actividad económica de los particulares, como acontece en otros ámbitos de la actividad administrativa. Los objetivos generales del ordenamiento sectorial y la presencia de los órganos de regulación exigen una acción continua y permanente que es así uno de los rasgos propios del sistema.

3.- Regulación externa y no de carácter doméstico o interno. La intervención sobre la esfera de la libertad privada tiene carácter externo. Con ello queremos significar que no se hace en base a un título de sujeción especial o doméstico como sería el supuesto de un contrato o de otra relación jurídica de semejante carácter dentro de la concepción clásica del servicio público formal. Las obligaciones en que se resuelve en definitiva el sistema de regulación y que se imponen, con la suficiente cobertura legal, a los actores y agentes que operan en el sector, no tienen su origen en una relación de carácter interno o doméstico que iría en contra del principio general de la libertad de empresa proclamado. Incluso las obligaciones de servicio público, como el servicio universal, no significan una regulación de carácter interno sino que se fundamentan en la directa imposición de la ley, desarrollada y concretada a través del ejercicio de potestades atribuidas por el ordenamiento al órgano de regulación. En definitiva -y siempre y cuando se haya abandonado plenamente la idea de servicio público formal, como es el supuesto entre otros de los Derechos europeos- la regulación es siempre externa en el nuevo sistema y se impone sobre agentes y destinatarios libres en principio, por propia definición. El hecho de que las técnicas propias del servicio público formal, como la contratación administrativa, o la progresiva asimilación de la técnica autorizatoría a la técnica concesional en la práctica, no supone sin embargo la negación del carácter fundamental de la regulación para la competencia como sistema de regulación externo y abierto para todos los agentes del sector en las condiciones legales y reglamentarias establecidas.

4.- Regulación ex ante. Siguiendo la terminología del Derecho comunitario europeo la denominada regulación ***ex ante*** significa que la intervención pública opera a priori de los comportamientos o conductas de los agentes del sector y no con posterioridad a sus actuaciones. Se contrapone así regulación ***ex ante*** a regulación ***ex post***. La primera con carácter preventivo, la segunda, con carácter represivo o a posteriori. Trátase, en el supuesto de la denominada regulación ***ex ante***, de una regulación que impone reglas configuradoras de todo un sistema normativo, con derechos y obligaciones preestablecidos, y con el objetivo marcado por el ordenamiento. En el caso de la regulación ***ex post*** se atiende únicamente a restablecer el equilibrio jurídico potencialmente vulnerado, con posterioridad a la conducta del agente y con arreglo a las técnicas y los instrumentos propios del derecho común o general, en el caso de la preservación de la libre competencia. La primera es propia del sistema específico de regulación, mientras que la segunda es la que se lleva a cabo mediante la aplicación del régimen de defensa de la competencia en general. La regulación para la competencia específica adquiere así un rasgo definitorio frente a la articulación del régimen general ***ex post***. El problema radicará en deslindar los ámbitos correspondientes a cada uno de los dos sistemas, como tenemos manifestado en otro lugar y de indicar la prevalencia respectiva. El derecho europeo, en el nuevo marco regulatorio que surge de la Revisión 99 y de las Directivas aprobadas en el 2002, apunta claramente a la progresiva desaparición de la regulación ex ante y su sustitución por el tipo de regulación ***ex post***. [2]

2.- Ello significa, en el esquema del derecho europeo, la paulatina sustitución de un régimen de intervención publica orientado hacia la aplicación de la legislación en los títulos habilitantes, entre los que cabe contar significadamente las licencias individuales como técnica de singularización y concreción en las condiciones de la operación de las redes y de los servicios, hacia un control administrativo a posteriori, dando por sentado el acceso libre al mercado. Se trata de un despliegue mayor de las potestades del órgano de regulación y de un desplazamiento hacia las técnicas sancionatorias en la corrección de los incumplimientos o desacomodos de la legislación

5.- Flexible. Precisamente por el objetivo de libre competencia que la preside y de que el grado de alcance de esta última es variable en función de circunstancias concretas y de la adecuación de las políticas regulatorias, como asimismo en razón de la propia mecánica de aplicación del nuevo Derecho de Telecomunicaciones que tenemos señalado, la regulación es intrínsecamente de carácter flexible. Han de atenderse las circunstancias en que se aplica el ordenamiento, materializando los principios y concretando las actuaciones regulatorias en cada caso. El impacto de las tecnologías y su cambio incesante, la propia especificidad de la regla de Derecho en el ordenamiento sectorial y el proceso de concreción /aplicación / adaptación, que le es inherente son otras tantas circunstancias y factores que abogan por la flexibilidad como uno de los atributos específicos del sistema de regulación para la competencia. La idea de ajuste o de adecuación específica es propia de ella. Flexibilidad y adaptabilidad a las circunstancias de mercado- cada vez más, a medida que avanza y se consolida el sistema de mercado- que no ha de suponer merma en la seguridad jurídica y en la previsibilidad de las actuaciones tanto públicas como privadas

6.- Sectorial. Cualquier sistema de regulación que se pretende eficaz ha de atender las circunstancias, condiciones y estructuras propias del sector sobre el que se proyectan. La regulación para la competencia adquiere de esta forma una neta connotación sectorial, con sus propias reglas, sus propias soluciones, sus ritmos y características delineadas en torno a un sector concreto. En el caso de las telecomunicaciones es bien conocido que el sector tiene características estructurales propias y con las que es necesario contar en todo caso. La persistencia de operadores dominantes en cuanto detentadores o controladores de infraestructuras, redes y otros elementos caracterizados como instalaciones esenciales; las fuertes barreras de acceso a los nuevos entrantes como consecuencia de la pervivencia de regímenes tarifarios y de estructuras de costos propias de situaciones anteriores; la necesidad de contar con recursos escasos, como el espectro radioeléctrico, la numeración o el dominio público viario y de consustancial relevancia en un sector basado en el despliegue de redes; la tendencia a la concentración y a las prácticas oligopolísticas; las economías de escala, la necesidad de fuertes inversiones bajo la impronta de los denominados costos hundidos o difícilmente retornables, y tantas otras circunstancias especificas del sector, cuyo entorno económico ya analizamos como directamente modelador de las técnicas y contenidos jurídicos del sistema de regulación, propician una acción reguladora específica atenta en todo momento a estos condicionantes y características estructurales.

7.- Transparente. El principio de transparencia es básico en la acción reguladora del Estado. Reconocido en numerosos instrumentos del Derecho comunitario europeo, o internacional, como el cuarto protocolo **OMC** y en numerosas leyes nacionales, la transparencia significa acceso al conocimiento, por parte de los diversos interesados, en el proceso de formación de las decisiones por adoptar en el entorno de la regulación. Ello comporta correlativamente la necesidad de disponer de información fiable respecto a los aspectos concretos que condicionan la toma de decisiones, tanto respecto del poder regulador, como de los diversos agentes involucrados. La transparencia se traduce en una serie de obligaciones concretas en cuanto al suministro de información y en cuanto a la participación en las decisiones por parte de esos mismos interesados, junto a un amplio sistema de cobertura publicitaria. La adhesión o el consenso en la toma de decisiones es elemento fundamental en la perspectiva de una sociedad de la información que se hace por todos y para todos. La confianza que ha de generar el sistema implica la transparencia en todas sus manifestaciones, lo cual no deja de comportar consecuencias en el plano jurídico, en la producción de actos y desarrollo de los procedimientos, etc.

8.- Regulación asimétrica. Son las razones estructurales que antes hemos puesto de relieve y el desequilibrio a priori producido en el mercado por los operadores dominantes los que determinan que al menos en el estadio de transición hacia la competencia, la acción de la Administración adopte una actitud de posición asimétrica. Esto significa que ha de tener en cuenta la desigualdad inicial para producir las consecuencias que de ello se derivan y establecer un marco diferenciado para

los distintos agentes según la posición que ocupen en el mercado. Los operadores instalados disponen de un poder económico, jurídico, comercial e incluso fáctico que es necesario contrarrestar a favor de los nuevos entrantes con el objeto de reequilibrar la situación. Esta circunstancia se ha traducido en un trato de favor o un tratamiento desigual en muchos casos -dependiendo de las políticas que en definitiva se adopten- mediante la imposición de obligaciones suplementarias a los operadores dominantes para compensar el déficit inicial. La asimetría regulatoria no es solo una mecánica de compensación sino que al mismo tiempo marca la orientación de determinadas políticas. Así por ejemplo respecto a la expansión, mejora o proliferación de redes e infraestructuras de telecomunicaciones o el aseguramiento de una competencia real sobre la base de establecer moratorias y calendarios que permitan la preparación adecuada de los nuevos entrantes. En cierto modo la asimetría en la regulación no comporta únicamente la imposición de cargas, obligaciones o servidumbres en los operadores establecidos o con acceso a las instalaciones esenciales. También, y en aras de ese mismo reequilibrio que late en la implantación de regulaciones asimétricas, se exige la adecuación respecto de los operadores dominantes, eliminando las trabas que puedan suponer un lastre de estos últimos en su operación en los mercados liberalizados. Tal es el caso por ejemplo de la necesidad de eliminar el déficit de acceso como consecuencia de una estructura tarifaría inmanente y desequilibrada. Tal es el caso también de la necesidad de compensar a los operadores dominantes en la asunción por estos del servicio universal u otras obligaciones de servicio público ***ex lege***, durante el periodo de la transición. Todo ello conforma una situación jurídica peculiar, compuesta tanto de obligaciones como de derechos y a la que nos hemos referido como el estatuto del operador dominante.

9.- Tuitiva. En correlación con esa regulación asimétrica en detrimento del operador dominante o de otros operadores con peso significativo en el mercado, la regulación en principio es de carácter tuitivo o protector a favor de los nuevos entrantes que deben ver así garantizado su acceso y desenvolvimiento en el mercado. Las concretas obligaciones, cargas y limitaciones en que finalmente se materializa el sistema de regulación para la competencia obedecen a esta exigencia. Regímenes como el de interconexión o acceso, reparto equitativo de recursos limitados y otros similares que forman parte del contenido esencial de la acción reguladora translucen fielmente esta característica de la regulación en su sentido más general. Aunque no por ello se congelen ***sine die*** los estatutos jurídicos diferenciados y que la progresiva transformación de los mercados fundamenta, como se encarga de resaltar la Comisión europea en ocasión de la Revisión 99 y el paquete de Directivas del 2002 constitutivo del nuevo ordenamiento consecuente con el nuevo rumbo de las telecomunicaciones europeas. Tuitivo es asimismo el régimen instaurado progresivamente a favor de una real y efectiva protección de los usuarios, erigida ésta como principio básico y como objetivo primordial de la nueva ordenación de las telecomunicaciones en competencia, ante el hundimiento o desaparición de la idea del servicio público.

10.- Proporcional o congruente. La acción reguladora del Estado, flexible y transparente, y con autonomía para la aplicación de la regla de Derecho no es en modo alguno, como parecería entenderse, una actividad discrecional. Con sujeción estricta al principio de legalidad y a la utilización de las técnicas habituales del control de la discrecionalidad, la acción reguladora es proporcional y congruente con el motivo o fin de la intervención. Los principios, el fin, la necesidad de motivación de los actos y decisiones de la autoridad específica de regulación corroboran ampliamente esta característica consustancial ya de la práctica del sistema de regulación para la competencia.

11.- Subsidiaria. Esta circunstancia expresa la característica básica que se pretende para la regulación económica en tanto que actividad que sólo se produce, en principio, en defecto de las reglas del mercado. En todo sistema de regulación late el sentimiento de que ésta ha de desaparecer a medida que se implanta y asegura la eficacia de los mercados, sustituyéndose el control y vigilancia sobre los mismos por la defensa general de la competencia, sin atribuciones específicas para un sector concreto y mediante el juego de obligaciones y limitaciones que hemos visto

anteriormente. Con todo y ser cierto -regulación es término antitético del de mercado- no lo resulta menos que la intervención pública persiste como esquema regulatorio en defensa de ese mismo mercado y para la satisfacción del interés general. Este carácter de subsidiariedad aparece reforzado en los documentos de la Unión Europea, concretamente en la revisión 99 que ha precedido a un conjunto de directivas estableciendo un nuevo ordenamiento para las telecomunicaciones. Se pretende la minoración en la intensidad de regulación correlativamente con el avance del Derecho de la competencia general como marco de referencia normativa. La regulación persiste, como decimos, aunque no desaparezca, o simplemente se transforme.

12.- Equilibrada. Un equilibrio debe de ser establecido entre el Derecho sectorial de las comunicaciones y el Derecho de la competencia. Y en suma, entre los diferentes intereses y fuerzas en presencia. Aún dando prioridad a este punto, en el sistema señalado persisten intereses que no pueden satisfacerse por la aplicación indiscriminada del ordenamiento general. La acción reguladora debe así decantarse hacia un equilibrio en función de las circunstancias concretas de un régimen de transición hacia o de consolidación de una competencia efectiva. Se trataría de cohonestar, como diría un autor, la libertad con la obligación. En suma, de coordinar y autoajustar los diversos intereses a que se enfrenta.

13.- Específica. La regulación que opera en los sectores que han sido objeto de despublificación, como el de las telecomunicaciones, atiende a los condicionantes, los objetivos y las circunstancias propias de este sector. Es una regulación sectorial y específica que se contrapone a otras regulaciones de tipo general sobre las actividades económicas (por ejemplo los sistemas de defensa general de la competencia o del servicio público en aquellos ordenamientos que aun retienen esta forma de actividad administrativa).

14.- Garantista. Aún siendo flexible, la acción reguladora se ejerce sin perder de vista el fin último de toda normación, esto es, el proporcionar una seguridad jurídica suficiente para incentivar las actuaciones de los particulares proporcionando un marco estable y seguro para las inversiones o para cualquier tipo de actividad que se desarrolle en el mercado. A ello coadyuvarían los demás elementos de transparencia, equidad, igualdad, accesibilidad y garantía de permanencia en el mercado que son consustanciales al nuevo sistema.

II. LAS INSTITUCIONES, LAS TÉCNICAS Y LOS INSTRUMENTOS DEL ESTADO REGULADOR.

A.- INCIDENCIA SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

La regulación para la competencia se realiza a través de un conjunto de instituciones, técnicas e instrumentos que se estiman consustanciales a la tarea emprendida para el logro de los objetivos establecidos en el ordenamiento. Este aparato institucional de la regulación se concentra fundamentalmente en la presencia de organismos de regulación como Administraciones especializadas y específicas para la aplicación del nuevo derecho surgido tras la liberación de los mercados.

Las Administraciones de regulación, bajo las más variadas nomenclaturas y estatutos, forman ya parte sustancial y sustantiva del sistema de regulación, incorporando a la praxis y a la teoría de las Administraciones públicas un punto de vista novedoso en cuanto a la estructura, naturaleza, medios y funciones de estos organismos, dentro del marco constitucional que rige para cada ordenamiento en concreto.

La funcionalidad general de estos organismos no se ciñe a un mero esquema de aplicación de la ley mediante una actividad de ***accertamento*** o de verificación de requisitos y situaciones de hecho que delimitan el alcance y efectividad de las normas. Ya hemos analizado a este respecto el carácter, la estructura y el alcance de las normas de telecomunicaciones que atribuyen competencias, definen principios o enuncian contenidos, precisándose una labor concienzuda posterior de concreción, desarrollo y aplicación a las específicas situaciones contempladas.

Por tratarse precisamente de una actividad de carácter externo y que se impone a los particulares, en principio libres, la acción administrativa reguladora se materializa en una serie de actos y resoluciones que cuentan con la libertad de los particulares como premisa básica en la actuación administrativa. Las potestades que el ordenamiento confiere a las Administraciones encargadas de estas tareas aparecen diseñadas en función de este carácter obligacional externo que asumen los operadores en los sistemas de regulación para la competencia, como tendremos ocasión de apreciar.

B.- NORMAS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA REGULACIÓN ECONÓMICA.

Observamos que son varios, en principio las normas y actos administrativos producidos:

1.- Reglamentos. En cuanto a realización de la potestad reglamentaria atribuida por el ordenamiento jurídico y que se ciñe al fin concreto de la atribución conferida y con carácter supeditado a la potestad reglamentaria general establecida según el principio constitucional de la división de poderes, la actividad reglamentaria de los organismos de regulación tiene especiales características que la adecúan y en definitiva la encajan dentro del esquema preconstituido constitucional de la relación entre los poderes del Estado. Son de varias clases según los distintos ordenamientos en presencia: instrucciones, circulares, etc., y en todas ellas se transluce su carácter específico y subordinado respecto de la potestad reglamentaria general.

2.- Actos aplicativos de reconocimientos de derechos preestablecidos. Es la función de de verificación de requisitos exigidos para una determinada actividad, excluyéndose la discrecionalidad en la aplicación. Se trata de actos reglados, en consecuencia, siguiendo la técnica conocida como del acto -condición mediante la cual se produce la integración en una situación jurídica legal y reglamentaria previamente establecida. Justamente, como tendremos ocasión de ver, la libertad de acceso a los mercados es correlativa de la posición jurídica de la Administración reguladora en tanto que autoridad de reconocimiento de derechos preexistentes y que se ejerce sobre todo a partir de la técnica autorizatoria y con frecuencia mediante el silencio administrativo positivo. Tal sería el caso de las denominadas autorizaciones generales en el Derecho europeo.

3.- Actos de imposición de obligaciones. Son los típicos actos de gravamen, en la perspectiva tradicional administrativa, mediante los cuales se impone una obligación en sentido estricto a los particulares. Es una técnica connatural al nuevo Derecho de la regulación económica si se considera que esta actividad se contrae al establecimiento de diversas situaciones jurídicas bajo la rúbrica general de limitaciones de derechos. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, en la perspectiva del Derecho continental al menos, que la imposición de obligaciones ha de contar con el suficiente respaldo y cobertura legal. Es la Ley la que fija en abstracto los deberes y es la Administración la que los concreta mediante la imposición de obligaciones específicas que conllevan la correlativa declaración de derechos, ejercitables como tales derechos subjetivos a través de las técnicas de garantía habituales. Por ejemplo, la Ley establece el deber general de que los titulares de redes públicas permitan el acceso e interconexión de otras redes, en las condiciones legales y reglamentarias. El deber general y abstracto ha de concretarse, mediante la acción de

la Administración, en obligaciones específicas que competen a tal o cual operador y en las condiciones generales o específicas propias del caso, mediante una resolución del organismo regulador, en defecto de pacto entre partes.

4.- Actos que imponen obligaciones y declaran derechos. Serían actos al mismo tiempo declarativos y de gravamen o definidores de situaciones jurídicas concretas. Esta es la típica actividad que se desarrolla en el otorgamiento de títulos habilitantes, bien sean de carácter autorizatorio (como las licencias individuales en el antiguo Derecho europeo, anterior al paquete de Directivas del 2002) bien de carácter concesional en los ordenamientos en que subsiste esta figura.

5.- Actos de imposición de cargas. Analizamos en este supuesto la carga como equivalente a gravamen. En base a una cobertura legal preestablecida el regulador impone cargas a los operadores en función de su posición en el mercado y que constituyen en consecuencia típicos actos de gravamen. Tal sería el caso de la imposición de obligaciones de servicio público aisladas o de servicio universal. En régimen de competencia y de transparencia las cargas son redistribuidas entre los agentes del sector no sólo en función del mentado principio esencial de competencia sino en base a otro principio tradicional de la actuación administrativa, cual es el de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Es posible considerar la carga bajo otra acepción: no tanto como gravamen directo sino como consecuencia inherente a una inactividad exigible por parte del sujeto destinatario. La carga en este caso supone una situación jurídica más gravosa y su campo o ámbito preferente de actuación es dentro de los procedimientos o procesos. Por ejemplo, la carga de la prueba. En Derecho de Telecomunicaciones las cargas están presentes en el sentido en el que ahora las consideramos, en numerosas ocasiones. Y así por ejemplo en materia de obligación de orientar los precios de interconexión a costos y que recae sobre el operador dominante. Corresponde a éste la carga de la prueba de que esta orientación se produce y caso de no realizarse se seguirá la consecuencia directa marcada por el ordenamiento.

6.- Actos de imposición de obligaciones específicas. Centrado ya el concepto de obligación en sentido estricto, las sucesivas operaciones jurídicas en que se desenvuelve la acción reguladora las fijan y establecen en todos sus elementos y condiciones. Existen obligaciones tanto de hacer, como de no hacer, soportar, suministrar o de contratar.

Tanto son obligaciones de carácter sustantivo como instrumental. Ejemplo de la primera sería la obligación de interconectar, y de la segunda el suministro de información adecuada para que la interconexión o el acceso se produzca o intervenga la autoridad de regulación.

C.- EL CONTROL SOBRE LA ACTIVIDAD REGULADORA.

Por último contemplamos el control sobre la actividad de regulación. Superado ya el concepto y alcance de la meritada independencia o autonomía de los organismos de regulación, y reconducida esta cuestión a sus justos cauces constitucionales, los órganos de regulación constituyen Administraciones públicas, insertadas por lo general, dentro del poder Ejecutivo. Esta circunstancia trae como consecuencia inmediata la sumisión o sujeción de las mismas al control político, administrativo y judicial propio de cualquier Administración pública en los ordenamientos constitucionales de cada país. No obstante la peculiaridad de la acción reguladora impone algunas matizaciones en cuanto al alcance, naturaleza y ejercicio del control sobre las mismas.

En lo que toca al control político, dentro de los regímenes constitucionales parlamentarios, éste se ejerce dentro de la amplia fórmula del control del Legislativo sobre el Poder Ejecutivo, en el que finalmente las Administraciones de regulación están integradas con mayor o menor autonomía de funcionamiento y de gestión.

En cuanto al control administrativo, la autonomía se cifra en definitiva en la eliminación, por regla general de los controles jerárquicos y de oportunidad, que se concretan en la consideración como actos definitivos e insusceptibles de recurso jerárquico ante otro órgano administrativo a las resoluciones de los órganos de regulación.

Por último en lo que se refiere al control judicial, éste se sujeta al esquema habitual de recurso contencioso administrativo bajo el principio de legalidad. Cualquier acto o resolución de las Administraciones de regulación cae bajo la impronta de este principio general siempre y cuando ejerzan actividades de carácter público administrativo. Pudiera darse el caso de que estas autoridades produzcan actos privados, y así por ejemplo en aquellos ordenamientos como el español o el peruano en los que, al menos en la teoría legal, es posible que actúen como instituciones de arbitraje y sometidos en consecuencia a las disposiciones de la Ley de Arbitraje Común. Las resoluciones arbitrales o laudos están excluidos en principio de la jurisdicción Contencioso administrativa, como es natural, y sólo caben contra las mismas los recursos establecidos en la legislación común de arbitraje (normalmente recurso de anulación por causas extrínsecas y no sobre el fondo del asunto). Sobre estos aspectos habremos de volver en la unidad correspondiente a la Administración reguladora.

III. EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN REGULADORA

A.- GENERALIDADES. LOS CAMPOS O ÁREAS DE LA ACCIÓN REGULADORA.

Examinamos ahora los distintos ámbitos concretos sobre los que se proyecta la acción reguladora del Estado en el sector de las telecomunicaciones. Es lo que constituye el núcleo de esta actividad y el contenido propio de la regulación económica para la competencia y el interés general.

La mayor o menor amplitud en los campos abiertos a este tipo de actividad en el seno de un ordenamiento determinado dependerá de muchas circunstancias y entre ellas fundamentalmente: el grado de desarrollo de los mercados y de la competencia efectiva; las condiciones estructurales de los mismos, con atención a la existencia de barreras de entrada, presencia de operadores dominantes; la presencia de operadores que permitan el aseguramiento de una competencia efectiva en los mercados; las políticas regulatorias preestablecidas en orden al desarrollo de las redes e infraestructuras, o circunstancias específicas de tipo tarifario o de control de precios en general.

Son todas ellas determinantes a la hora de ampliar o de restringir los ámbitos de actuación regulatoria y de profundización en la misma.

La mayor o menor extensión de estas actividades reguladoras tiene lugar en relación al grado de implantación efectiva de la competencia en los mercados y en el grado de satisfacción de las obligaciones de servicio público que son como sabemos la base de toda acción regulatoria.

Aunque sea connatural la idea de que a mayor grado de competencia corresponde una menor intensidad en la regulación y que según este esquema teórico progresivamente los distintos ámbitos en que se materializa esta acción han de pasar a estar regidos por el Derecho Común de la Competencia, lo cierto es que tanto en el régimen de transición, como en el de consolidación de

la libre competencia se permite vislumbrar la persistencia de la regulación en algunos aspectos que consideramos constituyen un núcleo permanente en el objeto de la actividad reguladora del Estado (administración de recursos escasos, régimen de acceso e interconexión, obligaciones de servicio público etc).

En consecuencia de todo ello estos distintos ámbitos se perfilan en torno a la consecución de los dos objetivos fundamentales de la regulación: la promoción, mantenimiento y defensa específica y sectorial de la competencia en los mercados y la satisfacción de otras obligaciones que el mercado no cubre -porque en definitiva no las puede ni tiene porqué cubrir- como sería la atención de las necesidades colectivas de telecomunicación, la prestación de servicios públicos concretos o la protección de los usuarios y de los derechos fundamentales involucrados en el ejercicio y disfrute de los servicios y actividades de telecomunicación.

B.- RECONOCIMIENTO DE LAS ÁREAS DE ACCIÓN REGULADORA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y SUPRANACIONALES.-

Existen contenidos típicos sobre los que se proyecta la acción reguladora, reconocidos en instrumentos normativos internacionales como en los distintos ordenamientos nacionales.

Entre los primeros cabe mencionar el cuarto protocolo anexo de la Organización Mundial del Comercio, al que ya hemos aludido, en lo que éste denomina las salvaguardias competitivas que es necesario abordar en un primer estadio de regulación hacia la competencia. En ese supuesto estarían la separación estructural entre la actividad de reglamentación y la de explotación propiamente dicha; la dirimencia de conflictos sobrevenidos entre los agentes del sector; la administración y gestión de los recursos escasos y en particular el espectro de frecuencias radioeléctricas y la garantía de acceso al mercado y a las instalaciones esenciales existentes.

La Unión Europea, desde el primer Libro Verde de 1987 sobre los servicios de telecomunicaciones, implantó el modelo de transición hacia la competencia en el cual se recogen en un decálogo de objetivos, los principales puntos de interés de una actividad de esta naturaleza. Los ámbitos de actuación se han desarrollado posteriormente en función de las sucesivas fases del Derecho comunitario hacia el pleno alcance de la competencia integral en redes y servicios. A medida que avanza en la Unión Europea el modelo de regulación, avanzan y se consolidan diferentes campos en el punto de mira de la intervención pública, que finalmente constituye el ordenamiento sectorial para las telecomunicaciones.

C.- ÁREAS DE ACCIÓN REGULADORA Y FUNCIONES DE REGULACIÓN.

En virtud de las funciones atribuidas a los organismos de regulación que son los encargados de llevar adelante la aplicación, con todas sus características, del ordenamiento singular de las telecomunicaciones, es posible a priori establecer una clasificación de estos ámbitos o campos de actuación, en base a las mismas funciones establecidas en la Ley. Así distinguiríamos una función reglamentaria, aplicativa, de consulta y estudio, dirimente, sancionatoria, autoorganizativa, etc., como contenido de esta actividad. Pero tal punto de vista no se corresponde con el objetivo de la presente unidad que se ciñe al análisis de conjunto de las distintas parcelas en las cuales interviene la regulación económica para la competencia.

No obstante deberíamos dejar señalado que en relación a esas distintas parcelas o ámbitos, la acción reguladora atiende al desempeño de funciones sustantivas (las directamente encaminadas

al logro de los objetivos marcados por la Ley y al ejercicio de las competencias y potestades atribuidas) e instrumentales, que sirven indirectamente para el cabal cumplimiento de las anteriores pero que no tienen una consideración autónoma sino en función de la finalidad perseguida. Asimismo hay que contar con que en el objetivo último de satisfacer y cumplir los fines impuestos por el ordenamiento, los organismos de regulación y el sistema de regulación en general desempeñan actividades que pudiéramos englobar dentro de la categoría de autoorganización o de provisión de medios para el cumplimiento de sus tareas, y en los cuales cabe incluir tanto la actividad reglamentaria interna, la gestión y organización, el ejercicio de la potestad sancionatoria por infracciones de las normas sustantivas, o la recaudación de tasas y contribuciones específicas y necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las entidades administrativas adscritas al sistema.

Dejando de lado todas estas parcelas indudables de la acción reguladora el objeto se ciñe ahora a contemplar cuáles son esos distintos ámbitos en los que se desenvuelve.

D- LAS GRANDES ÁREAS DE LA ACCIÓN REGULADORA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Al hilo del concepto que venimos sosteniendo sobre la regulación para la competencia y el interés general y con ánimo de presentar una visión lo más sintética posible de la acción reguladora observamos que ésta se proyecta en torno a tres ámbitos bien diferenciados, aunque ello no implique una consideración de los mismos como compartimentos estancos. Estas tres áreas de actuación son las siguientes:

1. Promoción y salvaguardia de la libre competencia.

Conviene insistir sobre la idea básica que vertebra todo el sistema de regulación. No es como llevamos dicho una regulación sobre el concepto de servicio público como tampoco una regulación para el monopolio o en función del servicio público. La nota característica de la regulación económica es la articulación de todo un sistema coherente y unitario en pro de la promoción, mantenimiento y salvaguardia del correcto funcionamiento de los mercados a través de una libre competencia efectiva. Este es el norte que guía toda la acción reguladora, como ha sido reconocido ampliamente en el Derecho positivo de Convenciones y en los ordenamientos nacionales. Según ello, esta actividad se desparrama en un conjunto de potestades y de competencias enderezadas a este fin último. La intensidad de la intervención pública variará en consecuencia en función del grado de desarrollo efectivo de ese principio y de las circunstancias estructurales del sector que lo menoscaban, impiden o hacen inaplicable en sus distintas versiones.

a) <u>El acceso garantizado al mercado de forma libre.</u>

La primera consecuencia de la desaparición de los derechos especiales y exclusivos o de la liberación propiamente dicha es la recuperación de la libertad en el acceso al mercado. El ordenamiento reconoce derechos en los particulares para acceder libremente al mismo una vez eliminada la reserva que impedía este acceso bajo la rúbrica del servicio público en monopolio. En suma los sujetos y agentes existentes y potenciales ostentan el derecho de libertad de acceso, en las condiciones preestablecidas por el ordenamiento. No se trata, con toda evidencia, de un acceso totalmente libre sino que las particularidades del ordenamiento sectorial imponen una serie de requisitos y condiciones para que los operadores puedan desempeñar libremente sus actividades. El rasgo distintivo de la lógica de la libertad en el acceso radica en una conceptualización de los derechos de los particulares y en los principios correlativos de no discriminación, igualdad y objetividad que marcan insistentemente los instrumentos normativos, tanto en la Unión Europea como en los distintos ordenamientos positivos.

Dejando esto sentado el Poder público garantiza en el nuevo sistema el acceso a los mercados bajo las condiciones indicadas y ello supone la existencia de derechos subjetivos en los particulares a desempeñarse libremente con arreglo al molde normativo constitucional y legal de la primaria libertad económica de empresa. De ello se sigue en primer lugar una operación de normación sucesiva en la Ley y en los reglamentos de cada servicio o de cada actividad objeto de regulación indicando las condiciones de ejercicio de estos derechos y, correlativamente de las potestades atribuidas a la Administración para su concreción y materialización. La acción reguladora en este punto se contrae al otorgamiento de títulos habilitantes a favor de los nuevos agentes u operadores para la provisión de los correspondientes servicios y para la operación de las redes como concepto autónomo y ciertamente relevante en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones.

Una tendencia se dibuja en el horizonte de los sistemas de regulación -con el Derecho europeo a la cabeza a partir de las Directivas del paquete 2002- en el sentido de otorgar la máxima eficacia a la libertad de acceso a los mercados por parte de los agentes, disminuyendo la presencia de títulos habilitantes previos para la entrada en el sector, sustituyéndolos gradualmente por una autorización general, o eliminando todo titulo habilitante, -como es el caso de la legislación vigente española contenida en la ley 2003 de Telecomunicaciones- sustituyéndolos por una mera comunicación formal del accedente al mercado, a la Administración de regulación afectos de conocimiento y registro únicamente.

Empero, acceso libre no significa obviamente eliminación de control o potestad en la autoridad de regulación: en primer lugar, para verificar los requisitos y condiciones preestablecidos en la Ley y los reglamentos; en segundo lugar, para garantizar el desenvolvimiento sin distorsiones en el mercado mediante la aplicación de las reglas de la libre competencia efectiva; en tercer lugar, para imponer condiciones no sólo para el mantenimiento de una libre competencia efectiva sino para el cumplimiento de las demás obligaciones que son propias del sistema.

El problema estriba aquí simplemente en encontrar las fórmulas y técnicas jurídicas que se adecúen al principio básico de la libertad de acceso y garantía de los derechos preexistentes en los sujetos intervinientes en el mercado y en todo caso de establecer los mecanismos conformadores de esta garantía con arreglo a técnicas jurídicas idóneas, lo que constituye hoy por hoy uno de los mayores retos en la concepción y desarrollo de la acción reguladora del Estado.

Subrayemos el hecho de que el acceso no ha de estimarse garantizado únicamente en base al otorgamiento del título habilitante en sus variadas acepciones, sino que exige la pervivencia de una relación permanente de vigilancia control y cumplimiento de las condiciones y obligaciones establecidas en el título. La regulación atribuye a los organismos acreditados por el ordenamiento potestades para interpretar, modificar y hacer efectivos los títulos otorgados en función del propio desarrollo del sistema y con aplicación de los elementales principios de seguridad jurídica, transparencia y objetividad que le son consustanciales.

b) <u>Garantía de permanencia y de operatividad efectiva en los mercados.</u>

Acceso al mercado no significa garantía de permanencia en el mismo y de operatividad plena y satisfactoria. No basta en definitiva con garantizar a través de la utilización de las técnicas pertinentes (concesión, autorización, licencia, declaración y registro, etc.) el acceso a los mercados. Es necesario habilitar todo un sistema para que los operadores entrantes o los que ya están operando en él, puedan desarrollar plenamente sus actividades en el marco de la Ley. Es aquí en donde se muestra con mayor intensidad y prolijidad la acción reguladoia en orden a promover la competencia, garantizar la operatividad de redes y servicios, evitando las prácticas restrictivas y las distorsiones en las reglas del mercado. Las condiciones estructurales en concreto del sector de las telecomunicaciones adquieren aquí su mayor relevancia en orden al fin y al contenido de una actuación de los órganos de regulación tendentes a eliminar las barreras de entrada o de

garantizar el acceso y operatividad efectivos en los mercados. En suma, el área contemplada se ciñe a la finalidad de mantenimiento de la libre competencia evitando las prácticas abusivas y facilitando la transparencia y el juego leal y sin distorsiones entre los agentes.

Y dentro de este campo concreto el ordenamiento introduce uno de los aspectos más relevantes de la acción reguladora para la competencia al imponer obligaciones a los agentes en función de la posición que ocupan en el mercado y sobre todo en relación al control que ostentan sobre las instalaciones esenciales que operan como barreras de entrada en el sector. La obligación de permitir el acceso e interconexión a los titulares de redes públicas es una de sus consecuencias más notables. Aunque la misma obligación se extiende para garantizar la plena operatividad de los agentes distintos de los entrantes, promoviendo la transformación de los títulos habidos o la eliminación de las condiciones estructurales, como el déficit de acceso, entorpecedoras asimismo de una libre competencia efectiva. A medida que se avanza en el proceso de las políticas de regulación en la transición hacia la competencia efectiva, el carácter tuitivo o protector o simplemente garantizador de la operatividad en los mercados concretos se instrumentaliza en nuevas áreas emergentes a las cuales es necesario extender la protección justamente en garantía del mismo principio. Es el acceso o derecho a la compartición de infraestructuras o derechos de paso o de las facilidades, en un amplio sentido, de las cuales disfrutan los operadores establecidos, o aquellos otros que alcanzan pronto un peso significativo en el mercado.

2. Optimización en el acceso y uso de los recursos escasos en telecomunicaciones.

El sector de las telecomunicaciones, como otros que han sido objeto de despublificación como los de saneamiento, energía, transportes, etc., pero quizás en mayor proporción y relevancia por sus propias características estructurales, utiliza recursos limitados, que por su propia naturaleza no están a la disposición de todos. Es el supuesto de las frecuencias del espectro radioeléctrico pero también de otros recursos que presentan antes que nada su carácter limitado y su vocación para ser utilizados en forma privativa por los agentes y operadores de telecomunicaciones, como serían los propios recursos de numeración o los derechos de paso y sobre las infraestructuras físicas en las que se apoyan las redes de telecomunicaciones.

Existe una tendencia manifiesta en los ordenamientos a excluir estos bienes o recursos del libre juego de la autonomía de la voluntad y del comercio sobre ellos, mediante la constitución de una reserva de extracomercialidad o bien simplemente por la declaración de su naturaleza como de dominio público, cuya gestión y administración se encomienda al Estado. Con independencia de su mayor o menor idoneidad como fórmula explicativa de la reserva de estos recursos y de las particularidades que presentan sus regímenes jurídicos en cada caso y circunstancia, lo cierto es que la administración y gestión de estos recursos constituye objeto privilegiado en la atención de la acción reguladora del Estado.

Y ello fundamentalmente por dos órdenes de consideraciones. Por un lado, teniendo en cuenta y siempre muy presente que dichos recursos debe ser utilizados de manera óptima para facilitar el pleno y racional empleo de los mismos a favor del desarrollo global del sistema de telecomunicaciones, máxime en la perspectiva de la sociedad global de la información. Por otra parte, considerando que por su propia naturaleza estos recursos deben ser ofrecidos para su uso en condiciones de igualdad, equidad, transparencia y asequibilidad a los distintos operadores y usuarios de telecomunicaciones, en función de su característica como bienes de dominio público o como bienes ***res omnium*** puestos a la disposición de todos en general. En tercer lugar, la exigencia de que el uso y disposición de estos recursos no debe menoscabar ni alterar, antes al contrario, promocionar y consolidar una efectiva competencia entre operadores de redes y prestadores de servicios. La consecuencia de todo ello es que el manejo y gestión de los recursos escasos -hoy por

hoy espectro radioeléctrico, numeración, infraestructuras y derechos de paso, pero que tendencialmente se abre a otros recursos con similares características, como pueden ser el uso y utilización de las órbitas satelitales o los accesos digitales condicionados etc.- constituye uno de los puntos preferentes de la acción reguladora del Estado en el establecimiento de un sistema de provisión integrado en la perspectiva general de la nueva ordenación.

3. Garantía en la satisfacción de obligaciones de servicio público y de interés general al margen o con independencia de los mercados.-

El Estado Social y Democrático de Derecho dentro de cuyo marco se inserta la nueva actividad reguladora para la promoción de la competencia y la satisfacción del interés general predetermina que la sustitución de los antiguos esquemas de regulación en base al servicio público en monopolio, no ha de tener lugar en detrimento y menoscabo de la responsabilidad en la garantía de satisfacción de determinadas necesidades colectivas en materia de telecomunicaciones.

Tanto desde la perspectiva del derecho a la comunicación en el seno de las sociedades democráticas actuales y el consiguiente acceso a las fuentes de la información como, en definitiva, en función del carácter proactivo que se asigna al Estado social y democrático de Derecho en la remoción de los obstáculos para la efectividad de los derechos ciudadanos, la contemplación de la exigencia de satisfacer necesidades colectivas de telecomunicación es uno de los fundamentos del sistema.

La presencia del mercado, de su lógica y sus reglas y de sus condicionantes reales no sirve sin más para garantizar este tipo de derechos que asiste a la ciudadanía en general. Por instalarse en un orden de prioridades distinto al que los mercados ofrecen y satisfacen, el nuevo sistema de regulación para la competencia no excluye el carácter asistencial del Estado Social de Derecho en la provisión y satisfacción de esas necesidades antes cubiertas, en mayor o menor medida, con mayor o menor fortuna, por el concepto de servicio público formal. La vuelta al mercado no implica la eliminación de la responsabilidad del Estado dentro de su nuevo perfil regulador. En suma, la idea jurídico política del servicio público formal reaparece bajo otra vestimenta pero con los mismos principios y finalidades de cobertura de necesidades materiales que afectan al común de la ciudadanía. Y que en mayor medida se refuerzan en el plano de la sociedad general de la información que se basa en el acceso masivo a los medios y fuentes de la información en todos sus aspectos y circunstancias.

La devolución a la iniciativa privada y al mercado no ha de entenderse como abandono o abdicación de la responsabilidad del Estado. Si bien deja de ser prestador, la faceta del Estado regulador impone un sello particular en su actuación para alcanzar los mismos fines con arreglo a distintas técnicas. La regulación como hemos visto no se impone dentro de un esquema doméstico e interiorizado de sujeción especial, como era el caso del antiguo servicio público, sino como obligaciones, cargas y limitaciones ***ex lege*** a los operadores y agentes del sector. La energía del servicio público no se crea ni se destruye, sino que solo se transforma.

Existen en consecuencia diversos órdenes de responsabilidades de los que no abdica el Estado regulador. En primer lugar, trátase de conseguir la meta o el objetivo de universalización que es consustancial a cualquier servicio que satisface necesidades colectivas y básicas de la ciudadanía. Estamos en presencia del servicio universal como uno de los ámbitos o áreas regulatorias típicas y específicas del nuevo sistema de regulación sectorial. En segundo lugar, existen otras actividades y servicios cuya satisfacción no depende o no responde enteramente a la lógica del mercado sino que constituyen servicios públicos en sentido estricto, bien con carácter autónomo, bien considerándolos como auxiliares o integrados dentro de otros servicios públicos. Este es el

caso de lo que en la legislación española y en la europea en general, se denominan servicios obligatorios de telecomunicaciones y que son aquellos servicios para el aseguramiento y la garantía de fines de seguridad en el mar, en la navegación aérea, en las carreteras u otros fines de investigación y de interés general. El sistema de regulación excluye la gestión y ordenación de estos servicios de la propia mecánica de los mercados, bien otorgándoles la naturaleza o el régimen propio de un servicio público formal, bien considerándolos como prestaciones obligatorias y autónomas, sujetas al equilibrio financiero de quien las asume como cargas.

Esta es en suma, muy esquemáticamente la distribución de las áreas en que se proyecta todo el sistema de regulación, lo cual constituye por sí todo un programa para su ulterior desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA SOBRE MODULO I.- INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS D ELA INFORMACIÓN.

ALABAU, A.: La Unión Europea y su política para la sociedad de la información: en el umbral de una nueva gobernanza europea, Fundación Airtel Vodafone, [2001].

ALONSO SOTO, R. "Competencia y desregulación económica: los informes del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre la liberalización de los servicios", en Est. Menéndez, t. I.

ARIÑO ORTIZ. G. "Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica". Editorial Comares. Granada 1999.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Economía y Estado, Madrid, 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar, Significado actual de la noción de servicio público, en AA.VV., El nuevo servicio público, Madrid, 1997.

ARIÑO, DE LA CUETARA y MARTINEZ LOPEZ- MUÑIZ (1997): "El nuevo Servicio Público", Marcial Pons, Madrid.

ASOCIACION HISPANOAMERICANA DE CENTROS DE INVESTIGACION Y EMPRESAS DE TELECOMUNCACIONES. La regulación de las telecomunicaciones en Iberoamérica, AHCIET, Madrid, 1999.

- Régimen jurídico de las Telecomunicaciones en Hispanoamérica. Madrid 1990.

BEL I QUERALT, G.: "Privatización y desregulación: cuando la liberalización no basta para aumentar la competencia", en Privatización, desregulación y ¿competencia?, Civitas, Madrid, 1996.

BLANDIN-OBERNESSER: Le régime juridique communautaire des services de télécommunications, Armand Colin, Paris, 1996.

BRACONNIER, Stéphane: "La régulation des services publics", RFDA, núm. 17, 1/2001, pp. 43-57.

BRONCKERS, M. y LAROUCHE, P.: "Telecommunication Services and the World Trade Organization", World Trade Law Journal, nº 3, 1997.

CASAGNE, J.C. (1996): "El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. (Hacia una nueva concepción).

En Revista de Administración Pública, núm. 140, pp 95-110.

CASTEJON MARTÍN, L. (ed.), Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet, COIT/GRETEL, Madrid, 1998.

COASE, R.: "The Federal Communications Comission, The Journal of Law & Economics, 1959, vol. 2, pp. 1-40.

CUÉTARA JIMÉNEZ, J. M. DE LA: Tres postulados para el nuevo servicio público, en ARIÑO ORTIZ, G.; DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.M., El nuevo servicio público, P.E.R.E. -U.A.M.- Marcial Pons, Madrid, 1997, pag. 107 y ss.

CUETARA, J.M. (1997): "Aproximación a la regulación de servicio público como nuevo paradigma para la prestación de servicios económicos", en El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid, pp. 87-106.

CUÉTARA JIMÉNEZ, J. M. DE LA, Asimetría regulatoria, equidad y transición a la competencia en las telecomunicaciones españolas, REDETI núm. 4, marzo 1999, p. 11 y ss.

CHAMPEIL-DESPLATS, V.: "Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale", AJDA, nº 12, 1999.

CHEVALIER, J.: La nouvelle réforme des télécommunications: ruptures et continuités, R.F.D.A. 12(5), septiembre-octubre 1996, p. 909 y ss.

CHEVALLIER, J. (1987): "Le service public", PUF, París.

CHINCHILLA MARIN, C. (1996): "Servicio público. ¿crisis o renovación?, en Régimen Jurídico de los servicios públicos", E. Malaret, CJPJ, Madrid, pp. 59-98.

CHINCHILLA MARIN, C. (1988): "La radiotelevisión como servicio público esencial", Tecnos, Madrid.

DEVOLVÉ, P. (1985): "Service Public et Libertés Publiques", en Revue Française de Droit Administratif, núm.1 pp 1-11.

DE LA QUADRA SALCEDO, T. (1995): "Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

DUGUIT, L. (1928): "Traite de Droit constitutionnel", vol. II, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie., París.

DUMEZ, Hervé; JEUNEMAÎTRE, Alain: "Quels modèles de régulation pour les services publics?" en CHEVALIER, Jean-Marie; EKELAND, Ivan; FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dirs.): L'idée de service public est-elle encore soutenable?, PUF, Paris, 1999, pp. 64-80.

ERGAS, Henry, Competition Policy in Deregulated Industries, International Business Lawyer, 1995, pp. 305 y ss.

ERGAS, Henry, Monopoly and Competition in the Provision of Telecommunication Services, en Ergas/Okayama (coords.), Changing Market Structures in Telecommunications (OECD Conference, 1982), Amsterdam-Nueva York-1984.

ESTEVA MOSSO, **Carlos**, La compatibilité des monopoles du secteur des télécommunications avec les normes de concurrence du Traité CEE, Cahiers des Droits Européen, 1993, pp.445 y ss.

FERNANDEZ-SHAW BALDASANO, Félix, Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión, Madrid, 1978.

FARREL, Joseph, Creating Local Competition, Federal Communications Law Journal, 1996.

FCC (1994): "Price Cap Performance Review for Local Exchange Carriers", CC Docket No. 94-1, FCC, Washington DC.

GARLAND, Merrick B.: "Deregulation and judicial review", Harvard Law Review, n. 98, 1985, pp. 507-591.

GONZALEZ-VARAS, S. (Dir.): Los mercados de interés general, telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes: privatización, liberación, regulación pública y derecho de la competencia, Ed. Comares, Granada, 2001.

GRETEL (1998): "Competencia y Regulación en los Mercados de las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet", COIT, Madrid, pp. 219-235.

GRETEL: Gretel 2002: nuevo diseño europeo de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet, Colegio oficial de Ingenieros de Telecomunicaciones, Madrid 2002.

HALL, C.; SCOTT, C.; HOOD C.: Telecommunications regulation: culture, chaos, and interdependence inside the regulatory process, Routledge, London, New York, 2000.

HATZOPOULOS, Vassilis, "L'Open Network Provision", moyen de dérégulation, Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1994, pp.64 y ss.

HERGUERA, Iñigo, (con RODRÍGUEZ ROMERO), Regulación de las telecomunicaciones en la Unión Europea: competencia en servicios y redes. Información Comercial Española, Número monográfico sobre telecomunicaciones, noviembre 1995, pp. 9 y ss.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, "Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)", REDA, núm. 84, 1994, pp. 589-602.

KOEBEL, P., Deregulation of the telecommunications sector; a movement in line with recent technological advances, en MAJONE G. (ed.), Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and in the United States, Pinter Publishers, Londres, 1990, p. 110 y ss.

KRATTENMARKER, Thomas G., The Telecommunications Act of 1996, Federal Communications Law Journal, 1996, pp. 1 y ss.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos, Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho comunitario, Revista Española de Derecho Administrativo, oct-dic. 1995, pp. 491 y ss.

LONG, M (1995): "Service public, services publics: déclin ou renouveau", en Revue Française de Droit Administratif, vol. 11, núm. 3, pp. 497-503.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, La crisis de las telecomunicaciones, Madrid, 1989.

LÓPEZ-JURADO, Francisco de Borja, (con TRILLO-FIGUEROA), La regulación del sector eléctrico, Madrid, 1996.

LORO CHICO, Francisco José, Las Telecomunicaciones como servicio público, Madrid, 1986.

MAJONE, G. (1996): "Regulation Europe", Routledge, Londres, pp.18-19.

MARTÍN MATEO, R.: Liberalización de la economía. Más Estado, menos Administración. Ed. Trivium, Madrid, 1988.

MARTIN MATEO, Ramón, Revisión de la intervención pública en la economía española, Documentación Administrativa, 1989, pp. 291 y ss.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (1997): "La regulación económica en España", en "El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid, pp. 237-247.

MASUDA, "La sociedad informatizada como sociedad postindustrial", Madrid, FUNDESCO/Tecnos, 1984.

MESCHERIAKOFF, A.S. (1991): "Droit des services publics", Presses Universitaires de France, París.

MONTERO, J.J. (1996): "Titularidad privada de los servicios de interés general. Orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones", en Revista Española de Derecho Administrativo, núm 92, pp. 567-591.

MOPTMA: La liberalización de las telecomunicaciones en España, MOPTMA, Madrid, 1993.

MOPTMA: Aspectos fundamentales de la liberalización de las telecomunicaciones, MOPTMA, Madrid, 1994.

MUÑOZ MACHADO, S. (1998): "Servicio público y mercado. I. Los fundamentos", Civitas, Madrid.

NEGROPONTE, N., El mundo digital, Ediciones B, Madrid, 1995.

NOAM, Eli M., Telecommunication in Europe, Nueva York, 1992.

OCDE (1995): "Prices Caps for Telecommunications. Policies and Experiences", OCDE, París.

OFTEL (1992): "The regulation of BT's Prices" OFTEL, Londres.

PEREZ LUÑO, A. E., Nuevas Tecnologías, Sociedad y Derecho. El impacto socio-jurídico de las Nuevas Tecnologías de la Información, Fundesco, Madrid, 1987.

SORIANO GARCÍA, J.E., Desregulación, privatización y Derecho administrativo. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993.

STIGLER, J. George, La teoría de la regularización económica, en Bel (coord.) Privatización, desregulación y ¿competencia?, Madrid, 1996.

STIGLER, G. 1971: "The Theory of Economic Regulation", en Bell Journal of Economics and Managements Science, vol.2, núm 1, pp. 3-21.

TERCEIRO, J. B., Sociedad digital, Del homo sapiens al homo digitalis, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

UIT. The changing role of government in an era of telecom deregulation. December 1993.

TRUCHET, D. (1982): "Label de service public et statut du service public", en Actualité Juridique-Droit Administratif, vol. 1, pp. 427-439.

UNGERER, Herbert, European policies and regulation, Telecommunications Policy, dicembre 1992, pp. 712 y ss.

VILLAR ROJAS, Francisco José, Privatización de servicio públicos, Madrid, 1993.

WEISMAN, D.L., Asymmetrical regulation. Principles for emerging competition in local services market, Telecommunication Policy, 1994, pp. 499 y ss.

MODULO II

DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

MODULO II

DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Constituye, en cierto modo, el núcleo esencial del Curso Virtual, porque su alcance estriba en delimitar la regulación concreta de los contenidos de la ordenación para la competencia, también en una perspectiva general, aunque específica del sector de las telecomunicaciones propiamente dichas y que forma parte del contenido esencial de las leyes nacionales de telecomunicaciones y de sus correspondientes reglamentos.

El módulo abarca la problemática entera de la acción reguladora del Estado para el sector de las telecomunicaciones, en todas sus manifestaciones. Especial consideración ha de tener en este punto, junto a las realizaciones del Derecho comparado más sintomáticas, las que son propias del Derecho dominicano.

El Módulo se desarrolla en diez unidades que son las siguientes:

1) LOS OBJETIVOS, LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES Y LAS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES. Los caracteres del nuevo Derecho. Concepto y naturaleza. Estructura y contenido de las leyes nacionales de Telecomunicaciones. La reglamentación. Derecho dominicano de TC: génesis, evolución, caracteres y diagnóstico del marco regulatorio.

2) LOS SUJETOS. Los agentes de telecomunicaciones. Operadores de redes y prestadores de servicios. La fusión y concentración de empresas. Los requisitos y condiciones del régimen estatutario de los agentes. El estatuto del operador dominante. Los usuarios: el estatuto del usuario.

3) EL OBJETO DE LA REGULACIÓN. LAS ACTIVIDADES REGULADAS. LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES. Clases. Problemática de las actividades reguladas. Condiciones del establecimiento y operatividad de las redes. La protección de las redes. Las infraestructuras de TC. Equipos, aparatos y sistemas.

4) LAS ACTIVIDADES REGULADAS. LOS SERVICIOS. Clasificación. Régimen de los servicios.

5) EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN REGULADORA. EL ACCESO AL MERCADO. TÍTULOS HABILITANTES. Concesiones, licencias, autorizaciones. Naturaleza y régimen jurídico. Contenido y vida de títulos habilitantes.

6) EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN REGULADORA. RÉGIMEN DE ACCESO E INTERCONEXIÓN. La permanencia en el mercado y condiciones de operatividad. Preservación y defensa de la libre competencia.

7) EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN REGULADORA. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO. Carácter y naturaleza. El servicio universal: concepto, estructuración, prestación, financiación. Los Fondos multilaterales de financiación. Otras obligaciones de servicio publico en la perspectiva de la Sociedad Global de la Información.

8) EL CONTENIDO DE LA ACCIÓN REGULADORA. MANEJO Y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS ESCASOS. El espectro radioeléctrico. Concepto, naturaleza, régimen jurídico. El espacio público de numeración. Naturaleza y régimen. Infraestructuras y dominio viario. Acceso y compartición.

9) LOS ORGANISMOS REGULADORES. Perfil del Estado regulador. Estatuto de los organismos reguladores. Estructura, funciones, instrumentos. Control de los organismos reguladores. Los instrumentos de la acción reguladora. Potestades públicas y régimen de derecho privado.

10) LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

UNIDAD DIDACTICA 5
LOS OBJETIVOS, LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES Y LAS TÉCNICAS E INSTRUMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

I.- IDEA PRELIMINAR DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

II.- EL CONTENIDO POSIBLE DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

III.- LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DEL NUEVO DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA LEY.

IV.- LA FORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE TELECOMUNICACIONES.

V.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE TELECOMUNICACIONES.

VI.- FUENTES DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A.- Consideraciones generales.

B.- La Ley.

C.- El Reglamento.

D.- Instrucciones y circulares.

VII.- SOBRE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

I.- IDEA PRELIMINAR DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN.

En una primera aproximación, el Derecho de las Telecomunicaciones estaría constituido por aquella rama del ordenamiento jurídico que tiene por objeto específico la regulación u ordenación de las telecomunicaciones en su conjunto.

Las leyes nacionales de carácter sectorial, delimitan su alcance en torno a la definición, pudiéramos decir que universal, de las telecomunicaciones.

> Se entiende por telecomunicación, según la formula estereotipada de la UIT transcrita en casi todos los ordenamientos jurídicos "toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos"
>
> Mucho más simple y escueto es el concepto que se contiene en la Ley Dominicana 153-98: "La transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético".

En todo caso, en la definición de telecomunicación se contienen tres elementos básicos configuradores:

- Una forma de comunicación que implica en su consecuencia la emisión, la transmisión y la recepción de la información.
- Una comunicación realizada por medios y elementos técnicos precisos, como son el hilo, la radioelectricidad u otros sistemas electromagnéticos.
- El objeto de la comunicación que está conformado por diferentes signos y señales de todo tipo.

Dejando señalada la amplitud de la definición transcrita, el ordenamiento de las telecomunicaciones en su vertiente nacional se reconduce hacia la fijación de su alcance por medio de la delimitación de actividades en áreas concretas que son objeto de regulación.

De este objeto se excluyen determinadas actividades que, no obstante su carácter inequívoco de telecomunicaciones, no son consideradas bajo el prisma del interés legislativo. Tal sería la exclusión que se hace normalmente en relación a los servicios de difusión, en lo que concierne a su aspecto de medios de comunicación social. En este sentido frente a la definición común o básica de telecomunicaciones, en la fijación conceptual del Derecho que ahora estamos analizando se pone el énfasis en las concretas actividades que son el objeto de la Ley.

Desde diferentes perspectivas de técnica legislativa, las actividades de telecomunicaciones se reconducen bien a través de las categorías de servicios, bien indistintamente a través de las categorías de redes, servicios y equipos y sistemas de telecomunicación que son los tres apartados básicos en que se concretan las telecomunicaciones en su conjunto.

> La Ley dominicana 153/98 claramente alude a los tres tipos de actividades que fijan y marcan el alcance de la Ley: La instalación, mantenimiento y operación de redes, la prestación de servicios y la provisión de equipos de telecomunicaciones.
>
> Pese a ello, la técnica la técnica legislativa utilizada en el Derecho dominicano prosigue haciendo de los servicios el objeto central de la reglamentación.
>
> En el Derecho español, el objeto y contenido fundamental de la Ley General de Telecomunicaciones se cifra en las dos categorías de prestación de servicios y explotación de redes de comunicaciones electrónicas, según dispone la reciente ley General de Telecomunicaciones, 32/2003 de 3 de

Noviembre, los cuales se explotan en régimen de libre competencia a tenor de lo dispuesto en el título II de la Ley. No obstante, fuera de estas dos grandes categorías se regula en extenso lo concerniente a equipos sistemas y aparatos de telecomunicaciones.[1]

Pese a ello debemos dejar también señalado que es el objeto mismo del Derecho de Telecomunicaciones el que determina sus propias características y la ampliación y extensión de lo que en cada momento haya de ser entendido como actividades, en un sentido amplio, de telecomunicaciones. La fórmula amplísima de la definición general alberga ***ad cautelam*** cualquier ampliación extensión o transformación de las mismas en un entorno político, tecnológico y estructural esencialmente dinámico y cambiante.

II.- EL CONTENIDO POSIBLE DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TI.

Pero ya en la propia definición retenida quedan traslucidos los problemas jurídicos que implican tomas concretas de posición por parte del ordenamiento:

- Por tratarse de una comunicación, se despliegan y ejercitan toda una serie de derechos y libertades que conforman el estatuto jurídico fundamental de los procesos de comunicación. En tanto en cuanto es comunicación quedan implicados los derechos o libertades de expresión, derecho a la información y a ser informados y a mantener dichos derechos y valores constitucionales en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho.
- La alteridad de la comunicación implica a priori la presencia de múltiples relaciones jurídicas entre los sujetos -actores que llevan adelante las diversas actividades en que finalmente se materializan las telecomunicaciones. Estas relaciones jurídicas son tanto de Derecho privado, de conformidad al principio básico de autonomía de la voluntad y de los derechos y libertades inherentes a una conceptualización de libre mercado, como relaciones de Derecho público mediante el ejercicio de potestades atribuidas a los órganos que aparecen investidos con competencias para la aplicación del ordenamiento, en su sentido más amplio.
- Las telecomunicaciones constituyen una industria y como tal, susceptible de explotación. La comunicación que está en la base del concepto dado permite a priori un elenco variado de posiciones políticas al respecto acerca de la intervención del Estado y otros poderes públicos en la ordenación y explotación de las telecomunicaciones. Semejante intervención ha producido ya a lo largo de la historia diversos sistemas con ideas básicas, principios y contenidos sustancialmente diferentes.
- Por su propia naturaleza, las telecomunicaciones han tendido siempre -y aún más en el presente- a rebasar el marco territorial de los Estados nacionales. La dimensión internacional, o supranacional por el trasvase de competencias y soberanía de los Estados hacia organizaciones de este tipo, como asimismo la intrínseca necesidad de cooperación y colaboración entre Estados, plantean inequívocamente los aspectos internacionales, en

1.- El paquete de Directivas comunitarias de 2002 utiliza el término de comunicaciones electrónicas, como comprensivo de la explotación de redes y prestación de los servicios de telecomunicaciones tras el fenómeno de la convergencia. La recientemente publicada Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones -como se indica en su Exposición de Motivos- prefiere seguir utilizando el término de telecomunicaciones que para dicha ley es mas amplio que el de comunicaciones electrónicas, justamente en tanto que abarca también el régimen de homologación y control de equipos y aparatos.

su más amplio sentido, de las telecomunicaciones, con todas sus consecuencias. Esta afirmación aparece tanto más afianzada en el momento presente marcado por la globalización y la superación progresiva de los marcos territoriales como ámbito de aplicación de la Ley.

- Las tecnologías de la información asociadas a las telecomunicaciones han hecho avanzar sin duda alguna al género humano en unas cotas de progreso y bienestar realmente impensables en cualquier periodo de tiempo atrás. Pero al mismo tiempo han servido para poner en entredicho y reforzar la posibilidad de vulnerar intereses legítimos y bienes jurídicos especialmente consagrados en los ordenamientos jurídicos. La necesidad de proteger esos valores y principios ha hecho surgir una nueva problemática jurídica que es un referente común en los debates actuales para la ordenación y regulación de los nuevos sistemas y servicios basados en las redes y servicios transfronterizos.

III.- LOS PRINCIPIOS Y OBJETIVOS DEL NUEVO DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN LA LEY.

Las leyes generales de telecomunicaciones parten claramente del enunciado de los nuevos principios que condicionan el sistema de ordenación.

A.- EN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español la Ley 1/1998, General de Telecomunicaciones constituía hasta hace muy poco tiempo la ley marco y básica para todo el sector, desarrollada por numerosos reglamentos y otras disposiciones normativas. La LGTEL obedecía a los principios constitucionales de libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, sin perjuicio de la intervención del Estado respecto de aquellos servicios reservados en función del art. 128.2 de la Constitución. La regla general era y es la de la libre competencia bajo la rúbrica genérica de la configuración de las telecomunicaciones como servicios de interés general, en cuya categoría primaría a priori el carácter negativo, por entender, en una declaración de principio, que las telecomunicaciones no son ya servicios públicos en el sentido formal y constitucional del término. Construir el lado positivo de esos servicios de interés general en el marco concreto de las telecomunicaciones es la tarea a la que se aprestan, entre otros, la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho comunitario europeo.

La Ley General de Telecomunicaciones de 1998 ha sido derogada por la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre, que se ha promulgado en virtud de la normativa comunitaria constitutiva de la nueva ordenación correspondiente al paquete de la Revisión 99 y de las Directivas de 2002.[2]

2.- Como dice la Exposición de Motivos de la Ley “se trata de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y, finalmente, la Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea”.

La legislación básica de telecomunicaciones se complementa, con el exacto lugar que ocupan en la jerarquía normativa, por los tratados internacionales de carácter específico o general que afectan al sector y a los que se remite expresamente la propia Ley General de Telecomunicaciones.[3] Y ello con independencia del derecho comunitario en su versión originaria o derivada según las características señaladas de este ordenamiento de aplicabilidad directa y primacía sobre los derechos nacionales.

Otras leyes tienen incidencia sobre el sector de telecomunicaciones, bien por expresa determinación de la ley, como son las relativas al sector audiovisual y que permanecen vigentes en lo que concierne a estos medios en su carácter de comunicación social, como otras leyes generales y que inciden particularmente en algunos de los elementos que integran el sector de telecomunicaciones. En este sentido cabe contemplar la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, La Ley Orgánica de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o la Ley Orgánica de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

La LGTel, como decimos, constituye un instrumento normativo de aplicación general y pro-futuro, de manera que contiene los principios y elementos sustanciales del sistema de regulación, en transposición del Derecho comunitario europeo y tiene asimismo vocación omnicomprensiva para el sector. Las características propias del nuevo ordenamiento de las telecomunicaciones y las sucesivas transformaciones del Derecho comunitario no son, no obstante, circunstancias propicias para la estabilidad del marco jurídico general que pretende. Y en este sentido, una nueva ley general de telecomunicaciones ha sido aprobada en el 2003 siguiendo los planteamientos de un nuevo marco regulatorio preconizado desde las instancias europeas de conformidad a las nuevas Directivas aprobadas en el año 2002, según llevamos indicado.

Con arreglo a un postulado ya permanente en la legislación sobre telecomunicaciones, de este sector quedan fuera la radiodifusión, la televisión y las tecnologías de la información. La progresiva integración de los servicios y subsectores dentro del mega sector de las comunicaciones electrónicas, -y que es fiel trasunto del fenómeno de la convergencia no parece inquietar al legislador español, pese a la crítica unánime recibida, el cual prefiere seguir con la premisa del mantenimiento de la regulación por separado de los sectores del audiovisual, las telecomunicaciones y los servicios de la sociedad de la información.

Las nuevas leyes generales de telecomunicaciones que incorporan de una u otra manera, con mayor o menor alcance, el nuevo sistema de regulación suelen definir de manera clara los objetivos que enmarcan el nuevo régimen tras los procesos de liberalización sobrevenidos. La Ley General de Telecomunicaciones española establece estos objetivos, que pueden ser considerados como las piezas de identificación del sistema de regulación, en su Exposición de Motivos y en el art. 3. Básicamente estos principios u objetivos finales que sirven para clasificar e identificar el nuevo régimen son los siguientes:

1- Promover, adoptando las medidas oportunas, las condiciones de competencia entre los operadores de servicios con respecto al principio de igualdad de oportunidades, mediante la supresión de los derechos exclusivos o especiales.

3.- La nueva Ley española, General de Telecomunicaciones reproduce casi en su integridad los objetivos de la derogada ley de 1998, consolidando así el sistema de ordenación sobre los principios de libre competencia y de interés general que afianza y profundiza.

Este pudiera ser el objetivo fundamental de la Ley, sobre la base de los imperativos del Derecho comunitario y utilizando incluso su específica terminología. Se trata de promover, con todo lo que ello entraña, la libre competencia, mediante la supresión de los derechos especiales y exclusivos, es decir de los monopolios en la provisión de los servicios y redes de telecomunicaciones, y de forma inequívoca pues el principio de la libre competencia se incardina básicamente en el sistema mediante la sustitución y derogación expresa del régimen de servicio público que había sido una constante en la gestión de las telecomunicaciones españolas desde los albores de su implantación y desarrollo. El instrumento normativo determinante es pues la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, objeto de sucesivas modificaciones hasta llegar a la Directiva de competencia plena y la apertura total del sector en 1998.

2- Garantizar el cumplimiento de las referidas condiciones. Constituye un paso adelante en el camino hacia el establecimiento y consolidación de la plena competencia efectiva en redes y servicios. No se trata únicamente de eliminar las restricciones en el acceso y operatividad de los mercados, sino de garantizar -lo que equivale a la emergencia ***pari passu*** de un ordenamiento específico con ese fin- las condiciones de salvaguardia que garanticen el funcionamiento correcto y sin distorsiones de la competencia. Toda una serie de obligaciones y de situaciones jurídicas habrán de surgir en cumplimiento de esta genérica imposición de garantía de las condiciones de la competencia y que conforman el contenido básico de los elementos constitutivos del nuevo sistema de regulación.

3- Determinar las obligaciones de servicio público en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, en especial las de servicio universal, y garantizar su cumplimiento. Surge así uno de los elementos esenciales que es necesario contemplar en la conformación del sistema de regulación establecido en la Ley. La desaparición formal, en definitiva, del servicio público y de sus finalidades y reglas objetivas y materiales de funcionamiento, no significa el abandono de los imperativos propios de esta categoría jurídica y que han de alcanzarse en todo caso mediante el complemento, la sustitución o la integración en el sistema global de regulación para la competencia y el interés general.

   Las obligaciones de servicio publico, y en mayor medida las que se constituyen en torno a la idea del servicio universal, constituyen el remanente y la consecuencia de la desaparición del régimen del servicio público, cuyas obligaciones y objetivos reaparecen mediante la transformación en obligaciones impuestas a los agentes libres que operan en el mercado, bajo las condiciones generales de igualdad y de plena competencia efectiva.

   Particular importancia tienen en el orden relativo de las obligaciones las que se establecen en función de la protección de los usuarios y que transponen en suma al nuevo sistema los elementos materiales del servicio público formal.

4- Promover el desarrollo y la utilización de los nuevos servicios, redes y tecnologías cuando estén disponibles y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, de ciudadanos y entidades e impulsar la cohesión territorial, económica y social.

5- Hacer posible el uso eficaz de los recursos limitados de telecomunicaciones, como la numeración y el espectro radioeléctrico, así como la adecuada protección de este último.

6- Defender los intereses de lo usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de telecomunicaciones, en adecuadas condiciones de calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el del respeto de los derechos al honor, a la intimidad y al secreto de las comunicaciones y el de la protección a la juventud y a la infancia. A estos efectos podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de estos derechos.

B.- EN EL DERECHO DOMINICANO.

El capítulo II de la Ley 153/98 tiene por objeto fijar el alcance de los objetivos de la legislación.

Básicamente en cuanto al alcance, reflejado en el Art. 2, es significativo el hecho de que el objeto de la Ley se centre en los tres tipos de actividades que con carácter general hemos establecido en esta lección, y como contenido típico de la acción reguladora del Estado en el sector de las telecomunicaciones. La Ley constituye el marco regulatorio básico en la instalación, mantenimiento y operación de redes, la prestación de servicios y la provisión de equipos de telecomunicaciones. De forma separada, el objeto de la Ley se diversifica en torno a las tres grandes categorías de actividades que son a su vez objeto de la ordenación. Sin embargo, en lo que toca a la actividad reguladora sobre las redes, el claro alcance de la Ley no se compagina con la presencia de un régimen autónomo y diferenciado para esta categoría, al hacer de los servicios de telecomunicaciones el objeto central de la regulación. No obstante pensamos que no solamente por la expresión indubitada del art.2, como por la concordancia de este artículo con otros numerosos preceptos de la Ley, sería posible configurar la operación de redes como una de las grandes rúbricas de la legislación dominicana de telecomunicaciones, como, por otra parte, retener que es consustancial al sistema de regulación económica en competencia que llevamos analizado. Tanto la regulación del derecho de acceso a las redes de telecomunicaciones, como la obligación de interconectar que pesa sobre sus titulares según queda establecido en el título concesional; como asi mismo: los tipos de infracciones que tienden a proteger la red en sí misma; la presencia de operadores dominantes y la condenación del abuso de esta posición como un ilícito a erradicar; los derechos que asisten a los titulares de redes en cuanto gestores de servicios públicos para implantar red haciendo uso de las prerrogativas de expropiación forzosa e imposición de servidumbres como de utilización del dominio público etc., son todas ellas circunstancias que abonarían la existencia dentro del Derecho dominicano, con todas las limitaciones y cautelas que ello implica, de un estatuto jurídico diferenciado de las redes de telecomunicaciones.

En cuanto a los objetivos de la Ley el Art. 3 los enumera de la siguiente manera:

a) Reafirmar el principio de servicio universal. A través de o mediante tres mecanismos:

- La garantía del acceso a un servicio mínimo y eficaz de telefonía a precios asequibles, mediante el libre funcionamiento de los mercados y la utilización de los mecanismos previstos por esta Ley.
- La satisfacción de la demanda de los servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de libre competencia, asegurando la continuidad, generalidad, igualdad y neutralidad en la prestación de dichos servicios.
- El libre acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de transparencia y de no discriminación por parte de los prestadores y usuarios de los servicios de telecomunicaciones, los generadores y receptores de información y los proveedores de servicios de información.

De manera un tanto confusa se involucran dentro de este articulo los dos principios básicos que constituyen el eje vertebral de un sistema de regulación económica de los servicios de telecomunicaciones y que son, por un lado, el principio de libre competencia con todos sus derivados y secuencias y el principio de aseguramiento de prestaciones mínimas bajo la rúbrica o concepto básico del servicio universal.

Queda claro en consecuencia la concurrencia de un régimen propio del servicio público en lo que toca a la aplicación de sus reglas materiales (continuidad, generalidad, igualdad y neutralidad) dentro de las condiciones generales de libre competencia.

Tales son los dos principios vertebradores de todo el sistema. Los demás objetivos de la Ley se incardinan como derivados o consecuencia de estos dos grandes ejes que son los objetivos finales de la Ley y del sistema de regulación dominicano. Así por ejemplo, es la libre competencia la que exige, según hemos visto, el libre acceso a las redes y los servicios públicos de telecomunicaciones como uno de los presupuestos de funcionamiento del nuevo sistema de regulación y que se desarrolla mediante obligaciones concretas imputables a los operadores o agentes de telecomunicaciones. Igualmente de este principio básico de competencia se infiere: la garantía del derecho del usuario a elegir el prestador de servicio de telecomunicaciones que a su criterio le convenga (Art. 3 c); el principio de libertad de prestación de todo tipo de servicios públicos, incluida la libertad de construcción y operación de sistemas y facilidades, respecto de los titulares de concesiones obtenidas de acuerdo a la Ley (Art. 3d); la promoción de la participación en el mercado de prestadores con capacidad para desarrollar una competencia leal, efectiva y sostenible en el tiempo.

b) En cuanto al segundo de los principios, constitutivo de obligaciones propias del servicio público y para la satisfacción inmediata del interés general, la Ley proclama como objetivos la garantía del servicio universal, la satisfacción de la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones, la garantía del derecho del usuario de elegir (al margen o sustituyendo el juego libre del mercado, cuando este sea insatisfactorio o deficiente respecto del interés jurídico tutelado específicamente).

Estos dos principios básicos de la legislación sitúan al ordenamiento dominicano, aún a pesar de sus carencias o insuficiencias de desarrollo en algunos aspectos, dentro de las coordenadas propias de un auténtico sistema de regulación económica para la competencia y la satisfacción del interés general.

Lo dicho tiene importancia, desde el momento en que estos principios -y otros de carácter mediato o en desarrollo de los que básicamente constituyen el eje nuclear de la regulación- tienen atribuida la funcionalidad de principios interpretativos de las disposiciones que contienen el ordenamiento general de las telecomunicaciones. Tanto la Ley como las disposiciones reglamentarias, como los actos normativos o particulares dictados en aplicación de este ordenamiento han de interpretarse y aplicarse de conformidad a estos principios.

Correlativamente, el control jurídico sobre las decisiones del órgano de regulación y de todos aquellos otros intervinientes en el proceso de ordenación y explotación de las telecomunicaciones versará sobre la aplicación, en tanto que inspiradores de todo el sistema, de los parámetros así enunciados. Tienen en consecuencia el carácter y la eficacia propia de las normas jurídicas concentradas y de los conceptos jurídicos indeterminados, de indudable eficacia en el desarrollo, la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento.

c) Entre los objetivos de la Ley se señala también específicamente, la creación del órgano de regulación que ejercerá las funciones del Estado en lo que concierne a la regulación y fiscalización de las modalidades de prestación (f del Art. 3 de la Ley). El órgano regulador es dentro del sistema dominicano sectorial de las telecomunicaciones, como en la inmensa mayoría de ordenamientos diseñados por los mismos objetivos, finalidades y técnicas jurídicas, una pieza esencial. Su carácter de independencia, imparcialidad y eficacia le son atribuidos directamente por la Ley tanto a nivel de fijación de principio regulatorio como de desarrollo de estas premisas, en el capítulo XII.

d) Por último, es objetivo destacado de la Ley “el garantizar la administración y el uso eficiente del dominio público del espectro radioeléctrico” (g Art. 3).

Aunque no sea frecuente en el panorama del Derecho comparado elevar a la categoría de objetivo primordial de la Ley la garantía de la administración y de uso eficiente de este recurso escaso, no cabe duda que la importancia del mismo dentro de un sistema avanzado tecnológicamente de explotación de las telecomunicaciones y en función así mismo del compromiso adquirido por el Estado en la optimización de la gestión de este recurso en el seno de la sociedad de la información justifica plenamente su inclusión como objetivo fundamental de la Ley. No obstante, tal afirmación de principio deberá ser seguida y desarrollada por la puesta en vigor de un estatuto adecuado, atento a la evolución y transformación de las tecnologías y a la demanda y multiplicación creciente de servicios, de este aspecto tan prioritario en las telecomunicaciones actuales como es el espectro de frecuencias radioeléctricas. Faltaría únicamente el que la garantía se extendiese a otros recursos limitados de telecomunicaciones como son la numeración o el uso de infraestructuras de telecomunicaciones y que forman ya parte del contenido regulatorio prototípico de las telecomunicaciones actuales y sobre los que confluyen el interés de los ordenamientos y de los particulares y agentes del sector en su más amplia consideración.

IV.- LA FORMACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE TELECOMUNICACIONES.

El ordenamiento sectorial se va formando, de manera general, al hilo de las transformaciones del Estado y de la configuración de sus fines y de sus relaciones en torno a la sociedad. El desarrollo de las tecnologías en la actualidad, por otra parte, produce de inmediato una verdadera eclosión en la demanda de servicios, que junto a otras razones que dejamos justificadas en otro lugar, ha sido causa del formidable cambio acaecido en la época contemporánea y de la progresiva sustitución de sistemas ordinatorios por otros nuevos orientados hacia el mercado.

Con escasas diferencias, al menos significativas, la formación del ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones transcurre en el mundo a través de cinco fases bien delimitadas:

1- **Fragmentación inicial en cuanto a la explotación y régimen jurídico aplicable.** El servicio telefónico y el telegráfico en su versión de servicio abierto al público se configuran como servicios esencialmente urbanos y bajo régimen de gestión, tanto pública como privada, sin monopolio, en un primer momento. La dispersión en la gestión y los riesgos inherentes a la fragmentación de las redes y sistemas suscita la primera inquietud en cuanto al sentido, razón y alcance de la transformación y evolución de los sistemas de ordenación.

2- **Progresión hacia la consolidación del monopolio en las telecomunicaciones.** Tanto por razones de soberanía, como estratégicas, políticas, o propiamente económicas y estructurales, cual la doctrina del monopolio natural, el hecho significativo a retener se cifra en la evolución hacia un régimen de unidad en la explotación bajo la versión del monopolio. Bien dentro de la idea-fuerza del servicio público, bien bajo la consideración de un puro monopolio de hecho, la ordenación de las telecomunicaciones giró en torno a esta idea fundamental. La gestión fue organizada -y la regulación sigue este esquema- en base a determinaciones de carácter público, tanto en la reglamentación del servicio público y de sus principios cardinales como en el régimen de precios tarifas y control de beneficios en los monopolios de hecho que marcaron la época de la regulación norteamericana.

3- **Desmonopolización y transición hacia un sistema de mercado.** Tras el inicio de los procesos de liberalización y privatización de las telecomunicaciones en lo que toca a la formación del marco jurídico, los diferentes países empezaron a delimitar y conformar un nuevo marco regulatorio basado en un esquema de transición hacia la libre competen-

cia. Es el caso notable de aquellas Leyes de Telecomunicaciones como son por ejemplo la LOT Española de 1987 o la francesa de 1990 y en cierta medida las Leyes Británicas de 1981 y 1984, las que pueden considerarse como leyes que inician el cambio hacia un nuevo sistema de regulación. Fundamentalmente, en torno a un sector mixto con actividades sujetas a monopolio y otras en competencia, la transición hacia un nuevo modelo dió lugar a la eclosión de diversos instrumentos normativos tanto en el plano internacional (OMC) como en el supranacional (UE y Comunidad Andina) y en el plano nacional mediante nuevas leyes tanto generales como especiales de telecomunicaciones que incorporan ya el nuevo modelo de regulación. Es la época de la generación de los servicios satelitales, servicios móviles y de valor añadido que dan lugar a subordenamientos especiales dentro del ordenamiento común y general nucleado todavía en torno a la idea del monopolio o exclusividad en redes públicas o servicios básicos de telecomunicaciones.

4- **Establecimiento de un marco regulatorio propio de una libre competencia efectiva.** La etapa de transición evolucionó por su propio peso hacia la consolidación, en mayor o menor medida, del marco regulatorio para la competencia efectiva. Esta época también dió lugar a nuevas realizaciones normativas en el plano de las entidades internacionales y supranacionales (sobre todo en la Unión Europea) y desembocó en una nueva oleada de leyes nacionales y sus correspondientes desarrollos reglamentarios que conformaron de nuevo el Derecho de las telecomunicaciones sobre nuevos principios y contenidos.

5- **Implantación y desarrollo de la Sociedad Global de la Información.** El impacto imparable de las tecnologías de la información, el cambio de los escenarios políticos y estructurales de las nuevas sociedades post industriales, las transformaciones asimismo del rol del Estado en relación a la sociedad, como, finalmente, la necesidad de implantar, construir y desarrollar una Sociedad Global de la Información o del conocimiento, replantean bajo nuevas exigencias y contenidos el Derecho de las telecomunicaciones en el momento presente. El Derecho en general y el ordenamiento específico de las telecomunicaciones y las TI en particular, reconducen los objetivos y las técnicas apropiadas para alcanzarlos dentro de esas nuevas coordenadas. En pocas palabras, el Derecho está al servicio de la sociedad de la información en marcha, en orden a tutelar la expansión de las fuentes de la información y el acceso masivo, igualitario y creciente de los ciudadanos a esas fuentes como uno de los contenidos esenciales de la nueva ordenación. Nuevos retos y necesidades dirigidos a garantizar seguridad jurídica a los diferentes actores que pueblan el universo de la sociedad comunicacional, se ha traducido ya en nuevas Leyes e instrumentos normativos que se dirigen específicamente a tutelar los derechos viejos y nuevos, a corregir las deficiencias de una libre competencia incompleta, a regular, garantizando igualmente seguridad, el comercio electrónico y las nuevas manifestaciones de la propiedad intelectual e industrial surgidas por el ejercicio de los nuevos servicios, y más particularmente, los servicios multimedia e Internet, para ir construyendo un universo en continua expansión y remodelación.

V.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE TELECOMUNICACIONES.-

Todas estas circunstancias señaladas contribuyen al deslinde de una serie de caracteres que personalizan el ordenamiento de las telecomunicaciones como un ordenamiento realmente singular. Entre estas características podemos señalar las siguientes:

1- **Un ordenamiento cambiante.** No es únicamente la evolución constante de las tecnologías cuyas aplicaciones no cesan de extenderse y perfeccionarse en nuestro mundo. Es la propia dinámica estructural del mercado y de la libre competencia las que imponen un

ritmo realmente acelerado en las progresivas transformaciones del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. Las sucesivas fases, grosso modo indicadas anteriormente, dan cuenta cabal de este carácter dinámico, evolutivo y cambiante de las telecomunicaciones. Apenas se consolida una cota en la progresión de los sistemas de ordenación y sus respectivas regulaciones, es necesario alcanzar otras que aparecen en el horizonte como consecuencia de la aparición de nuevos problemas o nuevas necesidades de tipo regulatorio. Este carácter evolutivo o cambiante del Derecho de telecomunicaciones se presta para identificar otra de sus características: la flexibilidad y la adaptabilidad a las concretas situaciones producidas por el cambio acelerado. La reglamentación debe ser hecha con prudencia so pena de caer rápidamente en la obsolescencia normativa. Las leyes generales de telecomunicaciones deben adoptar el carácter de leyes marco y todo el ordenamiento se ha de prefigurar como jerarquizado y descentralizado al objeto de asumir y asimilar los cambios, sin detrimento de la seguridad jurídica que es la base de la estabilidad de todo sistema, en definitiva. Este carácter cambiante obedecería asimismo a los propios parámetros del sistema para la regulación de la competencia y el interés general y delimita bien claramente, en nuestro entender, el carácter y naturaleza de la acción reguladora del Estado, proclive a concretar y dar respuestas actualizadas a los objetivos generales que nuclean el ordenamiento. El carácter de “ajuste”, que es propio de la regulación, traduce bien a las claras el carácter cambiante y adaptable del Derecho de las telecomunicaciones en función de su entorno y de las exigencias que le son inherentes.

2- **Ordenamiento sectorial.** El Derecho de las telecomunicaciones únicamente contempla la regulación de este sector, como es obvio. Trátase de una regulación específica -que la jerarquización normativa- traduce en la consideración de ser un Derecho especial. Esto no obstante, a causa de la progresiva expansión de su objeto, como por la incidencia de otros ordenamientos, tales que el Derecho de la competencia o los derechos de los usuarios, en cierta manera se puede considerar al Derecho de las telecomunicaciones como un Derecho en el que convergen una multiplicidad de ramas y ordenamientos sectoriales que delimitan y conforman su objeto y contenido. Este carácter ilustra bien claramente el sentido de la regulación que pesa sobre el sector y la justifica en base a las circunstancias específicas en las cuales se desenvuelve el sector de las telecomunicaciones. Son estas características las que reclamarían una regulación asimismo específica para el sector y con independencia y al margen de la aplicación del ordenamiento común. Así por ejemplo en materia de derecho de la competencia y de los derechos de los usuarios, como decimos, y que abocaría en algunos casos a una acumulación de regímenes normativos.

3- **Un Derecho común y general, en sus líneas esenciales.** Pese a todo, -el Derecho de las telecomunicaciones es actualmente un derecho de características, contenido, principios y estructuras muy semejantes en todos los países como consecuencia de varios factores. Entre ellos la comentada y muchas veces denostada globalización que impone soluciones idénticas o similares a los mismos problemas que surgen más allá de las fronteras. Por otro lado, por la influencia de ordenamientos e instancias uniformizadoras de los derechos territoriales de telecomunicaciones, como sería el caso de la OMC o de la UE. No puede asombrarnos en consecuencia que con unas u otras variantes, con unos u otros ritmos, asistamos en el momento presente a la eclosión y consolidación de lo que bien pudiera denominarse el Derecho común de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y que incorpora en consecuencia contenidos muy similares en todas las latitudes. Así acontece respecto de los elementos esenciales de la acción reguladora en materias tales como el acceso al mercado, las obligaciones de servicio público, el manejo y administración de recursos escasos y el régimen de interconexión, por ejemplo. En la misma línea, preciso es no olvidarlo, la presencia e influencia de instancias internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional son elementos que ayudan a extender la uniformización del Derecho de las telecomunicaciones en nuestro mundo.

Como tampoco hay que olvidar que la interdependencia tecnológica entre países es también un factor de peso indudable en el acercamiento entre legislaciones y la eclosión de un derecho común, si se quiere, o multinacional de las telecomunicaciones.

4- **Ordenamiento extenso, complejo y detallado.** El Derecho de las telecomunicaciones tiene vocación omnicomprensiva siendo en consecuencia un ordenamiento extenso, complejo y detallado. Extenso, en razón de la creciente expansión de las tecnologías de la Información y de la demanda de nuevos servicios y aplicaciones; complejo, en tanto que incorpora constantemente nuevos contenidos en función del desarrollo de los mercados como de la propia Sociedad, orientada hacia la Información y el Conocimiento; detallado, por cuanto los desarrollos de las tecnologías, los mercados, los servicios y las necesidades de la información exigen planteamientos rigurosos y un escalonamiento en la labor de producción de normas y de su aplicación.

5- **El Derecho de las telecomunicaciones es un ordenamiento principial o fuertemente vertebrado por principios.** En el sentido de que aparece fuertemente penetrado por principios de carácter estructural y técnico que lo vertebran, dan sentido, inspiran y constituyen parámetros para la interpretación y aplicación de las normas en él contenidas. No aludimos aquí a la categoría de los principios generales del Derecho en tanto que fuentes del Derecho aplicables por igual y con sentido general a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto. La precisión que establecemos aquí es la de que el nuevo Derecho de telecomunicaciones, las leyes, reglamentos y normativa que lo componen en cada momento, pese a su carácter proteico obedece a una serie de objetivos previamente marcados en la Ley y a una serie de principios, igualmente formulados en las leyes, que sirven para legitimar, guiar y, a la postre, controlar las distintas aplicaciones que de él se hagan en el terreno de los hechos concretos.

   El nuevo sistema incorporado en el ordenamiento sectorial, básicamente en todas partes, obedece a o persigue la implantación de una libre competencia efectiva, que se erige así como el máximo principio de ordenación y regulación. Articulado con él, el principio de satisfacción, en todo caso, de los intereses generales o principio de servicio público objetivo, funcional o material es el segundo de los grandes principios vertebradores de todo el sistema plasmado en el ordenamiento sectorial.

   Sin perjuicio de estos dos grandes principios, el ordenamiento contiene otros más específicos y concretos que modelan las instituciones y son parámetros de referencia para la interpretación y aplicación de las normas.

   Por los antecedentes y características que llevamos examinados y que son atribuibles a los actuales ordenamientos de telecomunicaciones fácilmente se extrae la consecuencia de que estos principios adquieren una relevancia notoria en la aplicación de las normas. Por tratarse de un ordenamiento compuesto por normas técnicas -y en una gran medida también por causa de la constante transformación de las tecnologías y de las propias normas técnicas- la flexibilidad y adaptabilidad en consecuencia del Derecho aplicable a situaciones y circunstancias de por sí cambiantes, estimula la presencia y operatividad de esos principios como elementos consustanciales al sistema de ordenación.

   La Ley de la R.D. 153/98 enumera alguno de estos principios que forman parte ya del acervo común de las telecomunicaciones actuales:

   - **Principio de continuidad** por el cual “el servicio debe prestarse en el área de concesión sin interrupciones injustificadas”.
   - **Principio de generalidad:** Por el principio de generalidad, el servicio debe prestarse en el área de concesión, a quien lo requiera y esté en condiciones reglamentarias, técnicas y económicas de acceder a él.
   - **Principio de igualdad:** Por el principio de igualdad, el servicio debe prestarse sin dis-

criminaciones de precio y calidad al público en general. Las categorizaciones de los usuarios que se hagan deberán tener fundamento razonable y no ser arbitrarias a criterio del órgano regulador.

- **Principio de neutralidad:** Por el principio de neutralidad, el servicio debe prestarse teniendo en cuenta sus propios condicionamientos, sin distorsionar mediante discriminación o arbitrariedad el funcionamiento de otros mercados.
- **El principio de transparencia:** Se entenderá por principio de trasparencia el que las operadoras ofrezcan los servicios en condiciones tales, que todos los posibles usuarios puedan tener conocimiento previo de todas y cada una de las condiciones técnicas y económicas relacionadas con sus prestaciones.

A esta lista preciso es añadir otros principios informadores en la aplicación del ordenamiento y que no aparecen de forma explícita en las normas pero que tienen indudable presencia en las instituciones. Entre ellos los criterios de acción reguladora consignados en el Art. 92 de la Ley equivalentes a la mínima regulación y máximo funcionamiento del mercado, debiendo actuar el órgano regulador de modo tal que los efectos de sus decisiones equiparen los de una competencia leal, efectiva y sostenible en los casos en que ella no exista.

Como también el principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones o los derechos de defensa de los interesados en el marco de los procedimientos en que se adoptan decisiones en aplicación del marco regulatorio general.

Los principios revisten una particular importancia en la aplicación de este ordenamiento singular y constituyen conceptos jurídicos indeterminados o normas condensadas de gran eficacia jurídica a la hora de plasmar los objetivos generales de la Ley y los reglamentos de telecomunicaciones. Como decimos, son instrumentos que inspiran la regulación y son catalizadores, al propio tiempo, del control jurisdiccional ejercido sobre las decisiones adoptadas por los diferentes aplicadores, dentro de su ámbito y esfera de actuación respectivos.

6.- **Ordenamiento interdisciplinar.** Por el tipo de los bienes jurídicos que tutela, los objetivos y finalidades de la Ley, los instrumentos que manejan, los soportes tecnológicos que constituyen objeto de la regulación, como por el juego de las diferentes situaciones jurídicas contempladas y nucleadas en torno al concepto básico de telecomunicación, el Derecho de las telecomunicaciones es fundamentalmente un derecho interdisciplinar. Preciso es tomar nota de este carácter por cuanto sobre él confluyen tanto disciplinas ajenas al mundo específico del Derecho entre las que cabe contar las relativas a la ciencia económica o a las tecnologías y que confluyen armoniosamente en un mismo marco de regulación y de aplicación (el contrato de interconexión es un paradigma de confluencia de disciplinas guiadas por un mismo fin), como en el aspecto estrictamente jurídico, pudiendo advertirse en su variado contenido normas de derecho administrativo, de derecho de obligaciones, en su aspecto civil y mercantil, de derecho penal, internacional, público o privado, constitucional o fiscal. En todos ellos se proyecta la especifidad del medio para producir respuestas originales a los problemas planteados o que pueden surgir.

7.- **Confluencia de ordenamientos sobre las telecomunicaciones.** La telecomunicación posee ***vis attrativa*** sobre otros ordenamientos de carácter general o sectorial, que adquieren una especial configuración dentro del mismo. Nos referimos a la aplicación del Derecho general de competencia, del Derecho de los consumidores y usuarios, del Derecho de la propiedad intelectual e industrial, del Derecho de la informática y otros que, por la especial trascendencia del fenómeno de la telecomunicación y por el nivel de materialización que esos ordenamientos comportan en el ámbito de las telecomunicaciones, contribuyen sin duda alguna a facilitar la aplicabilidad del ordenamiento sectorial. Pero

que también obligan a planteamientos de deslinde entre unos y otros, sumamente complejos en ocasiones. Los conflictos eventuales de aplicación provocados por la confluencia de competencias concurrentes de órganos administrativos investidos de potestades de aplicación de estos ordenamientos es moneda común en la práctica y desarrollo del nuevo Derecho de las telecomunicaciones.

VI.- FUENTES DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y DE LAS TI.

A.- CONSIDERACIONES GENERALES.

Algunas características ya señaladas del ordenamiento de telecomunicaciones ilustran particularmente sobre el sistema de fuentes. Trátase de un Derecho fundamentalmente escrito, en el cual escaso papel desempeña, al menos en principio, la costumbre en su sentido genérico.

No obstante preciso es traer aquí a colación la presencia, cada vez más insistente y expansiva en la regulación de las actividades de telecomunicaciones y de las tecnologías de la información, de normas de origen extraestatal, conformadas por usos y otros tipos de normas de carácter corporativo, emanadas, en un amplio sentido, de la sociedad de los agentes y operadores de las telecomunicaciones en sus variados aspectos.

Justamente, la expansión y desarrollo de las tecnologías y de los servicios y actividades propios de la Sociedad de la Información, el comercio electrónico y el desarrollo sin precedentes de lo que ha sido denominada la economía digital, ha replanteado sobre nuevas bases el sistema de producción de fuentes estatales en la materia. Una plaza considerable de la autorregulación a través de la implantación de normativas no estatales o de origen internacional material, como serían la denominada lex elettronica, como singular remedo o aplicación en el ámbito concreto de las tecnologías de la información, de la ***lex mercatoria***. Los principios **UNIDROIT**, las leyes modelo sobre comercio electrónico o propiedad intelectual, etc., son otras tantas manifestaciones de esta emergente sociedad productora de normas, que propician las nuevas tecnologías y el declinar, en esos ámbitos, de las normas de origen estatal. Sin embargo y pese a todo el sistema de fuentes sigue estando predominantemente regido por la norma estatal, en su más amplio sentido: en su aspecto nacional, por la Ley, los reglamentos y las normas o instrucciones con carácter general y abstracto emanadas de los órganos de regulación en el ejercicio de sus competencias. Y en el orden internacional, por las normas contenidas en los Tratados o Convenios internacionales y aquellas otras que derivan o proceden de órganos con competencia de producción de normas jurídicas reconocidas, como sería el caso de las entidades supranacionales en la producción del denominado derecho derivado.

B.- LA LEY.

La ley es la norma estatal por antonomasia e instrumento básico del Derecho de telecomunicaciones. De hecho, en los últimos diez años en casi todos los países se ha procedido a aprobar leyes de telecomunicaciones de carácter general que materializan el cambio sobrevenido y que disciplinan el sector bajo los nuevos principios de vuelta al mercado y satisfacción en todo caso del interés general inherente a las telecomunicaciones en su conjunto.

1.- Características.

Algunas características de la Ley en el marco sectorial específico en que nos encontramos deben de ser señaladas:

- **Reserva de Ley.** Es una frecuente disposición constitucional la que determina el rango de la norma general y abstracta emanada del Poder Legislativo o con rango equiparable, como instrumento normativo para las telecomunicaciones.

  La reserva de Ley puede ser establecida directamente por el ordenamiento constitucional o inferirse de los contenidos sobre los que se proyecta. Tal acontece cuando se procede a la declaración formal ***(publicatio)*** de determinadas actividades como servicios públicos o cuando se afecta al ejercicio de los derechos fundamentales en sus más variadas acepciones. La definición de un modelo económico para las actividades objeto de regulación, como por otra parte, la incidencia del ejercicio de derechos y libertades públicos que implica el proceso comunicacional, las afectaciones sobre bienes y recursos asignados al Estado, la incidencia en la esfera de los derechos de la personalidad o de la esfera patrimonial de los ciudadanos, etc., son otras tantas circunstancias que exigen rango de ley para la ordenación de las telecomunicaciones.
- **Ley general o ley marco.** Considerado el ordenamiento de telecomunicaciones como sistema general, pero de carácter sectorial, es frecuente que la ley adquiera la connotación de ley general para el sector o ley marco que contiene las decisiones esenciales, los principios de ordenación y la estructura básica de regulación de las telecomunicaciones. Pero al propio tiempo también es necesario tener presente que, sin perjuicio de su generalidad para el sector, la ley es también especial, con el sentido derogatorio del derecho común que esta particularidad entraña. El ordenamiento específico regulatorio derogaría así o complementaría específicamente los ordenamientos generales confluyentes, dándose el caso de una acumulación aplicativa de ordenamientos, como acontece por ejemplo en materia de defensa de la competencia o de derecho de consumidores o usuarios, o de propiedad intelectual en sus múltiples aspectos.

2.- Objeto de la Ley.

Por cuanto llevamos expuesto es normal contenido de la Ley el establecer los principios básicos de ordenación del sector y del régimen de su explotación. Resulta pues inevitable que la Ley regule los instrumentos y técnicas jurídicas de todo orden al servicio de los objetivos y principios generales que la estructuran y legitiman. Las actividades en que se concretan las telecomunicaciones en su sentido general, redes, servicios y sistemas de equipamientos constituyen así objetivo directo y sustancial de la Ley de Telecomunicaciones.

3.- Vigencia de la Ley.

El ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones, como cualquier otro, se enfrenta a priori con la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación. Por un lado, la aplicación de la Ley y del ordenamiento en general en el espacio; por otro, la aplicación de la Ley en el tiempo o establecimiento de un derecho transitorio. Uno y otro, al margen de su planteamiento general como ámbitos de aplicación de la Ley, presentan particularidades que se extraen de las características de las telecomunicaciones y que dan lugar a ciertas matizaciones en el entendimiento de este orden de cuestiones.

a) La aplicación de la Ley en el espacio.

El ordenamiento jurídico de las telecomunicaciones es, como decimos, un ordenamiento estatal. En consecuencia, su ámbito de aplicación es territorial. Con carácter general los ordenamientos extranjeros serán aplicables en la medida que el Derecho nacional así lo disponga, bien por la conclusión de Tratados o Convenios Internacionales, bien por reenvío o expresa decisión de aplicabilidad por las normas de conflicto internas.

Sin embargo, aunque sólo sea en síntesis, hay que señalar que esta vigencia espacial de la ley de telecomunicaciones ha de matizarse en el contexto de dos circunstancias, al menos, que inciden sobre la esfera de la aplicabilidad de la Ley en el espacio:

- El carácter connaturalmente transfronterizo de la comunicación, que se revela sobre todo en el campo de la emisión – recepción en los servicios de difusión, lo que implicaría el rebase en principio del marco geográfico estatal en la aplicación de los ordenamientos y el planteamiento de un debate permanente entre la política de cielos abiertos frente a la configuración estatal.
- La proyección global y transfronteriza de las redes y sistemas de telecomunicaciones y la superación del marco estatal por las tecnologías de cable y radioeléctricas en el ámbito extranacional, como serían las redes de satélite, submarinos o de microondas.
- La progresiva eliminación del marco estatal como productor de normas jurídicas como consecuencia de la implantación y desarrollo de las nuevas tecnologías, especialmente puesto de relieve a propósito de Internet y de los servicios emnarcados en su entorno, los denominados servicios de la Sociedad de la Información
- La existencia de ordenamientos jurídicos no estatales, que superan el marco normativo espacial y jurisdiccional de los Estados ante la necesidad de otorgar respuestas globales a los problemas planteados por las nuevas tecnologías en sus respectivos ámbitos de actuación.

Todo ello contribuye sin duda a dar un tinte de originalidad o de matización al principio tradicional de la vigencia espacial del ordenamiento de las telecomunicaciones. No obstante, con ello no pretendemos abandonar el criterio todavía vigente de la preponderancia nacional en la delimitación del ámbito espacial en la vigencia de la Ley y que será necesario coordinar o armonizar con las manifestaciones de incidencia que propician las nuevas tecnologías.

b) Vigencia de la Ley en el tiempo.

La ley tiene vigencia a partir de la fecha de su publicación, como previene el derecho común general. La Ley no alcanza en sus efectos a situaciones anteriores a su vigencia (principio de irretroactividad) salvo que la propia Ley determine lo contrario. Excepcionalmente pueden admitirse periodos de ***vacatio legis***.

No existen razones o condiciones que impongan un planteamiento diferente para la vigencia de la Ley en el ordenamiento sectorial. No obstante una serie de observaciones deben de ser hechas en razón a la peculiaridad, en ciertos aspectos, del marco regulatorio específico que la Ley contiene. Una especial consideración debe tenerse acerca del derecho transitorio, por colisión de dos ordenamientos en presencia, y con situaciones jurídicas y normas a caballo de los dos sistemas normativos, el antiguo y el vigente.

Las Leyes nacionales de telecomunicaciones en la última etapa de construcción del ordenamiento, enfrentan el problema fundamental de un Derecho transitorio con el objeto de adecuar los

actos y contratos producidos en aplicación del antiguo ordenamiento a la nueva situación creada por el vigente. Teniendo en cuenta que las respectivas situaciones contempladas por las respectivas leyes que se suceden en el tiempo pueden ser antitéticas entre sí, así como la entidad y la importancia de los intereses en presencia, podemos colegir que no resulta fácil diseñar un modelo en el que ni sufran quebranto los derechos adquiridos en condiciones legítimas, ni se eluda la aplicación del nuevo régimen. El paso del monopolio al mercado es de suficiente trascendencia como para que el Derecho transitorio se plantee con singular importancia y dificultad a la hora de establecer el equilibrio entre los derechos adquiridos al amparo de la ley anterior y los condicionantes y principios de la ley actual.

El problema ha sido de especial magnitud en aquellos ordenamientos en los que, como consecuencia de las nuevas leyes, se han derogado los derechos especiales o exclusivos que ostentaban los legítimos titulares al amparo de la ley derogada. El respeto debido a sus derechos no debe, en buena lógica, entorpecer el advenimiento y consolidación del nuevo ordenamiento que hace tabla rasa, precisamente, de esos derechos para instaurar progresivamente una libre y efectiva competencia.

Las situaciones de derecho transitorio son, consecuentemente, en telecomunicaciones y en el presente momento de adaptación de los sistemas, un punto realmente delicado. Son de cuatro tipos los problemas que generalmente subyacen en un planteamiento correcto del Derecho transitorio. Por un lado, el relativo a la adaptación en sí mismas de las situaciones jurídicas anteriores en todos sus aspectos y particularmente en lo que concierne a la naturaleza, contenido y efectos de los títulos habilitantes, al nuevo régimen legal. En segundo lugar, lo que afecta a la determinación de que, si el cambio, que supone una alteración del equilibrio económico de los títulos habilitantes, ha de ser indemnizable. En tercer lugar, la necesidad de introducir graduación en los ritmos transitorios de aplicación del nuevo Derecho para que no resulte traumático o contraproducente la implantación del nuevo régimen. Y por último, la valoración de los denominados costos de transición- de carácter tarifario, fundamentalmente- hacia la libre competencia y su indemnizabilidad en todo caso.

Respecto del primero de los problemas planteados las leyes nacionales contienen un número notable de disposiciones transitorias mediante las cuales se contemplan todas y cada una de las situaciones jurídicas existentes producidas al amparo de la legislación anterior y que constituyen el objeto de las normas del Derecho de transición. Son varias las situaciones, tanto las que derivan de la eficacia de los títulos habilitantes, como de los derechos o expectativas en procedimientos en curso, como por la vigencia de reglamentos y otras normas de carácter inferior a la Ley.

Los Derechos transitorios suelen introducir a la vez los principios de respeto a los derechos adquiridos y de ineluctabilidad del cambio legal, sobre la base de una obligación de transformar o de revisar dichos títulos para adaptarlos a la nueva situación.

> A este respecto la disposición transitoria primera de la **LGTEL** española es bien explícita cuando determina en su número 3 la conservación de la eficacia de los títulos habilitantes más significativos (sobre redes y servicios básicos) en los términos establecidos en la Ley derogada y la necesidad de transformación de esos títulos en los correspondientes de la nueva Ley en un periodo de seis meses desde su entrada en vigor. En todo caso ningún título seguirá teniendo plena efectividad en este punto.[4]
>
> Con análogo sentido y alcance aunque limitado a las concesiones otorgadas con anterioridad a la dominicana Ley 153/98, el Art. 119 de la misma incluye una disposición transitoria por la que “el órgano regulador ajustara a sus disposiciones las concesiones vigentes, otorgando los actos correspondientes. Este proceso de ajuste se realizará manteniendo las concesiones para todos los servicios otorgados y estableciendo la igualdad entre concesionarios respecto del alcance de las concesiones”.

El cambio de un sistema a otro no lleva aparejada en principio la indemnización. Bien por expresa disposición de la ley, como es el caso de la LGT española, bien por estar previsto y contenido en los títulos concesionales válidos a la hora de entrada en vigor de la nueva ley (supuesto del contrato de concesión entre Telefónica y el Estado de 1992), bien por consideraciones derivadas de la inexistencia de perjuicio indemnizable, o por los esperados beneficios de la libre competencia, bien en suma por la denominada irresponsabilidad del Estado legislador, el denominador común es la no indemnizabilidad por este hecho del cambio de un sistema de monopolio a otro, dentro del Derecho europeo.

Ello no es obstáculo a que durante un cierto periodo de la transición en que se complete o avance la libre competencia efectiva, ciertos desequilibrios estructurales de carácter tarifario, que implican un déficit de explotación en los operadores amparados por un título anterior a la vigencia de la Ley, deban ser eliminados como condición previa a la promoción y mantenimiento de una libre competencia. Es el caso muy frecuente del denominado rebalanceo tarifario con la finalidad de eliminar o paliar el déficit de acceso y que da lugar a disposiciones de carácter transitorio o adicional en las leyes de telecomunicaciones. No obstante, su naturaleza no es la puramente compensatoria o indemnizatoria sino la propia del establecimiento de un marco adecuado al nuevo régimen de competencia y de igualdad de los agentes ante las cargas públicas, como principio general del Derecho Público.

> Como ejemplo de este tipo dejamos consignado en la disposición transitoria primera número 6 d párrafo 5 de la LGT de 1998 “a los efectos de garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de los titulares.... se podrán también adoptar medidas reequilibradoras en relación con la aplicación de las tarifas asimétricas, según lo previsto en él articulo 28 de la Ley y en la disposición transitoria cuarta, la cual atribuye a un órgano del Gobierno la potestad de fijar transitoriamente precios fijos máximos y mínimos en función de los costes reales de la prestación del servicio y del grado de concurrencia de operadores en el mercado, como igualmente para establecer recargos transitorios sobre los precios de interconexión para cubrir el déficit de acceso causado por el desequilibrio actual de las tarifas hasta que estas se reequilibren...”
>
> De análoga manera el Art. 120 de la Ley dominicana 153/98 establece el rebalanceo tarifario disponiendo la orientación de los precios al público del servicio telefónico local de la primera línea residencial conforme a costos. En su virtud encomienda al órgano regulador la ejecución de este mandato y al Poder Ejecutivo el nombramiento de una “comisión asesora para el rebalanceo tarifario” adscrita al órgano regulador para “proceder, dentro de plazos determinados, al ajuste de tarifas y siguiendo para ello las instrucciones de estudios y recomendaciones presentados por la Unión Internacional de Telecomunicaciones”.

C.- <u>El Reglamento.</u>

El reglamento es la norma de carácter general y abstracto de carácter inferior a la Ley y emanada del Poder Ejecutivo. Una legislación como la de telecomunicaciones, de carácter eminentemente profuso y cambiante como hemos señalado, e inevitablemente expansiva, hace amplio uso del Reglamento como fuente de producción jurídica. Los reglamentos son así el aspecto más notable, al menos desde el punto de vista cuantitativo, de la moderna legislación de telecomuni-

4.- La nueva Ley General de Telecomunicaciones española ha eliminado los títulos habilitantes para explotar redes y prestar servicios de comunicaciones electrónicas, sustituyéndolos por la mera comunicación de los operadores al órgano de regulación, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, asumiendo los requisitos y condiciones establecidos por los reglamentos de desarrollo. (art. 6.2 de la LGT), asistiendo al órgano regulador la competencia de admitir dicha comunicación o rechazarla por no reunir los requisitos establecidos. (art. 6.3).

caciones. La propia configuración de las Leyes sobre el sector como leyes marco o generales y la necesidad de su desarrollo o implementación, junto con la presencia de los órganos de regulación en la aplicación y adaptación del ordenamiento, hacen del reglamento el instrumento normativo por excelencia en la complementación del sistema de regulación actualmente imperante.

Con todo y señalar esta particularidad, no necesariamente privativa del sector de las telecomunicaciones, la propia estructura y contenido de la norma básica contenida en la Ley y su configuración como mandato o mensaje general para alcanzar los objetivos del sistema, hacen que en muchas ocasiones los reglamentos se constituyan de hecho en auténticos reglamentos independientes. La deslegalización es así moneda corriente en la construcción de los sistemas normativos de las modernas telecomunicaciones con todo lo que ello entraña de riesgo en el juego habitual de los poderes del Estado y del principio de la división de poderes y consiguiente merma de la seguridad jurídica en general.

Los reglamentos de telecomunicaciones son de variado contenido, y obedecen en la práctica, a dos criterios de elaboración: por un lado los reglamentos por división subsectorial de servicios o actividades. De esta forma tendremos reglamentos de servicio telefónico fijo, móviles, transmisión de datos, valor añadido, etc. Por otro el criterio de los llamados reglamentos técnicos, que incluyen el ***modus operandi*** de prestación y las características y especificaciones técnicas propias de cada servicio y los reglamentos denominados de prestación, de carácter eminentemente jurídico y que se orientan a la regulación completa de las relaciones jurídicas que se establezcan entre los prestadores y los usuarios de los servicios. En tercer lugar, los reglamentos pueden producirse en atención a un criterio transversal, esto es, no ya tanto por servicios o ramas de actividad, como por conjuntos o categorías comunes a las mismas. Tal es el caso de la actual reglamentación de los países europeos en los que existen reglamentos sobre títulos habilitantes, sobre interconexión y acceso, sobre los recursos limitados, o sobre el servicio universal.

El criterio reglamentario ha de ser consecuente con la propia técnica legislativa adoptada, aunque en la práctica puedan coexistir reglamentos transversales con reglamentos subsectoriales, como sería en todo caso el supuesto de la legislación dominicana en la que son apreciables reglamentos sobre interconexión, protección al usuario etc., junto a reglamentos de servicios específicos.

D.- Instrucciones y circulares.

El ordenamiento de telecomunicaciones utiliza también como fuente las denominadas instrucciones, circulares o reglamentos propios de los organismos de regulación en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley. En aquellos sistemas constitucionales en los cuales la potestad reglamentaria es un atributo en exclusiva del Poder Ejecutivo y de la Administración Central jerarquizada, la existencia de una potestad reglamentaria en manos de las Administraciones de regulación puede llegar a constituir un serio problema de orden constitucional. En efecto, se cuestiona tanto la legitimidad y procedencia de esta potestad reglamentaria en manos del regulador, como, en el supuesto de admitirla, la determinación de su posición respecto a la de los reglamentos emanados del titular constitucional del poder reglamentario. Como tenemos expuesto en otro lugar, este problema, de indudable calado por afectar al reparto constitucional de poderes, ha sido objeto de sentencias y decisiones a cargo de los órganos judiciales o de justicia constitucional que tienen encomendado el control de la constitucionalidad de las leyes y que han dado primacía al reglamento emanado del poder constituido, por regla general, y como no podía ser de otra manera dentro del juego de poderes que representa el vigente Estado de Derecho.

Las circulares, instrucciones o reglamentos emanados de los órganos de regulación son necesarios al proceso de aplicación del sistema de regulación, por afectar a un número indeterminado de destinatarios y plasmar así el ejercicio de la potestad expresa o tácitamente atribuidas por la ley.

La condición para conciliar utilidad con legitimidad constitucional estriba únicamente en situarles con carácter subordinado y complementario a los reglamentos en sentido propio y siempre que se ejerzan en el ámbito expresa y específicamente determinado por la Ley.

En el Derecho dominicano tal problema no existiría desde el momento que se concibe al órgano de regulación como destinatario en exclusiva de la potestad reglamentaria como claramente consigna el Art. 78 a): "elaborar reglamentos de alcance general y dictar normas de alcance particular, dentro de las pautas de la presente Ley". Lo cual puede ser determinante a los efectos, en primer lugar, de la legitimidad de la potestad reglamentaria, tanto de carácter general como de alcance particular (distinción de difícil aplicación o por lo menos problemática) y su carácter subordinado a la Ley, en todo caso, como es propio del auténtico reglamento como fuente del Derecho.

La potestad reglamentaría se extendería a la regulación de "aquellos servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al usuario". Con independencia de su redundancia, puesto que la potestad reglamentaria del órgano regulador, ha de ser reconocida con carácter general e indiscriminado por la letra "a" anteriormente reseñada, existiría una dificultad añadida de interpretación del termino "regular ". ¿Es sinónimo reglamentar de regular? Pensaríamos que sí, teniendo en cuenta el contexto.

VII.- SOBRE LA AUTONOMIA DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La doctrina por lo general se ha mostrado cautelosa a la hora de otorgar autonomía científica a la disciplina que abarca el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información.

Desde una posición bien identificada se sostiene que el sistema de regulación contemplado no es más que un apartado del Derecho Administrativo. Son sus principios, sus técnicas, sus instituciones más clásicas y reconocibles las que se encuentran en los desarrollos y aplicaciones del nuevo Derecho de telecomunicaciones que emergen tras los procesos de liberalización. Tomando como base la natural y consecuente mutabilidad del Derecho Administrativo para encontrar títulos válidos e idóneos de intervención en los supuestos de habilitación legal, las pretendidas novedades que incorporaría el Derecho de las Telecomunicaciones no serían sino el trasunto de una adaptación a las nuevas circunstancias concurrentes, pero no una eliminación a priori de las categorías y procedimientos clásicos. Los cambios de sistema desde la posición del servicio público a los de libertad de acceso y permanencia en el mercado y la imposición de obligaciones en pro de la categoría de los servicios de interés general, como otras especialidades del nuevo Derecho, no constituirían una base para atribuir un carácter autónomo a la disciplina desarrollada y expresada en función de principios, técnicas e instituciones de nuevo cuño. La remisión recurrente a las técnicas propias del Derecho Administrativo, como mera técnica instrumental, patente en algunos casos, como el del Derecho español en el que rige con caracter supletorio la ley de Contratos de las Administraciones Públicas para actividades autorizadas mediante licencia individual en el tenor de ley de 1998 o la misma conformación del servicio universal y otras obligaciones del servicio público, reforzarían aún más esta adherencia natural del Derecho de las Telecomunicaciones al Derecho Administrativo.

Desde otra posición, aunque en una perspectiva opuesta, otro sector pone de relieve el progresivo vaciamiento y abandono de las técnicas del Derecho administrativo por los contenidos del Derecho Mercantil, en general y del Derecho de la Competencia en particular. Cabe en fin argüir que el Derecho de las telecomunicaciones, máxime en su fase expansiva y cambiante que cono-

cemos, presenta un carácter heterogéneo insusceptible de encasillar en una u otra categoría jurídica, pero al propio tiempo inhábil por si misma para sustentar una consideración autónoma del Derecho examinado.

Sin negar, por otra parte, la pertinencia de estos u otros planteamientos, acentuada si cabe por la necesidad de encuadrar los sistemas jurídicos de regulación post – liberalización dentro de las coordenadas constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho, no debemos pasar por alto algunos elementos que permiten al menos aventurar la hipótesis de un tratamiento diferenciado y consecuente del sistema jurídico de la regulación para la competencia y la satisfacción del interés general.

Ya de por sí el impacto de las tecnologías de la información y su proyección e incidencia sobre la transformación o acomodación de las técnicas jurídicas a los nuevos principios, como por el cambio ideológico y estructural del Derecho Administrativo por los nuevos títulos de competencia de los que aparece investida la Administración reguladora, como por la distorsión de categorías tales como los títulos habilitantes o el dominio público en su versión de espectro radioeléctrico o espacio público de numeración, como, en definitiva, por la justificación, funcionamiento y control de las autoridades de regulación, son otras tantas razones y circunstancias que invitan a reflexionar y a admitir, dentro de los limites del caso, la legitimidad de proceder a un examen y un tratamiento conjunto y unitario del Derecho de las telecomunicaciones y las comunicaciones electrónicas. Fenómenos como el de la convergencia, o el de las transformaciones estructurales por la intervención de medios electrónicos, son de por sí elementos suficientes para entender como posible -el tratamiento autónomo, en relación a su objeto, de esta pujante rama del ordenamiento jurídico.

La progresiva penetración de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas que disciplinan el sistema de mercado, con todas sus consecuencias, como la evolución en la posición del usuario y la defensa efectiva de sus derechos o los nuevos planteamientos en cuanto al ejercicio de las potestades públicas en materia de regulación etc, son otros tantos puntos de vista que coadyuvan a tratar científicamente las instituciones que derivan de los nuevos planteamientos del Derecho ante las tecnologías y la Sociedad de la Información.

De hecho, tanto en el Derecho administrativo como en cualquiera de las ramas en cierto modo implicadas en torno al concepto de telecomunicaciones y de comunicaciones electrónicas se ha producido ya una notable transformación. La sociedad informacional reclama nuevos escenarios para el desarrollo de las técnicas e instituciones de Derecho, en consonancia o derivadas del propio impacto de las tecnologías y de los servicios y aplicaciones de las mismas en la nueva revolución tecnológica-informacional.

Como tampoco habría que exagerar la presencia absorbente del Derecho de la Competencia como aglutinador a favor de una mercantilización de las relaciones jurídicas establecidas por el nuevo Derecho de las telecomunicaciones, desde el momento en que es detectable la existencia de amplias configuraciones de una regulación ***ex ante***, mediante la imposición de obligaciones, cargas y situaciones jurídicas del más variado signo, bajo parámetros y condiciones distintas a la aplicación del puro Derecho de la competencia en general y avalado por la pervivencia de elementos estructurales en el sector de las telecomunicaciones que reclaman el amplio despliegue de potestades de intervención pública y que conforman hoy por hoy el acervo de la acción reguladora en que se plasma el contenido del Derecho de las telecomunicaciones en su conjunto.

El Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información o de las comunicaciones electrónicas es un derecho pluridisciplinar que proyecta su indiscutible riqueza de contenidos en varios ámbitos jurídicos, que no es posible subestimar y que pasamos a enumerar:

- Derecho internacional público para las relaciones establecidas entre Estados o entre éstos y las organizaciones internacionales en relación al objeto del sector.
- Derecho internacional privado en el que el despliegue de las nuevas técnologías y de Internet como paradigma de la convergencia ha supuesto ya un desdibujamiento del factor geográfico territorial como ámbito de aplicación del Derecho y la emergencia, bien de un Derecho de origen consensual y auténticamente internacional y específico, bien la eliminación progresiva de los criterios de conexión físicos como técnica habitual en las normas de colisión ante leyes y jurisdicciones concurrentes.
- Derecho penal en tanto que nuevos bienes jurídicos y valores deber ser protegidos con la máxima energía propia de los tipos penales. Como también por la necesidad de incorporar una adecuada defensa de los derechos fundamentales que se ejercen a través del proceso comunicacional y que pueden ser deteriorados o menoscabados por la incontestable potencia de las nuevas tecnologías.
- Derecho fiscal en cuanto a la posibilidad de que el cambio electrónico produzca alteraciones en la configuración de conceptos básicos como el de establecimiento permanente o de residencia de hecho imponible como objeto de la potestad tributaria, así como el deslinde de tasas y contribuciones establecidas en función del desarrollo y de la autonomía financiera de las actividades en manos de las Administraciones reguladoras.

Por otra parte, esta visión en cierto modo compartimentada de un Derecho de telecomunicaciones atento a la regulación de servicios, redes y otros aspectos, en una perspectiva preconvergente, sería insuficiente si no dejásemos consignada la tendencia a ordenar de manera unitaria en todos sus aspectos el nuevo Derecho de la regulación económica en el sector de las telecomunicaciones. La eliminación de las fronteras entre el audiovisual y las telecomunicaciones o la informática que proclaman y reclaman los servicios de la Sociedad de la Información da cuenta de la inutilidad del esfuerzo en mantener reductos inasequibles a las transformaciones estructurales, sociales, políticas y, en definitiva, jurídicas, que el nuevo talante de la sociedad informacional establece.

Ello constituiría quizás una razón suplementaria para la consideración separada de los problemas y de las soluciones arbitradas para este nuevo Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información.

UNIDAD DIDÁCTICA 6
LOS SUJETOS Y AGENTES EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

INTRODUCCION

I. LOS SUJETOS DE TELECOMUNICACIONES. CAPACIDAD Y TIPOLOGIA

A.- CONDICIONES DE CAPACIDAD Y REQUISITOS PARA SU ACTUACION EN LOS MERCADOS.

B.- ATENCIÓN REGULATORIA SOBRE LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL DE LOS AGENTES.

C.- TIPOLOGIA DE LOS AGENTES DE TELECOMUNICACIONES.

II. EL OPERADOR DOMINANTE. EL ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE O CON PESO SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO.

A.- EL OPERADOR DOMINANTE EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

B.- CONDICIONES DE EXISTENCIA DE UN OPERADOR DOMINANTE Y JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DIFERENCIADA O ASIMÉTRICA.

1. La desigualdad de posiciones.
2. La posesión o control de las instalaciones esenciales que precisan otros operadores. Doctrina de las instalaciones esenciales o essential facilities
3. Necesidad de protección de nuevos entrantes.
4. Necesidad de garantizar equitativo uso y reparto de recursos escasos.
5. Necesidad de garantizar el servicio universal y otras obligaciones de servicio publico.
6. Configuración de redes abiertas y libre acceso.

C.- EL CONCEPTO Y DETERMINACION DEL OPERADOR DOMINANTE

1. Elementos de la definición.
2. Los criterios para su determinación.

   a).- Los criterios subjetivos.

   b).- Los criterios objetivos.

D.- LOS ÓRGANOS DE CALIFICACIÓN DE LOS OPERADORES DOMINANTES.

1. Los poderes de los organismos reguladores en la determinación de los operadores dominantes.
2. El control sobre los poderes de calificación de los organismos de regulación.

E.- EL ALCANCE DE LA DETERMINACION DEL OPERADOR DOMINANTE.

F.- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE.

G.- EL CONTENIDO DE LA SITUACION JURIDICA O ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE.

1. El carácter y alcance del estatuto del Operador dominante. La asimetría regulatoria.
2. Derechos y obligaciones del operador dominante.

   a) Obligaciones.
   b) Derechos.

H.- NATURALEZA DE LA POSICION DEL OPERADOR DOMINANTE.

III. LOS USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES.

A.- EL CAMBIO SOBREVENIDO EN LA POSICIÓN JURÍDICA DEL USUARIO.

1. El perfil del usuario en el sistema de servicio en monopolio.
2. Perfil del usuario en el sistema de libre competencia.
3. La posición jurídica del usuario en los diferentes sistemas de ordenación y explotación de las Telecomunicaciones.
4. La protección del usuario en el sistema de regulación para la competencia.
5. Clases de usuarios de telecomunicaciones.
6. El régimen de protección a los usuarios de telecomunicaciones.

B.- LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL DERECHO DOMINICANO.

INTRODUCCIÓN

Consideramos en esta lección a los diferentes sujetos o agentes que actúan en el sector de las telecomunicaciones. Son aquellos que operan las redes y prestan los servicios o que consumen finalmente los productos de la comunicación elaborados por aquellos. Por un lado tendríamos a los productores en sentido lato y por otro a los usuarios y consumidores, como respecto de cualquier otro producto en el mercado.

Bajo el régimen del monopolio, por definición, la producción de bienes se hace bajo el principio dominante de la concentración de las industrias de la telecomunicación. Pero bajo el régimen de mercado los agentes productores proliferan a medida del desarrollo de las tecnologías, las aplicaciones y los servicios.

En la fase actual de la explotación en libre competencia, el desarrollo de las tecnologías de la información y el paulatino incremento realmente asombroso de aplicaciones y servicios y de la combinación incesante entre ellos, la desintegración vertical y horizontal de redes y servicios, etc. y todo ello en el marco ya imprescindible de la globalización, han traído aparejada la multiplicación también asombrosa de los operadores y agentes del mercado que aprovechan la diversificación que las tecnologías brindan y las condiciones de mercado favorecen. Del reino de la unidad se ha pasado, casi sin notarlo, al régimen de la diversidad, en redes, en servicios, en empresas, en agentes, en tipos de usuarios, en inmensas posibilidades y utilidades, en fin.

Dado que, por otra parte, los diferentes sujetos o agentes traban entre sí relaciones jurídicas, a menudo complejas, para la producción, uso conjunto o integración de servicios y actividades en la cadena de valor de producción de los bienes y servicios de telecomunicaciones, resulta de todo punto justificada la importancia adquirida hoy por hoy por los actores y sujetos, los operadores y usuarios, para el Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. El fenómeno de la Convergencia y de la fusión progresiva de sectores, hasta hace escaso tiempo compartimentos casi estancos en el área de las Telecomunicaciones, alimenta el fenómeno de la pluralidad de agentes en el sector que explotan, bajo títulos jurídicos diversos, segmentos o aspectos parciales del megasector que hoy en día constituye el mundo de las Telecomunicaciones o de las comunicaciones electrónicas.

Es legítimo pues hacer una presentación de los diversos actores en el sector atendiendo a la índole de los negocios que desempeñan o desarrollan o los segmentos del mercado que ocupan. Existen operadoras de redes, prestadores de servicios, suministradores de contenidos, proveedores, en su más amplio y heterogéneo sentido, de los servicios de la Sociedad de la Información.

Existen agentes de telecomunicaciones entre los que cabe contemplar operadores de redes y prestadores de servicios, por un lado y usuarios por otra, y agentes del sector todavía separado de la Radio y Televisión o de los Servicios de la Sociedad de la Información con estatuto propio. La separación legal, que sin duda no traduce aún en toda su magnitud el fenómeno de la Convergencia, provoca la proliferación de agentes en todos los ámbitos y manifestaciones de la Sociedad de la Información

Los actores y sujetos deben ser analizados en función de su posición jurídica dentro del ordenamiento y en relación al mercado. Tomando asimismo como punto de partida las características esenciales del sector de las telecomunicaciones en un estadio de tránsito hacia o de consolidación de la competencia efectiva, el interés se centra en acusan a los actores en cuanto presentan rasgos definitorios que exigen un planteamiento y un desarrollo jurídico correspondientes a esta situación.

De esta manera, la explicación discurre por presentar de forma preferente al operador dominante o con peso significativo en el mercado que es resultado de la transformación del sector desde la perspectiva de un régimen de servicio público en monopolio a un régimen comandado en lo esencial por las reglas del mercado. La posición jurídica especial que ostenta -y que ha traído en consecuencia la imposición de una regulación asimétrica en muchos casos-, se resuelve en el estatuto de los operadores dominantes, comprensivo a su vez de derechos y de obligaciones específicas que dimanan de esta especial configuración de estos operadores dentro del sistema. Como asimismo la posición del usuario de los servicios de telecomunicaciones en todas sus manifestaciones y regimenes jurídicos de tutela y protección.

Por lo demás, la línea rectora de la exposición se simplifica, reteniendo de manera sistemática los elementos esenciales del régimen jurídico de los agentes y sujetos que intervienen en el sector de las telecomunicaciones. En primer lugar, la lección aborda los requisitos de capacidad y las calificaciones para la actuación de los agentes en los mercados y las distintas clasificaciones que de ellos se pueden establecer.

En segundo lugar la lección estará dedicada a analizar el estatuto del operador dominante como categoría que sirve para explicar muchas particularidades del régimen jurídico de las telecomunicaciones en competencia, al menos en el estadio actual de desarrollo de los mercados.

En tercer lugar, el examen versará sobre el estatuto del usuario de los servicios de telecomunicaciones, hacia el que, en definitiva van dirigidos los beneficios de la libre competencia, destinatario final sin duda de todo el sistema, pero cuya tutela es preciso asegurar al propio tiempo mediante técnicas adecuadas para la efectividad de los derechos que el ordenamiento le reconoce de forma amplia y progresiva. El estatuto del usuario es sin duda pieza esencial en la configuración del Derecho de las Telecomunicaciones y de las TI.

I. LOS SUJETOS DE TELECOMUNICACIONES. CAPACIDAD Y TIPOLOGIA

A. CONDICIONES DE CAPACIDAD Y REQUISITOS PARA SU ACTUACION EN LOS MERCADOS.

En régimen de competencia, progresivamente instalada en redes y servicios, el estatuto de los agentes de telecomunicaciones aparece dominado por el signo, en principio, de la libertad empresarial y de la flexibilización de los requisitos de entrada en el mercado. Y por el juego de alianzas y fusiones que la triple dimensión de la convergencia, la liberalización y la globalización propicia.

En principio pues los requisitos de entrada al mercado se vincularían a la capacidad que se deriva de la libertad de empresa, sin que existan razones especiales que limiten o condicionen el ejercicio efectivo de una facultad y un derecho primarios. Sin embargo, los ordenamientos exigen por lo general títulos habilitantes para operar en los mercados e imponen requisitos y condiciones generales de operatividad, por vía legal y reglamentaria, cuya verificación tiene lugar a través del otorgamiento de esos títulos por el Poder Público. Solo en contadas y excepcionales ocasiones no se exige tal título, por regla general, pero siempre ha de quedar acreditada la presencia de los operadores en los mercados, a través de la correspondiente inscripción en registros o por declaraciones comunicadas al órgano de regulación.

Esta circunstancia no debe hacer palidecer la intrínseca naturaleza y carácter de la ordenación de las telecomunicaciones en competencia, que parte de la existencia de auténticos derechos en los solicitantes, lo que confiere, como expresamos en otro lugar, una peculiar fisonomía, meramente autorizatoria, a los títulos para operar redes y prestar servicios.

En otros ordenamientos, por el contrario, las limitaciones a la entrada en los mercados se imponen como consecuencia del carácter constitutivo de los títulos (normalmente concesiones).

Los requisitos y condiciones para entrar y operar en los mercados se impondrían con carácter general y con carácter particular para cada tipo de redes o servicios a través de los reglamentos correspondientes, los pliegos de bases de los concursos o licitaciones o en el condicionado expreso de determinados títulos (como las licencias individuales en el derecho europeo en la etapa anterior, sustituidas por las autorizaciones generales).

Los ordenamientos prestan especial atención a los requisitos de los solicitantes que acrediten solvencia técnica o económica, o a las disposiciones que controlen y limiten participaciones de capital extranjero, o que reservan la actividad para los nacionales o integrantes de espacios geográficos determinados.

> En el derecho dominicano se exige con carácter general el requisito de estar constituido como persona jurídica nacional. Según art. 22 “para obtener licencias y concesiones se requerirá estar constituido como persona jurídica de la República dominicana”.
>
> Además, es exigible una calificación establecida con carácter general de conformidad al art. 23: “para acceder a una concesión para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, deberán reunirse las calificaciones que establezca la reglamentación, ya sean generales o eventualmente específicas para servicios determinados. El reglamento respectivo deberá prever, como mínimo, los requisitos técnicos y económicos necesarios, la presentación de proyectos y los compromisos y plazos de implementación”
>
> En el derecho español, ningún requisito especial de capacidad era exigido para la provisión de autorizaciones generales, salvo la asunción por el interesado de las condiciones que se estableciesen reglamentariamente para cada tipo de redes y servicios y previa comprobación de los requisitos que se determinasen en la misma. (Art. 11.1 LGT).[5]

Un mayor rigor en cuanto a los requisitos concurrentes en el interesado se manifestaba respecto de las licencias individuales, las cuales se otorgaban de forma reglada, previa la acreditación por el solicitante del cumplimento de los requisitos exigibles para su concesión y la asunción por él de las condiciones generales establecidas reglamentariamente. (Art. 16 párrafo primero LGT 1998).

Especiales problemas interpretativos se planteaban en relación a la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (art. 21.2 LGT) en cuanto al régimen de las concesiones para la gestión de los servicios públicos a las licencias individuales, y particularmente en lo relativo a la convocatoria de la licitación, al pliego de bases que deba aprobarse y a la adjudicación, a la modificación, a la extinción y a la formalización de los títulos habilitantes. Precepto que es repetido en la Disposición Adicional segunda de la ley.

Ello suponía transferir el régimen de este tipo de otorgamiento de títulos y la exigencia de requisitos que afectaban en principio a la capacidad de los interesados y que eran propias de los contratos de las Administraciones Publicas. Lo que obligaba a un sutil juego interpretativo para trasplantar, legítima e idóneamente, un régimen fuera del contexto para el que fue establecido.

B. ATENCIÓN REGULATORIA SOBRE LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL DE LOS AGENTES.

Dos elementos más llaman la atención del legislador en este epígrafe: el relativo al control sobre las alianzas y fusiones, que pueden afectar negativamente a la capacidad de obrar de los interesados, como consecuencia de la vulneración de los principios de libre competencia y la vigilancia en las operaciones de participación de capital y en la estructura de las empresas agentes de telecomunicaciones.

El primero de los temas señalados afecta al control sobre las fusiones y alianzas bajo la impronta del Derecho de la competencia, según el alcance de los mercados relevantes y puede operar como requisito previo para la operación en los mercados por parte de los grupos constituidos o que se vayan a constituir. El segundo, implica el control del regulador sobre la estructura de las empresas, que se cifra en estrictas obligaciones en cuanto a la separación contable de actividades, el desglose de costos por elementos de negocio ***(unbudling)*** y la prohibición de subsidios cruzados, en aplicación y salvaguardia de los principios de neutralidad, imputación de costos a actividades internas y de no discriminación frente a terceros, que es el correlato del principio de la orientación general a costos que impone una libre competencia efectiva.

Esto no sería más que la consecuencia de la influencia que en la estructura empresarial de los operadores ejerce la desintegración de actividades producto a su vez de la convergencia. Si, normalmente, los operadores se integran en grandes grupos- lo que se denomina corporativización, que sitúa la toma de decisiones estratégicas en un núcleo reducido y que supone la separación de actividades en empresas filiales o participadas por líneas de negocio correspondientes- el Derecho de la regulación económica y el Derecho de la competencia general exigen obligaciones de estructuración contable que aseguren el cumplimiento de esos principios de separación y la presencia de la transparencia en la toma de decisiones empresariales y la efectividad del control que se ejerza sobre ellas.

5.- La supresión de títulos habilitantes para el acceso al mercado de las telecomunicaciones por parte de los operadores no exime de la exigencia de requisitos, de carácter general y objetivo, según determine el desarrollo reglamentario La falta de estos requisitos genéricos podrá acarrear la no admisión de las comunicaciones por parte del órgano regulador.

C. TIPOLOGIA DE LOS AGENTES DE TELECOMUNICACIONES.

Ante el panorama de la diversidad, que es fruto de la competencia- y en mayor medida cuando ésta se consolida- no resulta cómodo establecer una tipología de los agentes de telecomunicaciones que operan en los mercados. Habrá tantos como segmentos del mismo sean objeto de explotación o como actividades y servicios puedan llevarse a cabo.

Consecuencia de la digitalización, tantas veces aludida, la cadena de producción de las telecomunicaciones ha sufrido una desintegración de actividades, que aprovechan los distintos operadores en el mercado. De forma general cabe concebir esta cadena como constitutiva de diversos segmentos del mercado, desde el simple transporte, la provisión de acceso y la multiplicidad de aplicaciones y de combinaciones entre ellas que dan lugar a los diferentes servicios. La estructura, el número y las estrategias consecuentes de los agentes se establecerán en función de la posición que ostenten en los mercados, la presencia de economías de escala o las barreras de entrada, o la capacidad convergente de las tecnologías en integrar o separar los procesos productivos.

No obstante estas apreciaciones de carácter general, pueden estableces algunos tipos de agentes en el mercado de las telecomunicaciones de la manera que sigue:

1- Agentes públicos y privados.

Aludiendo aquí al criterio, no tanto de la titularidad publica de la propiedad de las empresas, que tiende a desaparecer ante la vuelta a los mercados y las coordenadas privadas de la nueva ordenación, sino al hecho de que determinados agentes proveen auténticos servicios públicos de telecomunicaciones (en los ordenamientos que así lo retienen todavía, aunque sean en competencia) o respecto de determinados servicios públicos principales de los que los de telecomunicaciones son parte integrante o auxiliar, tales como seguridad marítima o aérea, servicios culturales o de educación, investigación etc.).

2- Agentes que gestionan actividades frente al público y agentes u operadores privados.

Los primeros gestionan las redes y servicios disponibles frente a terceros y constituyen el núcleo principal de operadores de telecomunicaciones. Los segundos operan bajo el régimen de autoprestación o mediante el manejo de redes privadas para la satisfacción de necesidades de telecomunicación enteramente privadas.

3- Agentes oficiales y agentes particulares.

Nos referimos con esta distinción al hecho frecuente de la reserva de ciertas aplicaciones o elementos de red o de servicios de telecomunicación al uso interno de determinadas actividades oficiales (redes al servicio de las Administraciones públicas, seguridad y defensa etc.).Frente a ellas está el resto de actividades que constituyen el núcleo de la operación de las redes o prestación de los servicios en sentido propio. Debe destacarse aquí la circunstancia de que también determinadas personas jurídico- públicas pueden ser titulares de servicios de telecomunicaciones en sentido abierto al público, bien por sí o por persona interpuesta ad hoc, aunque en ese caso deban cumplir con los requisitos y condiciones exigidas por el ordenamiento en general para todos los operadores, sin discriminación alguna.

4- Operadores establecidos y operadores entrantes.

Esta distinción tiene importancia en aquellos ordenamientos que han aceptado las reglas de mercado en la ordenación y explotación de las telecomunicaciones y que parten de una situación antagónica anterior de servicio público en monopolio. Los operadores establecidos son normalmente los antiguos operadores públicos monopolistas, operadores históricos también denominados, que han transformado sus títulos en función de la nueva ordenación y que por su posición en el mercado son objeto de específico interés regulatorio. Por su acceso y control de las instalaciones esenciales o por su posición dominante, la regulación tiene en cuenta este hecho relevante para imponer obligaciones y conferir derechos constitutivos de estatutos jurídicos diferenciados (la asimetría regulatoria) y que ampliamente se desarrolla en otro lugar del presente curso.

Frente a ellos, los entrantes, en número limitado en un principio (caso del duopolio británico entre **BT** y **Mercury** como ejemplo más significativo, o entre **Telefónica** y **Retevisión** en España) y más amplio después, precisan de un estatuto que les garantice el acceso efectivo a los mercados en condiciones equitativas y no discriminatorias y la plena operatividad dentro de ellos. El equilibrio regulatorio se cifrará en no menoscabar el desarrollo integral en la provisión de redes y servicios sin primar en demasía contraproducente a los establecidos, ni tampoco fomentar el descremado o el parasitismo en los entrantes.

5- Operadores de redes y prestadores de servicios.

Estas son las grandes categorías de agentes que se vislumbran en el moderno Derecho de Telecomunicaciones. La digitalización y la liberalización de los mercados han decantado en esas dos grandes categorías a los operadores de telecomunicaciones. Los unos operan- concepto que implica tanto la construcción, establecimiento o uso de redes ajenas- redes. Los otros, proveen los servicios, aunque indistintamente pueden operar redes y prestar servicios determinados, si disponen de los títulos habilitantes correspondientes.

La separación estructural entre la operación de las redes y la prestación de los servicios es conforme con las transformaciones habidas en el sector y es útil a los efectos de propiciar y garantizar una libre competencia efectiva. Los operadores entrantes desplegarán sus propias redes o utilizarán las ajenas a través del instituto de la interconexión o acceso, en un clima de competencia expansiva a la totalidad de las operaciones de telecomunicaciones.

El Derecho europeo comunitario recoge esta diferenciación desde tiempos ya remotos. El esquema de la Oferta de Red Abierta, como en general el sistema descrito y preconizado en el primer Libro Verde sobre los servicios de telecomunicaciones de 1987 y las Directivas dictadas al efecto, establece la diferenciación al propugnar las condiciones ONP o de Red abierta que incluyen, ***prima facie***, la separación conceptual y estructural de la red y de los servicios. Aunque en esta primera etapa la red sigue siendo pública- en el doble sentido, como abierta a los usuarios y proveedores de servicios liberalizados y de titularidad o control públicos- los principios deducidos, y que en adelante serán por antonomasia los principios ORA, son susceptibles de aplicarse ante la presencia de redes públicas en sentido propio, tras la liberalización de las infraestructuras.

En el Derecho español, el Titulo II de la LGT directa y paladinamente admite la diferenciación, al considerar las grandes categorías que son objeto de la ley: el establecimiento y explotación de redes públicas y la prestación de servicios. (Art. 6 LGT de 1998). La nueva ley de Telecomunicaciones reproduce análogo sistema al aludir a la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.[6]

6- Operadores de telecomunicaciones y agentes de la industria de las telecomunicaciones.

Se contrapone aquí, a los agentes que operan redes o prestan servicios los agentes que fabrican, importan o comercializan equipos, aparatos y sistemas. La liberalización ha provocado el cese de la cautividad de la industria de las telecomunicaciones respecto de los operadores monopolistas y la disgregación y proliferación de agentes industriales que explotan ese nicho o segmento del mercado. El ordenamiento se interesa también por la regulación de estas actividades industriales, en el objetivo de salvaguardar la competencia y de uniformizar las condiciones y requisitos de los aparatos para evitar distorsiones en el funcionamiento integral del sistema global de las telecomunicaciones. Por ello constituye una actividad regulada, que es objeto también de atención por separado en este Curso (UD 7).

7- Operadores y revendedores.

La distinción es clara: los unos atienden a la explotación- lo que implica producción en sentido económico- de las telecomunicaciones. Los otros no se instalan en la cadena de valor de la producción, sino que son meros comercializadores de los servicios ya producidos. Ello no obstante, los revendedores pueden añadir valor al producto y establecen relaciones con los operadores y con los usuarios, circunstancias que no pueden pasar desapercibidas para el interés regulatorio. Desde el punto de vista comercial, los agentes pueden ser mayoristas ***(wholesale)*** y revendedores. Su actividad consiste en la compra de grandes volúmenes de tráfico con descuento y en la concentración y transporte hacia puntos de presencia en que lo entregan a operadores de larga distancia. En los destinos locales los mayoristas utilizan agentes locales que actúan como revendedores, los cuales pueden proporcionar algún valor añadido como la facturación. Existen diversas clases de revendedores (reventa simple internacional consistente en la reventa de servicios de voz y transporte sobre líneas alquiladas; ***refilling*** o desvío de tráfico a un tercer país con mejores costos de transmisión; ***agregator*** o acumulación de servicios de varios clientes para obtener mejores descuentos; ***roaming*** o itinerancia (acceso o conexión a redes sin cobertura en determinados enclaves) etc. Teniendo en cuenta la estructura de la producción y comercialización de las actividades objeto de la explotación, es posible concebir aún más tipos de revendedores que se instalan en la cadena de valor y que el hecho de la diversificación de los mercados estimula y multiplica sin duda.

Como decimos, el interés del ordenamiento en la reventa radica en la necesidad de proteger al usuario proporcionándole la seguridad jurídica necesaria o de velar por la calidad de los servicios. Un ejemplo de este interés lo encontramos en el art. 36 de la ley dominicana de telecomunicaciones, que expresamente prevé que “quienes contraten servicios a concesionarios para revenderlos comercializándolos al público en general deberán inscribirse en un registro especial que llevará al efecto el órgano regulador. No podrán revenderse servicios si con ello se perjudica la calidad del

6.- 1. “El objeto de esta ley es la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21.a de la Constitución.”(art. 1 de la ley 32/2003)

2. Quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas y “la regulación de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas”.

servicio prestado por el concesionario, siempre y cuando ello sea avalado por el órgano regulador". El interés regulatorio es manifiesto y ello otorga una amplia facultad al regulador para impedir la reventa de servicios en menoscabo de su calidad. Pese a la defectuosidad en la redacción, cabe inferir que la reventa está sometida a la autorización del regulador (el concepto de "avalado", fuera de su significado de garantía, debe ser entendido como autorización, en nuestra opinión).

8- Operadores y usuarios.

La contraposición es evidente. Pero también los fenómenos aludidos anteriormente sobre la desagregación de la cadena de valor en la producción de los servicios de telecomunicaciones han traído consigo una diversificación en el perfil de los usuarios. Del usuario como consumidor final, pasivo y cautivo, se ha pasado a una concepción más dinámica del usuario en tanto que puede satisfacer las necesidades de telecomunicación mediante la típica actividad de consumo o ser a su vez proveedor de otros servicios frente a terceros. Por ejemplo, así acontece en los servicios de valor agregado de forma genérica o en cualquiera de las aplicaciones que permite hoy en día la sucesiva integración de operaciones de red, prestación de servicios, aportación de contenidos o reventa de servicios que es fruto de la convergencia en una dimensión global. Los usuarios también se clasifican por el orden de sus apetencias de consumo, como usuarios de servicios básicos, con carácter universal y asequible, y usuarios que demandan productos más sofisticados no ya como producto destinado al consumo sino como medio de producción en sus distintas actividades económicas. El interés del ordenamiento esta más que justificado para configurar un estatuto de protección del usuario que atienda estas nuevas posibilidades y reconozca el hecho diferencial de su posición en régimen de avances tecnológicos y libre competencia progresiva.

9- Otros agentes.

Por ultimo, en el mosaico de los diversos agentes presentes en los mercados actuales de las telecomunicaciones es preciso dejar constancia de otros agentes que proveen únicamente redes (carriers) o que operan redes en tanto que titulares de otros servicios con redes alternativas (gas, energía, acueducto, ferrocarriles) o suministradores de contenidos, programadores y otros que la incontestable fusión entre los sectores de la Informática, el Audiovisual y las telecomunicaciones propiamente dichas en el megasector de las tecnologías de la Información, hace emerger y desarrollarse.

II. EL OPERADOR DOMINANTE. EL ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE O CON PODER SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO.

A.- EL OPERADOR DOMINANTE EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA

1.-Bajo una variada terminología- operador dominante, operador con peso significativo en el mercado, operador histórico, incumbente- el ordenamiento de las telecomunicaciones alude con esta expresión a la especial configuración del operador que por su posición en el mercado, y debido a variadas circunstancias, está en disponibilidad de imponer condiciones, aplicar precios o reglas que resultan perturbadoras para el juego de las reglas de la libre y efectiva competencia.

Se trata de un concepto en cierto modo orientado teleológicamente en función de los resultados indeseados que puede provocar y que el ordenamiento se apresta a evitar, corregir o compensar en pro del mantenimiento y promoción de un clima de auténtica y leal competencia entre operadores.

Por esa razón, los ordenamientos incluyen criterios para determinar la calificación de un operador como dominante y le imputan de manera definitiva o transitoria una serie de derechos y deberes que conforman lo que bien puede denominarse el estatuto del operador dominante.

El Tribunal europeo de Justicia define al operador dominante como" la posición de fuerza económica disfrutada por una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante por la posibilidad que disfruta de comportarse, dentro d un limite, independientemente de sus competidores y clientes y finalmente de los consumidores."

El concepto de operador dominante, o de posición de dominio más estrictamente, es un concepto importado del campo del Derecho de la Competencia general e implica una serie de obligaciones y de derechos para evitar el abuso en detrimento de las reglas propias del mercado.

En el bien entendido de que el Derecho de la Competencia no es contrario a la posición de dominio (lo único que prohibe y sanciona es el abuso de esa posición dominante), la respuesta del ordenamiento sectorial para la regulación económica que impone condiciones ex ante a los agentes en el sector, traslada a su terreno el concepto general de posición dominante, proporcionando un conjunto de reglas que tienden a evitar las conductas lesivas para el mercado de un operador en esta posición y de paliar o disminuir, mediante la adecuada compensación, los efectos perniciosos de los eventuales abusos.

En la jurisprudencia comunitaria se hace depender el concepto de situación de dominio de dos factores: por un lado, el resultado de influir decisivamente en la estructura y conformación de un mercado concreto, y por otro, mediante el análisis de su capacidad para influir, comparando los medios de que dispone sobre los de sus competidores y clientes en orden a alcanzar resultados distorsionados de la competencia.

En la legislación comunitaria, el abuso de posición dominante está enmarcado dentro del art.86 del Tratado aunque esta noción no coincide exactamente con la de organismo con peso significativo en el mercado de la legislación sectorial de telecomunicaciones y con la incorporación de esta definición en los diversos ordenamientos nacionales (entre ellos el español, art.23 antigua **LGT**, art. 10.3 de la nueva ley 32/2003).

En el segundo de los supuestos contemplados, el legislador sectorial parece aludir a la idea de que solo es operador con peso significativo en el mercado -restringiendo por consiguiente el alcance del art. 86 del Tratado- aquel que tenga capacidad efectiva para influir en las condiciones del mercado, en contra del criterio más amplio sustentado en el art.86 para el que existe posición de dominio únicamente respecto de aquellas empresas que" tengan la capacidad de actuar de manera independiente con respecto sus competidores, a sus clientes y, en definitiva a los consumidores" según ha interpretado y declarado ampliamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Criterio al que parece volver la legislación comunitaria en el conjunto de las Directivas 2002 y que es retenido por la reciente ley española General de Telecomunicaciones que incorpora un criterio de carácter material -la influencia efectiva en los mercados de referencia analizados por el órgano regulador- en lugar del criterio formal u objetivo de la legislación anterior.[7]

7.- Según el anexo de definiciones de la ley es operador con poder significativo en el mercado el "operador que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, esto es, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y, en última instancia, los consumidores que sean personas físicas".

La Directiva 97/33 sobre Interconexión, como asimismo el derecho francés y el español, entre otros, han incorporado este segundo concepto de operador con peso significativo en el mercado, procediéndose a la determinación de este tipo de operador con ayuda de criterios cuantitativos (por cuotas de mercado). Tampoco aparece de forma expresa el concepto de operador dominante en la legislación sectorial norteamericana de telecomunicaciones, aunque ello no excluye la imposición de obligaciones de interconexión o de prestación de servicio universal- que son las dos obligaciones principales que pesan sobre los operadores dominantes- a diversas empresas operadoras con independencia de la posición que ostenten en el mercado.

Una vez constatada la presencia de un operador dominante o con peso significativo en el mercado, con el objetivo de la imputación de determinadas obligaciones o conductas por el ordenamiento sectorial, es preciso definir la conducta calificada como abuso de posición para que el concepto tenga relevancia jurídica. El Tratado de la UE y algunas leyes nacionales de competencia enumeran a titulo meramente indicativo algunos de estos abusos tales como la imposición de condiciones contractuales abusivas, los precios excesivos o simplemente predatorios por debajo del coste para expulsar del mercado a los nuevos entrantes, la discriminación, las ventas vinculadas, la limitación en la libertad de elección de los competidores y clientes, la negativa de suministros o impedir el acceso a las instalaciones esenciales etc.

Es de notar, como llevamos ampliamente señalado, que en el sector de las telecomunicaciones la presencia de operadores ex monopolistas, en posesión de redes e infraestructuras únicas o preponderantes, como resultado de los procesos de liberalización, acentúa aun más si cabe los riesgos de la posición dominante y los efectos de su abuso, en cualquiera de sus manifestaciones.

Cualquier consideración jurídica del Derecho de las telecomunicaciones en competencia debe contar con las estructuras reales del sector y con el género de dificultades que suscita la cabal implementación y aplicación de un régimen de competencia efectiva. La situación de interinidad o al menos de transitoriedad hacia la libre competencia presente todavía en muchos de nuestros ordenamientos es lo que determina que en el esquema de la regulación para la competencia se imponga la necesidad de un estatuto especial para estos agentes, con obligaciones y cargas precisas (de servicio universal, de acceso e interconexión sus redes, de implantación de sistemas específicos de contabilidad de costos, suministros de información etc.), pero también con derechos (preferencia a la hora de prestar el servicio universal y otros servicios públicos, derecho a la eliminación progresiva del déficit de acceso) Así ha acontecido por regla general en todos aquellos ordenamientos post liberalización o desmonopolización que han aplicado una política de regulación asimétrica, con estatuto jurídico diferenciado para los operadores tradicionales ex monopolistas y no solo respecto de los mercados de servicios básicos sino en los mercados relevantes de los diversos subsectores, en los que la presencia del ex monopolista tiene sin duda un peso significativo por las especiales características de la industria de las telecomunicaciones (amplias cuotas de mercado detentadas por el dominante, cuellos de botella, infraestructuras y redes de acceso dominantes, inversiones cuantiosas en infraestructuras, que impiden de hecho, en muchas ocasiones, la entrada efectiva en el mercado para los nuevos competidores, etc.)

Todo lo cual justifica el sentido, el alcance y la naturaleza del nuevo Derecho de la regulación para la competencia en telecomunicaciones y TI.

2.- Empero, la posición del operador dominante en el mercado de las telecomunicaciones no es solo- aunque esta circunstancia sea determinante a la hora de establecer un estatuto diferenciado del mismo en el sistema de regulación -consecuencia de la inercia histórica, tras los procesos de liberalización. En los mercados subsectoriales, emergentes, puede alcanzarse rápidamente una posición de este carácter, como explica el hecho de que existan ya en mercados relevantes, por ejemplo en el subsector de la telefonía móvil o de líneas alquiladas, operadores que ostentan ya esta posición.

Como también es de destacar el hecho de que en numerosos ordenamientos él tránsito hacia la plena competencia se haga a través de un régimen denominado de competencia regulada o limitada en el que, durante un cierto tiempo, se concede exclusividad a un operador en contrapartida a un plan preciso de expansión y mejora de las redes y otras metas de extensión del servicio. Así ha ocurrido en numerosos países de América Latina, como Perú, Argentina o Venezuela, en los que durante un cierto tiempo, el operador dominante aparecía ya, por definición en el propio modelo adoptado en la privatización del organismo monopolista de explotación y la subsiguiente liberalización de ciertos servicios y redes (privadas y de valor añadido fundamentalmente).

3.- Es de notar asimismo que el abuso de la posición de dominio no es privativa del Derecho de la competencia o más específicamente del Derecho de la regulación económica para la competencia. En régimen monopolístico, legal o de facto, existen técnicas jurídicas e institucionales que tratan de evitar el abuso, bien mediante la estructuración de obligaciones en la forma de gestión del servicio publico, directa o indirecta a través de la concesión o mediante la aplicación de una política de tarifas consecuente, bien mediante el control ejercido por el órgano de regulación, que se aplicó sobre todo a los precios, en el sistema norteamericano anterior a la desregulación propiamente dicha.

Pero el nuevo Derecho de telecomunicaciones apunta a instituciones propias que se orientan a la imposición de obligaciones ***ex ante*** y específicas, las cuales forman parte del contendido esencial del sistema de regulación para la competencia. Y todo ello sin perjuicio de la coexistencia de medios de defensa articulados a través de la legislación común o general (normalmente ***ex post***) sobre competencia.

Por otra parte, es bien sabido que el proceso de desmonopolización o de transición hacia la plena competencia origina fases y ritmos diversos en la aplicación de políticas regulatorias conforme a las cuales -y a los objetivos marcados por la legislación- se orientan las obligaciones concretas que pesan sobre el operador dominante, con fidelidad a uno de los postulados más presentes en el Derecho de la regulación económica, cual es el de la transitoriedad de las situaciones jurídicas y la flexibilidad del Derecho aplicable en cada caso a través de una serie de potestades moduladoras en manos del organismo de regulación.

La tendencia, ya presente en la evolución general del Derecho de las Telecomunicaciones y que aparece en el nuevo ordenamiento de la Unión Europea conocido como la Revisión 1999, apunta a una progresiva utilización del Derecho de la competencia general y correlativamente a un amenguamiento del Derecho de la regulación económica específico y sectorial. En este sentido, es significativo que, desde una posición doctrinal especializada se imponga ya la necesidad de revisar los esquemas de la propia asimetría reguladora, para establecer, sobre bases de equidad y de equilibrio en los derechos y obligaciones de los diferentes operadores- incluidos los dominantes- un sistema de regulación más conforme con la realidad y la evolución de los mercados de telecomunicaciones y de las TI.

En cuanto a las condiciones que conforman la presencia del operador dominante y exigen la regulación de su posición, muy brevemente exponemos a continuación las circunstancias que en el concreto sector de las Telecomunicaciones ha propiciado y justificado la existencia d un estatuto diferenciado para el operador dominante o con peso significativo en el mercado

B. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE UN OPERADOR DOMINANTE Y JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DIFERENCIADA O ASIMÉTRICA.

1. La desigualdad de posiciones.

La inicial- al menos- desigualdad de posiciones entre los operadores y la tenencia y control por éstos de las denominadas instalaciones esenciales interfiere en el normal desenvolvimiento del mercado. Estas instalaciones o facilidades resultan indispensables para el acceso al mercado y la permanencia de otros operadores en él, y pueden constituir importantes cuellos de botella y obstáculos muchas veces insuperables en el surgimiento real y desenvolvimiento de una competencia efectiva. La acción reguladora del Estado se orienta en estos casos a través de lo que se denomina la discriminación positiva, otorgando derechos adicionales a los operadores entrantes, en el contexto de una acción de carácter eminentemente tuitivo.

2. La posesión o control de las instalaciones esenciales que precisan otros operadores. Doctrina de las instalaciones esenciales o *essential facilities*.

El concepto de instalación esencial es determinante a la hora de establecer un marco regulatorio eficaz y consecuente con sus propios postulados. Como tal, fue formulado por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana que declaró tempranamente la obligación de contratar a una empresa con detentación de las instalaciones esenciales, en contra del principio genérico de la libertad de empresa.

Esta doctrina había vinculado la obligación de suministro o de contratación a cuatro requisitos básicos (Sentencia MCI, ver más abajo en relación a la aplicación de la doctrina a las redes e infraestructuras de telecomunicaciones:

- Situación de efectivo control de un recurso o instalación esencial por la empresa obligada
- Recurso que ha de ser al mismo tiempo esencial para los competidores accedentes
- Imposibilidad de duplicar el mencionado recurso
- Negativa a cargo de la empresa obligada
- Factibilidad de la provisión del recurso esencial

En Europa, la Comisión ha hecho suya la doctrina de las instalaciones esenciales, con aplicación en diversos ámbitos, dándole el carácter de principio general del Derecho comunitario de la competencia ***(Sea Containners Stena Sealinck (Decisión 94 19 Cede 21 de 12 93, DOCE L 15/ 8 de 18 I 94)*** siendo la negativa de suministro o acceso, contraria al art.86 del Tratado. No obstante, se aprecia en la jurisprudencia del TJCE una evolución posterior en el sentido de proceder con cautela a la hora de calificar como abusiva una conducta negativa del acceso o suministro a las instalaciones esenciales, confirmando así su carácter excepcional (sentencias ***Oscar Bronner Mediaprint, Landbroke y Magill***). En todas ellas aparece el pensamiento del Tribunal de que facilitar el acceso de una manera general a las instalaciones esenciales podría producir un efecto desincentivador de las inversiones y un daño, incluso a corto plazo, para la efectiva competencia.

En el sector de las telecomunicaciones, la Comisión ha declarado que “toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial disfruta de una posición dominante en el sentido de lo expuesto en el art.86 del Tratado.” Son varios los supuestos que la Comisión ha identificado como instalaciones esenciales en el sector de las Telecomunicaciones. Entre ellos, las redes públicas de telecomunicaciones para servicios vocales, circuitos arrendados, numeración, datos básicos de suscriptores etc.

Según reconoce la propia Comisión, el Derecho de la competencia no dispone de los mecanismos adecuados para lograr acuerdos básicos y equitativos entre operadores, para el acceso a las instalaciones esenciales, por lo que el ordenamiento se orienta a la atribución de potestades a los organismos reguladores en orden a facilitar la entrada y operatividad en el mercado, de los nuevos operadores, en base al Derecho especifico de la regulación económica, en materia de acceso e interconexión de redes o compartición de recursos escasos.

3. Necesidad de protección de nuevos entrantes.

La necesidad de proteger a los nuevos entrantes en el mercado a través de la garantía del acceso a las instalaciones esenciales es pues determinante en el sistema. Es por ello que el ordenamiento introduce una serie de obligaciones, tanto sustantivas como instrumentales, que conforman un estatuto diferenciado para el operador u operadores que las detentan o controlan. Ello es particularmente significativo en el caso de redes públicas de telecomunicaciones, respecto de las cuales es imperativo habilitar unas condiciones de acceso equitativas, transparentes y no discriminatorias que hagan posible y efectivo el principio de libre competencia.

El Derecho comunitario europeo se hizo pronto eco de esta necesidad en fase de incipiente o parcial liberalización estableciendo en las Directivas de 1990 las denominadas condiciones ONP o de Red Abierta a que ineludiblemente obligaba la consideración de las redes públicas como abiertas a otros operadores y usuarios.

No obstante, preciso es señalar que el poder regulador debe sentar un equilibrio, dentro de la ley, para no impedir el desarrollo armonioso de todo el sistema de establecimiento de redes por parte de los diferentes operadores, pues una excesiva protección de los entrantes les instalaría en posiciones demasiado cómodas, que dificultarían la expansión y mejora de las redes o el estrangulamiento de las inversiones a cargo de los titulares de redes existentes. El equilibrio en la acción reguladora es aquí fundamentalmente necesario para no primar excesivamente determinados elementos del sistema en detrimento de otros. En este sentido, la recientemente aprobada Directiva europea sobre Interconexión y otras dentro del paquete 2002, trata de corregir en cierta manera este esquema de protección a ultranza de los operadores entrantes y tiende a establecer un equilibrio.[8]

4. Necesidad de garantizar equitativo uso y reparto de recursos escasos.

Existiendo recursos limitados en telecomunicaciones- fundamentalmente el espectro radioeléctrico, el espacio público de numeración o las instalaciones viarias e infraestructuras soporte de redes e instalaciones- a los que tiene acceso preferente el operador calificado como dominante, es necesario arbitrar en el ordenamiento medidas que permitan el acceso de otros operadores, en condiciones equitativas, no discriminatorias y eficaces, a esos recursos, de manera que se logre tanto la optimización en su uso como la construcción de un entorno en el que no se menoscabe o distorsione el trato igual, base para una real competencia.

8.- Como seria el caso, entre otros, del nuevo régimen establecido para los operadores con poder significativo en el mercado, vinculando su calificación como tales a circunstancias reales y objetivas producidas en los correspondientes mercados de referencia. Como también la mayor objetivización e igualdad en las condiciones de acceso al mercado, que ha llevado a la supresión de las autorizaciones y licencias como títulos habilitantes y la sustitución en general del régimen de ejercicio ***ex ante*** de las potestades de los órganos de regulación por la intervención ***ex post***, y que había sido uno de los puntos principales de la reforma del derecho comunitario, como hemos señalado anteriormente.

5. Necesidad de garantizar el servicio universal y otras obligaciones de servicio publico.

En un régimen de transición hacia la competencia, cuando los operadores compiten libremente en el mercado y es necesario asegurar las obligaciones de servicio universal y de otras obligaciones de servicio público, el ordenamiento ha de velar porque estas prestaciones se realicen efectivamente, normalmente a cargo del operador dominante ex monopolista, con la justa compensación. En los demás supuestos, será también el operador dominante, dentro de un mercado relevante, el que esté en mejor disposición para llevar adelante estas tareas con la justa y debida remuneración.

6. Configuración de redes abiertas y libre acceso.

Constituye un principio básico del nuevo sistema de regulación para la competencia la configuración de las redes públicas de telecomunicaciones como abiertas, es decir accesibles a otras redes o prestadores de servicios en condiciones transparentes, no discriminatorias y con medidas proporcionales. En este principio se encuentra la base de la obligación de interconexión que pesa sobre los titulares de redes públicas (requeridas, en la terminología incorporada por el Reglamento de Interconexión dominicano) y de otras obligaciones de servicio público o de carácter o interés público.

C.- EL CONCEPTO Y DETERMINACION DEL OPERADOR DOMINANTE

1.- Elementos de la definición.

Resumiendo el anterior concepto dado de operador dominante o con peso significativo en el mercado, tal y como se acepta en el derecho común de las telecomunicaciones, contamos con la presencia de tres elementos definitorios claves:

- Operador con peso significativo en el mercado.
- Con poder de influencia decisiva en la fijación de precios y otros ámbitos del mercado.
- Con acceso preferente a instalaciones esenciales:

  a) Redes e infraestructuras

  b) Vías y derechos de vías.

  c) Numeración.

  d) Clientes.

2.- Los criterios para su determinación.

Siendo así que normalmente el operador dominante no es definido en los ordenamientos, salvo reteniendo el elemento del resultado final de capacidad para influir en el ámbito de mercado sobre sus competidores o clientes e imponerles determinadas condiciones en el suministro o acceso de sus productos, bienes o servicios, será necesario acudir a diversos criterios para su determinación y en consecuencia para imputar los efectos jurídicos que derivan de esta calificación o determinación.

Son varios los tipos de criterios que se manejan en el derecho comparado de las telecomunicaciones. Distinguimos por un lado los criterios objetivos y por otro los criterios subjetivos.

a) Los criterios subjetivos.

El operador dominante puede ser determinado con la ayuda de criterios subjetivos, o lo que es lo mismo por denominación expresa en la Ley, tanto en el texto sustantivo como en las disposiciones adicionales o transitorias.

Así, por ejemplo, el reglamento técnico de telecomunicaciones por cable de España señalaba expresamente que Telefónica tendrá la consideración de operador dominante en las demarcaciones en que obtenga título habilitante. En el mismo sentido la ley francesa de reglamentación de las Telecomunicaciones de 1996 directamente designaba a **France Telecom** como operador dominante durante un cierto período de tiempo.

b) Los criterios objetivos.

Según este criterio el operador dominante se determina mediante una calificación a efectuar por el órgano de regulación que se apoya para ello en criterios o factores que incluyen circunstancias que implican una presunción de dominancia en los respectivos mercados. Entre estos criterios distinguimos en la práctica del derecho comparado los siguientes:

1) Sistema de porcentajes. Según el cual se considera operador dominante a aquel operador de redes o prestador de servicios que, en los ámbitos respectivos, haya obtenido en el año inmediatamente anterior una cuota de mercado superior a un porcentaje determinado en términos de ingresos brutos. Tal es el criterio retenido por la legislación española en 1998 al considerar como operador dominante a aquel que ha obtenido una cuota de mercado superior al 25%. Se trataba de un procedimiento de determinación del operador dominante de carácter objetivo, cuantificable y general, por cuanto es posible alterar este porcentaje según propuesta vinculante del órgano de regulación. La nueva ley de 2003 sustituye el criterio matemático material por otro más flexible en base al análisis de los mercados relevantes que hace el órgano de regulación.
2) Sistema de características externas concurrentes. Se trata aquí de un procedimiento de designación de carácter individualizado en el que pesan circunstancias objetivas referentes a las características externas del operador que ha de ser calificado como dominante, en función de la capacidad de la red, el control sobre las instalaciones esenciales, el volumen de negocio y todas aquellas circunstancias o factores que pueden predeterminar una presunción de una posición de privilegio en el mercado que puede influenciar las condiciones de competencia y su relación con otros operadores y con los usuarios.

   Corresponde normalmente al órgano de regulación efectuar esta calificación mediante resolución motivada en tanto que supone un apartamiento del criterio general y objetivo por porcentajes, atendiendo a factores intrínsecos de dominancia en el mercado. Este último criterio permite una más amplia discrecionalidad en el órgano regulador que tiene a su cargo la calificación final, pero por tratarse de un concepto jurídico indeterminado es controlable por criterios de legalidad en los motivos retenidos por el regulador, por la jurisdicción contencioso-administrativa. El criterio así retenido opera atendiendo al hecho de que la posición dominante obedece a unas circunstancias concretas de influencia en los mercados, pudiéndose dar el caso de que éstas no sean medibles o de que aunque medibles puedan no ser relevantes a los efectos pretendidos. Por esa razón el ordenamiento atribuye una amplia facultad de determinación al órgano de regulación, siempre que exista congruencia y proporcionalidad como criterios de referencia en la actuación de este último.

3) Sistema finalista o teleológico. Este criterio se establece en razón del fin que el ordenamiento pretende con la calificación de dominancia y que no es otro que la posición del operador en orden a influenciar en su favor las relaciones y las condiciones de la competencia. Por ello este criterio va más allá de las circunstancias objetivas y se endereza directamente al fin establecido por la ley. Cualquier calificación de dominancia que se haga sobre la base de señalar el resultado final de dominio de los mercados de referencia será válida siempre que quede acreditado tal resultado. [9]

Queremos llamar la atención en este punto acerca de la volatilidad o variabilidad de los criterios de determinación en función del dinamismo propio del mercado que hace que varíen fundamentalmente las condiciones y requisitos de una posición de dominio. Los mercados cambian y las circunstancias o criterios para la determinación del operador u operadores dominantes también. La propia calificación está sujeta a revisión en función de esas circunstancias y los diversos criterios objetivos y finales pueden y deben ser manejados conscientemente por el órgano de regulación.

D- LOS ÓRGANOS DE CALIFICACIÓN DE LOS OPERADORES DOMINANTES.

1.- Los poderes de los organismos reguladores en la determinación de los operadores dominantes.

Dejando aparte el supuesto de calificación subjetiva establecida en la ley, la determinación de cuáles sean para un período determinado y respecto a mercados concretos, los operadores dominantes, es competencia normalmente atribuida a los órganos de regulación como una típica función.

Teniendo en cuenta la variabilidad de esas circunstancias y de los criterios señalados corresponde al órgano de regulación una función de calificación que ejerce por un periodo de tiempo, normalmente de un año, con obligación de publicación de las listas de operadores que se consideran dominantes en los ámbitos del mercado respectivo, bien sea atendiendo a criterios geográficos, bien en consideración a segmentos o sub-sectores, como por ejemplo los mercados de redes, de determinados servicios, etc. El órgano regulador interviene igualmente, con independencia de la calificación individual a que hemos hecho mención, en aquellos otros casos en los cuales es preciso cambiar los criterios en función del desarrollo de los mercados y de los sistemas de telecomunicación en ámbitos concretos. Esta intervención es de carácter excepcional y participa en cierto modo de la naturaleza de una función reglamentaria de establecimiento de las condiciones objetivas y abstractas para la ulterior determinación de los operadores dominantes.

2.- El control sobre los poderes de calificación de los organismos de regulación.

Consistiendo básicamente en una resolución recaída en el ámbito de las competencias atribuidas a la Administración, el control será el de legalidad en su más amplio sentido. Esta operación de

9.- A este criterio se orienta en definitiva el Derecho comunitario europeo en el paquete de Directivas de 2002 (correspondiente a la llamada Revisión 99), el cual aparece expresamente recogido en la nueva Ley española de Telecomunicaciones del 2003, en su articulo 10. 3 según hemos señalado anteriormente.

control se ceñirá en este caso concreto a las técnicas propias del control de discrecionalidad administrativa en base a los hechos determinantes y al criterio de la finalidad perseguida en el ordenamiento. La exigencia de transparencia y de consensualidad en la toma de decisiones y la motivación de las resoluciones son circunstancias que operan a favor del control. Es este aspecto que no difiere en buena lógica del que con carácter general se establece sobre la actividad administrativa de regulación.

E.- EL ALCANCE DE LA DETERMINACION DEL OPERADOR DOMINANTE.

La legislación de telecomunicaciones establece que la posición del operador dominante se realice en base a un marco específico de actividad. Es el concepto de mercado relevante que es propio del Derecho de la competencia el que plantea la exigencia de que en todo caso la declaración efectuada por el órgano de regulación se produzca en un marco determinado. En este punto la declaración de dominancia puede hacerse por servicios, por redes o por actividades, e igualmente por áreas geográficas (local, departamental o regional, nacional etc).

F.- LA MODIFICACION DEL ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE O CON PODER SIGNIFICATIVO EN EL MERCADO.

Teniendo en cuenta el carácter cambiante de esta posición en las concretas relaciones del mercado de referencia, el ordenamiento atribuye al órgano de regulación potestad para modificar las condiciones del estatuto, tanto por cambio en las circunstancias propias del mercado, sobre todo en las relaciones del operador dominante con otros proveedores y usuarios, como dentro del propio operador calificado como dominante, por cambio estructural o por tomas de participación o fusión con otros agentes y operadores. Independientemente de la potestad atribuida al órgano de regulación para cambiar reglamentariamente estas condiciones y circunstancias, y con independencia asimismo de la potestad atribuida para fijar de forma individual el carácter de operador dominante en función de sus circunstancias concretas de operatividad en el mercado, también el órgano de regulación tiene, en muchas ocasiones, potestad para modificar el estatuto establecido, por cambio sobrevenido en las circunstancias y dentro del marco de seguridad y de transparencia exigido por el ordenamiento jurídico.

G.- EL CONTENIDO DE LA SITUACION JURIDICA O ESTATUTO DEL OPERADOR DOMINANTE.

1.- El carácter y alcance del estatuto del Operador dominante. La asimetría regulatoria

En la base del sistema de regulación, como uno de los instrumentos básicos de promoción y consolidación de la competencia, está la sujeción de los operadores dominantes (particularmente en un estadio de transición hacia la competencia efectiva) a un régimen específico y diferenciado de los demás operadores. Es lo que se denomina regulación asimétrica, que implica una serie de obligaciones específicas que pesan sobre el operador, precisamente en función del carácter que ostenta, para evitar los abusos de esta posición que han de considerarse ilícitos según el Derecho de la competencia en general y según el sistema sectorial de regulación para la competencia, en particular.

La justificación de este régimen desigual, o de discriminación positiva como algunos expresan, se apoyaría en la pervivencia de facto de una cierta posición de privilegio que es necesario compensar para el normal desarrollo de la competencia. Los operadores dominantes en el período de transición o de consolidación de la competencia tienen directo control sobre las denominadas instalaciones esenciales- acabamos de verlo- y en concreto sobre las redes e infraestructuras de base, particularmente en la denominada última milla o bucle local de abonado. Igualmente disponen de suficientes elementos de persuasión en el comportamiento de otros operadores y prestadores y sobre los usuarios, lo que exige o al menos justifica en su primer momento, el establecimiento de un estatuto jurídico diferenciado. El carácter protector de la regulación económica se proyecta sobre los nuevos entrantes imponiendo una serie de obligaciones de todo tipo que pesan sobre los operadores dominantes, con vistas a facilitar el establecimiento primario de un régimen de competencia efectiva.

Esta situación de discriminación o disfavor no puede ser entendida únicamente de forma unilateral en tanto que obligaciones o cargas sobre el operador así calificado. Es en función de esa misma competencia efectiva que el ordenamiento atribuye derechos a estos operadores para poder actuar libre y eficazmente en los mercados, evitando las prácticas de descreme de los operadores entrantes, o el parasitismo de las redes en la provisión de los servicios o la carga de un déficit de acceso sobredimensionado en razón de una estructura tarifaria heredada. El equilibrio entre estas dos posturas marca el talante y el ritmo de la regulación y la garantía de que la libre competencia se asienta efectivamente y de forma consolidada en el sector.

2.- Derechos y obligaciones del operador dominante o con peso significativo en el mercado

Esta es la razón por la cual la asimetría regulatoria de carácter esencialmente cambiante, como decimos, se traduzca en un estatuto, comprensivo de una situación jurídica con derechos y obligaciones, propio del operador con esa calificación. En este estatuto distinguimos por tanto los puntos siguientes:

a) Obligaciones.

Este es el aspecto sin duda más llamativo del estatuto contemplado. Las obligaciones se enuncian en la ley y se concretan y materializan a través de la función aplicativa de los organismos de regulación. Son así obligaciones en el sentido estricto por cuanto es la transposición de un deber general establecido por la ley y que se materializa frente a otros operadores y usuarios como asimismo frente al órgano de regulación en la relación jurídica que por mandato de la ley se establece con éste.

Las obligaciones pueden ser, al menos, de dos clases:

1.- **Obligaciones sustantivas.** Es posible diferenciar las obligaciones de carácter sustantivo dirigidas a satisfacer inmediatamente las exigencias marcadas por el ordenamiento, como son por ejemplo las obligaciones de interconectar sus redes con las de otros operadores y la de permitir el acceso a las mismas por parte de prestadores de servicios y usuarios en puntos distintos de los de terminación de red, como señalaba expresivamente el Art. 24 de la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998 y que permanece en la actual ley de 2003, como obligación de negociar, (art. 11.2), y de interconectar en todo caso (12.2), de otras obligaciones que pudiéramos denominar como instrumentales o accesorias para el cabal cumplimiento y determinación de las obligaciones sustantivas, como son todas aquellas que sirven para el mejor cumplimiento o mejor control y vigilancia de ese cumplimiento de las obligaciones sustantivas y principales.

Entre las obligaciones sustantivas podemos distinguir asimismo dos grandes grupos de ellas:

- **Obligaciones para el uso y el acceso de sus propios recursos.** En esta categoría quedarían englobadas la obligación general de interconexión de acceso y la compartición de infraestructuras y derechos de paso.
- **Obligaciones de prestación.** Sobre los operadores dominantes pesan obligaciones concretas en su caso y a determinar por el órgano regulador. Estas son fundamentalmente la de prestar el servicio universal, cuando la ley así lo determina en disposiciones transitorias o adicionales durante un período determinado y antes de que se establezca y defina el régimen de operación, prestación y financiación del servicio universal. En el mismo orden de ideas pesarían en función de esta calificación sobre los operadores dominantes otras obligaciones de servicio público, no necesariamente encuadradas en la categoría anteriormente mencionada, por expresa determinación legal o resolución del órgano regulador por mandato de ley.

En la nueva ley española de 2003, el órgano de regulación puede imponer a los operadores con poder significativo en el mercado una serie de obligaciones específicas, vinculadas a los objetivos del Art. 3 de la ley. (art. 10.4)

2.- **Obligaciones instrumentales.** Son como dijimos aquellas que tienen como objetivo y finalidad la de hacer posibles o garantizar las obligaciones de carácter sustantivo y directo.

En este orden se pueden señalar las obligaciones de suministro de información o de establecimiento de sistemas de contabilidad de costos y otras operaciones del mismo carácter destinadas a fijar y establecer de forma racional y consecuente la anterior obligación de interconexión y acceso y otras obligaciones (servicio universal etc.)

Destaquemos que este tipo de obligaciones son numerosas en el nuevo Derecho de telecomunicaciones puesto que están dirigidas a hacer reales y efectivas las anteriores. Básicamente se concretan en el suministro de información a otros operadores y al órgano de regulación, sobre las condiciones de la operación de las redes y los servicios y sobre todo de la determinación de los precios y costos. El objetivo final de estas obligaciones de carácter instrumental estribaría en asegurar los principios básicos de neutralidad, proporcionalidad, no discriminación y acceso equitativo a las instalaciones esenciales por otros operadores y usuarios y a facilitar las funciones de supervisión y control de los órganos reguladores. Ello implicaría el régimen de separación de cuentas entre los servicios distintos prestados por el operador dominante y la implantación y verificación de concretos sistemas de contabilidad de costos de manera a evitar los subsidios cruzados o la fijación de precios fuera del criterio general impuesto de orientación a costos.

Dentro de la misma idea de obligaciones de carácter instrumental debemos mencionar las relativas a la obligación de contratar con los demás operadores en los supuestos de acceso, interconexión y compartición de infraestructuras, con la carga añadida de presentar anualmente un marco de referencia para la negociación denominada, en el derecho europeo y en algún otro latinoamericano, oferta de interconexión por referencia en la cual el operador dominante establece para un período determinado las condiciones de la interconexión a reserva de su concreción en un convenio o subsidiariamente en la resolución que adopte al respecto el organismo de regulación.

Como obligación en sí misma del operador dominante está la de presentar las ofertas en general y en particular la oferta de interconexión por referencia, con carácter desglosado por distintos elementos en atención a preservar, por un lado, el principio de transparencia y, por otro, para evitar y controlar practicas de abuso de dominio entre las que destacan comunmente la de ofrecer con-

diciones gravosas para el accedente, negando de hecho el acceso al competidor, o la de imponer la vinculación de la prestación de determinados servicios a la obligatoria aceptación de otros o, simplemente, a englobar los costos de producción de los distintos servicios de forma indiscriminada frente al competidor que no podrá evitar el contratar o pagar servicios o prestaciones que no necesita ni ha solicitado.

b) Derechos.

En el capítulo de los derechos que conforman el estatuto del operador dominante debemos señalar, sintéticamente, los siguientes:

1.- **Preferencia en la prestación del servicio universal.**

Ciertamente la obligación que pesa sobre los operadores dominantes para ser designados como prestadores, dentro de determinadas zonas, de cualquiera de los servicios incluidos en el concepto de servicio universal (como establecía el art. 38 de la LGT española de 1998, hoy art. 23 de la ley 32/2003) puede tornarse en un derecho cuando se dan las condiciones legales o reglamentarias establecidas. Este derecho puede ser estructurado positivamente o bien como preferencia cuando el servicio universal es objeto de una licitación. En un período de transición hacia la competencia resulta difícil separar de la prestación del servicio universal al operador que lo ha llevado a cabo hasta el momento de vigencia de la nueva ley, con arreglo al régimen del servicio público formal. Por ello está muy afianzada en los ordenamientos de telecomunicaciones la tendencia a considerar que el operador dominante debe asegurar el servicio universal, esta vez bajo el régimen de financiación y de compensación de cargas que se establece en el nuevo sistema o de forma transitoria según el esquema de financiación propuesto por la ley.

2.- **Derecho a la compensación de cargas y obligaciones en la transformación de los títulos habilitantes con arreglo al nuevo sistema de regulación.**

Constituye principio del Derecho transitorio la adecuación de las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad a la vigencia de la ley a la nueva situación legal y reglamentaria. Los operadores establecidos, luego dominantes, en su caso, parten de una posición de derechos adquiridos que el ordenamiento debe mantener en la medida que no se opongan a los nuevos postulados de la regulación en competencia. Este derecho a la compensación global comporta la asunción de determinados privilegios por la carga que supone llevar adelante determinadas obligaciones de servicio público, fuera del marco del servicio público formal. Es misión del regulador que opera la transformación de los títulos anteriores el producir la compensación y establecer un equilibrio en la situación jurídica de los operadores históricos dominantes.

3.- **Derecho a la compensación económica por el déficit de acceso.**

Es conocida la estructura tarifaria que compensa los costos de producción de los servicios sobre la base de los subsidios cruzados, entre la larga distancia y el servicio local y entre los diferentes servicios entre si. El principio básico de orientación a costos, consustancial con un régimen de auténtica competencia, propugna la eliminación progresiva de la estructura tarifaria perpetuadora de las desigualdades en la producción de los servicios. La existencia de un déficit de acceso que comporta el establecimiento de la competencia en redes de larga distancia y la imposibilidad al menos momentánea de duplicar las redes locales constituye un factor determinante en la formación del déficit de acceso que puede pesar inicialmente sobre los operadores locales dominantes. La eliminación de este déficit bien mediante un rebalanceo tarifario bien mediante la posibilidad de establecer recargos en el precio de interconexión es un derecho que en principio asiste a los operadores establecidos dominantes.

4.- **Derecho al equilibrio financiero por el ejercicio del *jus variandi*.** La modificación uni-

lateral por la Administración del régimen contractual de la concesión dentro del régimen de gestión indirecta del servicio público, así como la revocación o alteración unilateral de las condiciones de una autorización o licencia da lugar al derecho de restablecimiento del equilibrio financiero mediante la oportuna compensación. Cualquier operador tendría en principio derecho a esta compensación, con arreglo a diversas técnicas operativas, cuando las condiciones del título modificado dan lugar a esta situación de desequilibrio. Por ello el ordenamiento de la regulación económica ha de conjugar los distintos principios que lo disciplinan articulando sistemas de compensación que en principio son derecho de todos los operadores, pero que. al menos en un estadio de transición a la libre competencia, pueden pesar en mayor medida sobre el operador dominante.

H.- NATURALEZA DE LA POSICION DEL OPERADOR DOMINANTE.

Podemos sentar ya como conclusiones que la posición de dominio determinada a través de los mecanismos establecidos en el ordenamiento lleva consigo la adopción de un estatuto jurídico particular y diferencial, comprensivo de obligaciones y derechos dentro de lo que es una situación jurídica. Esta situación, por las condiciones estructurales del mercado de las telecomunicaciones, es cambiante y da lugar a revisiones puntuales y modificaciones que deben ser realizadas en el contexto de la ordenación.

La situación jurídica del operador dominante es de origen legal y reglamentario y comporta una sujeción especial a las potestades ejercidas por el órgano de regulación que las desarrolla en el marco de la ley mediante técnicas de limitación de derechos o de libertades de contratación y de pactos, mediante órdenes individualizadas o mediante reglamentaciones específicas en el marco legal preconstituido. La situación jurídica es especial, transitoria y sigue las evoluciones del mercado y las estructuras específicas del sector. Su carácter asimétrico puede ser reevaluado en función de las condiciones sobrevenidas -como recomienda la Unión Europea en la revisión 99 y establecimiento de un nuevo marco regulatorio para el sector, y que ha constituido el paquete de nuevas Directivas del 2002, y de las que es transposición la recientemente publicada Ley española de Telecomunicaciones de 2003- y tiene todas las características de un jus singulare cuya justificación, alcance y efectos se manifiestan de manera relevante en el sistema de la regulación económica para la competencia.

III. LOS USUARIOS DE TELECOMUNICACIONES.

A.- EL CAMBIO SOBREVENIDO EN LA POSICIÓN JURÍDICA DEL USUARIO.

La liberalización de las telecomunicaciones, el impacto incesante y transformador de las tecnologías, la transformación de los mercados, la convergencia y la revolución multimedia han traído consigo una auténtica revolución del perfil del usuario de los servicios de telecomunicaciones y de su posición jurídica. Estas circunstancias sin duda han incidido sobre la configuración de los derechos y de los deberes de los usuarios y en suma sobre su situación y estatuto jurídico, con la finalidad de propiciar una auténtica y eficaz protección de los usuarios bajo las nuevas circunstancias.

1.- El perfil del usuario en el sistema de servicio en monopolio.

Podemos resumir sintéticamente las notas que caracterizan este perfil, bajo el régimen del servicio en monopolio:

- Cautividad del usuario.
- Desinformación
- Acceso restringido al servicio
- Protección tarifaria
- Pasividad del usuario

2.- Perfil del usuario en el sistema de libre competencia.

Este perfil señalado contrasta con el que asume dentro del sistema de regulación para la competencia, tras los procesos de liberalización, en los que es posible encontrar las siguientes notas:

- La libertad de acceso y elección.
- Las garantías sobre acceso y calidad del servicio
- Una debida información.
- Vigilancia sobre precios y política tarifaria residual.
- La interactividad en la convergencia
- Las diversas clases de usuarios.
- Medios jurídicos y no jurídicos de protección

Por lo demás, y al margen de este perfil, son diferentes también las posiciones jurídicas que ostentan bajo uno u otro régimen, que nos apresuramos a exponer brevemente también:

3.- La posición jurídica del usuario en los diferentes sistemas de ordenación y explotación de las Telecomunicaciones.

El cambio en la posición jurídica del usuario es bien perceptible si se examinan los diferentes sistemas.

Dentro del sistema de servicio público - al menos desde una perspectiva teórica- el usuario se encuentra en una situación legal y reglamentaria, enteramente dominada por el derecho público. Es la tesis clásica del servicio público en su prístina y antecrítica exposición. El usuario accede a

esta situación a través del acto-condición que le sitúa definitivamente, con escasas apelaciones a su iniciativa, en una situación predeterminada por la ley y los reglamentos. Toda la protección le viene dada desde dentro del sistema del servicio público y particularmente a través de las reglas de oro del servicio que se le brindan por este concepto: continuidad, igualdad, adaptabilidad, etc.

Las consecuencias más importantes que desde el plano jurídico derivan de esta especial posición son el carácter estatutario y objetivo de la situación jurídica del usuario y la consiguiente eliminación de su posible derecho subjetivo, teniendo a lo más un mero interés legítimo en la aplicación del estatuto previo a través de la técnica del acto-condición. En suma, esta relación es distinta en su origen, en su concreción y en su eficacia a la de una relación jurídica contractual.

Subsiguiente a la primera crisis de la noción servicio público y más en consonancia con el carácter de servicios públicos industriales y comerciales que desde el principio ostentaron los servicios telefónicos, la posición del usuario deviene en un estatuto mixto en el que conviven la parte legal y reglamentaria con la parte contractual. En efecto, la condición de usuario se plasma en un contrato, el contrato de abono, mediante el cual se materializan las condiciones generales y particulares que se establezcan por la vía reglamentaria y se concreten en una pura relación contractual de derecho privado.

Estamos ante el conocido fenómeno de la huida hacia el derecho privado, que acierta a calificar como una mera relación contractual privada (aunque con importantes contenidos reglamentarios) la posición jurídica del usuario. Lo cual se empezó a identificar con la primera de las crisis sobrevenidas en la noción del servicio publico (aquella que alude a la ruptura de la consecuencia obligada: el régimen inesquivable del derecho publico en la regulación del servicio) en la famosa decisión del Consejo de Estado francés ***Bac d´Eloka*** y otras que le siguieron.

Finalmente, poco a poco la idea del servicio público, en su acepción tradicional y en tanto que actividad asumida por el Poder publico, desaparece de la configuración del sistema de ordenación y de explotación de las telecomunicaciones, bien de forma paulatina o pautada discurriendo hacia un sistema mixto en el que conviven servicios en monopolio con servicios en libre competencia (sistema mixto o de oferta de red abierta), bien de forma definitiva, siendo sustituida por la idea central del servicio de interés general (derecho europeo y derecho español), la posición del usuario se remodela dentro de un sistema complejo de reconocimiento de derechos y de mecanismos para su eficacia, que es reflejo y consecuencia del sistema general de ordenación y explotación de las telecomunicaciones que denominamos como sistema de regulación para la competencia.

En efecto, aquí como allí, los derechos e intereses de usuarios, su logro y satisfacción se han de hacer valer ***prima facie*** a través del mercado. No es vano el principio proclamado universalmente: el destinatario final de la liberalización y de la entronización de la libre competencia es el usuario, el cual será quien finalmente obtendrá los beneficios esperados de más prestaciones, mejor calidad y precios y la posibilidad de elección que le brinda el mercado en competencia. Expresamente se impone en la legislación tener en cuenta el interés de los usuarios en todas sus facetas, como principio rector en la toma de decisiones en los más variados temas típicamente regulatorios tales como interconexión, acceso a redes, numeración, manejo de recursos escasos o servicio universal o servicios obligatorios.

Pero con independencia de las reglas del mercado el sistema general de ordenación exige que sea brindada una específica protección al usuario, hecha valer a través del reconocimiento amplio de una tabla creciente de derechos y de deberes, en sintonía con el desarrollo de los servicios y de las tecnologías de la información, como de la necesidad de salvaguardar ciertos bienes jurídicos que esas mismas tecnologías han hecho peligrar en cierta medida (derecho al secreto, a la intimidad, a los datos personales etc.) y del establecimiento de mecanismos de eficacia para hacerlos valer en todo caso, frente a operadores, frente a Administraciones o frente a otros usuarios.

Esta protección se ofrece a través de la típica regulación, imponiendo obligaciones ***ex ante y ad extra***, sobre todos los operadores, al margen de las reglas y funcionamiento del mercado y extramuros de la esfera de domesticidad que diseña la idea del servicio publico formal.

4.- La protección del usuario en el sistema de regulación para la competencia.

Existen hoy en día diferentes planos en la articulación de la protección que el ordenamiento brinda al usuario de telecomunicaciones y que en todo caso sería necesario coordinar.

a) Protección específica reguladora y protección indirecta o difusa.

Por un lado el usuario es protegido de forma difusa e indirecta mediante el funcionamiento cabal del sistema de mercado. Toda acción que salvaguarde los principios de la libre competencia ha de repercutir por definición en beneficio del usuario.

No parece necesario subrayar que esta acción no basta y que la efectiva protección del usuario debe ser establecida mediante concretas obligaciones sobre los operadores. Y pasa por la articulación de todo un sistema de protección en el que se reconozcan derechos de manera progresiva y se provean las vías y procedimientos para hacer efectivos los derechos reconocidos.

En este sentido, la protección del usuario se inscribe dentro de los esquemas típicos de lo que constituye el sistema de regulación para la competencia y se monta sobre dos planos: la salvaguardia de las reglas del mercado y su protección mediante obligaciones específicas de diversa índole, contenido y naturaleza.

b) Protección general y protección sectorial.

La defensa de los derechos reconocidos a los usuarios se presenta en base de la protección que se brinda a nivel general (en tanto que consumidores y usuarios, en las leyes generales de protección y defensa de los consumidores) y de aquellas otra que se establecen en el ámbito sectorial concreto de las telecomunicaciones. Por regla general, ambos sistemas de protección son acumulativos de manera que la aplicación del concreto no excluya el general y común, si bien en ambos la extensión de los derechos reconocidos y las vías para hacerlos efectivos difieren.

c) Usuario *versus* ciudadano.

Contemplándose aquí la diferente esfera del usuario en sus derechos contractuales o reglamentarios derivados de la relación de servicio, de aquellos otros que le asisten como titular de bienes especialmente protegidos por los ordenamientos constitucionales, tales como el derecho al honor, la intimidad o el secreto a la comunicación o la disponibilidad y acceso a sus datos, y que son susceptibles de defenderse como tales en el orden constitucional (amparo o tutela; amén de otras garantías de carácter constitucional estricto).

5.- Clases de usuarios de telecomunicaciones.

El paso del perfil del usuario desde un régimen de servicio publico, en monopolio y centrado sobre la base del servicio telefónico como preponderante en su carácter básico, hacia un sistema de servicios públicos en competencia o en el régimen de explotación de redes y servicios en competencia que es la regulación económica, se traduce en definitiva en la presencia de una diversidad de categorías de usuarios como nota más característica.

La proliferación de servicios a que en definitiva da lugar la combinación de las aplicaciones de los sistemas de telecomunicaciones, como asimismo la operación de las distintas redes y la interacción de los subsectores de la comunicación que el fenómeno de la convergencia ha hecho crecer y multiplicar, permite distinguir algunos tipos de nuevos usuarios:

Usuario final y usuario intermedio. Siendo el primero el consumidor final, que consume definitivamente el producto que identificamos como comunicación. El segundo sería un usuario de carácter bifronte, instalado en la cadena de producción y que frente al proveedor es un cliente o usuario que se interpone en la cadena de valor para volver a suministrar el producto en sí mismo o añadiendo valor, a otro usuario o consumidor.

Usuario y abonado. Marcando la diferencia entre el usuario fijo y estable a través de una relación duradera con el operador por medio de un contrato (el contrato de abono) del usuario ocasional que accede a los servicios por otros medios distintos (cabinas publicas, tarjetas de prepago etc.)

En el Derecho dominicano, el vigente Reglamento para la Solución de Controversias entre los usuarios y las prestadoras de los servicios públicos de Telecomunicaciones define en su Capitulo I. Definiciones, dos tipos de usuarios. Por un lado, en o) Usuario, con carácter general, que es el "consumidor final de los servicios públicos de telecomunicaciones". Se introduce pues un concepto económico de usuario, que excluye a los denominados usuarios intermedios, o revendedores o aquellos que se introducen en la cadena de valor para volver a vender el producto a usuarios finales propiamente dichos. Es de presumir que en esta definición general se incluyan tanto los usuarios permanentes que tienen establecida una relación jurídica a través de un contrato de abono, como al usuario ocasional o espontáneo que utiliza una cabina publica, por ejemplo, y que no puede estar al margen de la protección brindada por el ordenamiento.

Por otro lado se distingue el usuario titular o cliente que es "aquel que ha celebrado un contrato de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, con un concesionario de dichos servicios" Sobre éste se proyecta todo el régimen de protección diseñado por el ordenamiento dominicano, estando legitimado para interponer las reclamaciones y recursos por inconformidades en el acceso al servicio y funcionamiento del mismo, que quedan reflejados en el Reglamento de Solución de Controversias.

6. El régimen de protección a los usuarios de telecomunicaciones.

Muy abreviadamente, este régimen se establece sobre dos apartados fundamentales. En primer lugar, el amplio reconocimiento de los derechos sobre información, participación en la toma de decisiones, acceso al servicio, regularidad, calidad, continuidad y eliminación de cláusulas abusivas de los contratos. En segundo lugar por el establecimiento de eficaces vías de protección de esos derechos sobre la base de resolución de conflictos por arbitraje, en su modalidad de arbitraje de consumo o de atribución de facultades dirimentes a ciertas administraciones.

B. LA PROTECCIÓN DEL USUARIO EN EL DERECHO DOMINICANO.

La ley 153 de 98, General de Telecomunicaciones, hace de la idea técnico jurídica del servicio público el eje central de la ordenación y la explotación de las telecomunicaciones No obstante, los servicios, si bien públicos, y que se gestionan a través de la concesión como forma de gestión indirecta consolidada de un servicio publico, se prestan en libre competencia. Es en suma el mer-

cado el máximo regulador o regulador ***prima facie*** de los servicios y actividades de telecomunicaciones, pero con importantes precisiones acerca de la protección de los usuarios.

Amplia definición de usuario.

Existe una amplia definición de usuarios, contenida en el capítulo de definiciones de la ley y por la que se incluye en el concepto de usuario tanto al consumidor final como al usuario intermedio que es a su vez proveedor de otros servicios, por su instalación en la cadena de producción de los servicios de telecomunicaciones. No obstante, el Reglamento de Solución de controversias solo alude, como hemos tenido ocasión de apreciar, al usuario en tanto que consumidor final y al usuario titular, o cliente, que es el definido a través del contrato de abono o de prestación de servicios públicos. Categorías que deben ser analizadas en relación al objeto de aplicación del Reglamento de Solución de Controversias en el que figuran.

Derecho de participación.

Igualmente destaca el derecho de participación- consustancial a la toma de decisiones dentro del sistema de regulación- y que se presenta en el derecho dominicano con el trámite de audiencia, amparándose en el derecho de carácter general art. 101.3. " Todo interesado con interés legitimo podrá requerir ser consultado y exponer su posición antes de la toma de decisiones de carácter general o particular que lo afecten, según las reglas de procedimiento que fije el órgano regulador".

Los objetivos de la Ley en aras de la protección del usuario.

Entre los objetivos de la Ley figuran de manera destacada en relación a la protección de los usuarios:

- La garantía del acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de transparencia y no discriminación. (Art. 3 a) iii),
- La satisfacción de la demanda de servicios públicos de telecomunicaciones en condiciones de libre competencia asegurando la continuidad, generalidad, igualdad, y neutralidad de dichos servicios (Art. 3 a) iii).
- El derecho de elección por parte del usuario (Art. 3 c)
- La promoción de servicios en condiciones de calidad y precio. (Art. 3 b).

A su vez, como obligaciones de los concesionarios se fijan específicamente algunos de estos derechos reconocidos universalmente a los usuarios tales como (Art. 30)

- La expansión de los servicios a través de un plan mínimo, como condición para la revocación por incumplimiento del titulo que habilita a prestar los servicios ,y que es presupuesto y condición de la universalidad del servicio como regla de oro material del servicio publico
- La continuidad en la prestación.
- El derecho al acceso al servicio en condiciones reglamentarias y no discriminatorias.
- El derecho a seleccionar y elegir los servicios de larga distancia e internacional mediante los mecanismos adecuados.

- El reconocimiento de un derecho de consulta de abonados salvo los que hubieren ejercido el derecho de reserva, derecho a conocimiento de tarifas, atención de consultas generales y de reclamos y procesamiento de reclamos de usuarios y clientes, incluso a través de la vía telefónica, lo que se enmarca dentro de la rubrica general del derecho a la información de usuarios, y de conocimiento de los reclamos efectuados.

Órgano competente en materia de protección de usuarios.

Corresponde al órgano regulador velar por el cumplimiento y supervisión de los derechos de los usuarios, dirimiendo los conflictos que puedan sobrevenir con los operadores y prestadores de servicios (78 g y h), por lo que cabe sentar que el sistema de regulación dominicano opta por el modelo que concentra en el órgano regulador las competencias para salvaguardar los derechos de los usuarios y clientes, de forma centralizada. El Reglamento de Solución de Controversias reconoce en su Considerando sexto la inexistencia en el derecho dominicano de un régimen general de protección a los usuarios de los diferentes servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que se da pie para que de forma sectorial se canalice lo que muy bien puede entenderse el estatuto de los usuarios de telecomunicaciones.

Convenientemente se destaca en el considerando séptimo del Reglamento citado, la especial configuración del órgano regulador como órgano que vela a la vez por el mantenimiento de la libre competencia y por la " defensa de los usuarios y la efectividad de sus derechos en los servicios públicos de telecomunicaciones" y que contribuye a realzar el perfil original del órgano de regulación, al ser órgano de doble misión que pudiere acarrear una cierta disfuncionalidad por lo que implica el asumir a la vez la regulación para la competencia, que asigna la defensa de intereses difusos y entre operadores, y la defensa de los usuarios, a través de técnicas precisas en orden a la satisfacción de intereses concretos.

Vía específica de solución de controversias entre prestadoras de servicios y usuarios.

El Reglamento para la Solución de Controversias entre los Usuarios y las prestadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones viene a ser la pieza clave, por su desarrollo y concreción, de las escasas directrices contenidas en la Ley sobre el sistema de Protección del Usuario.

Con base en las facultades que otorga la Ley 153-98, art. 78 al órgano de regulación para dirimir conflictos surgidos entre operadoras y entre usuarios y prestadores de servicios públicos, y la amplia facultad reglamentaria de desarrollo incluida en el art. 79 de la ley, el Reglamento instituye un sistema realmente peculiar de solución de controversias con el objetivo de asegurar la defensa de los usuarios y la efectividad de sus derechos.

En el bien entendido que el procedimiento que se contiene en el citado reglamento no agota el aspecto de la normación, en este caso sustantiva, para la debida protección del usuario y que debería contemplar la elaboración de un Estatuto General del Usuario de las telecomunicaciones, que estableciese sus obligaciones y derechos e incorporando al propio tiempo las diferentes vías de protección (contractual, administrativa, arbitral, de vigilancia sobre concesiones y títulos etc).

Las instancias de solución de controversias.

El procedimiento de solución de controversias se establece en dos fases:

1) Una vía de reclamación que en todo caso se configura como previa y requisito de procedibilidad para la interposición del auténtico recurso o reclamación ante los Cuerpos Colegiados establecidos en el órgano regulador, ante las diferentes operadoras. Este procedimiento debe ser " expedito y sencillo" y está abierto a " cualquier reclamación, queja o reclamo, consistente en el requerimiento que podrá interponer el usuario ante la prestadora para manifestar su inconformidad o queja por cualquier situación relativa a los servicios públicos de telecomunicación contratados".
2) Una vía de reclamación ante los Cuerpos Colegiados, cuya composición, competencias y funciones se establecen en el Reglamento, colmando así una laguna de la ley.

Objeto de la reclamación

En cuanto al objeto de la reclamación, se define de forma amplia, como cualquier inconformidad del usuario ante la prestación del servicio contratado, en cualquiera de las fases o elementos (contratación, facturación, instalación, activación, o cancelación, traslado, suspensión o corte, retro y averías de y en los servicios, falta de entrega o entrega tardía de la factura en el domicilio del usuario y, en general, cualesquiera reclamos o quejas basados en problemas de calidad en el servicio brindado" (Art. 3.1).

No siendo esta lista de posibles reclamaciones de carácter limitativo, de la amplia y expresiva definición de la calidad del servicio que se contiene en el art. 3.2, fácilmente puede deducirse la amplitud del objeto de la reclamación con que el Reglamento contempla la protección del usuario y el reconocimiento de sus derechos. Deberá entenderse además extensible a todos aquellos derechos e intereses que a los usuarios se les reconoce en los correspondientes contratos de prestación de servicio, o en los Reglamentos de cada servicio o en las concesiones y títulos que habilitan a las operadoras para la prestación de los servicios. Y las resoluciones que emita el órgano regulador en el ejercicio de las funciones y competencias atribuidas. (Art. 2.2)

No obstante este tipo de reclamación general, se dispone asimismo de un recurso especial -esta vez directamente- interpuesto ante el Consejo Directivo del INDOTEL, respecto de "aquellas decisiones, individuales, o colectivas, productos de políticas económicas, publicidad engañosa, cláusulas abusivas y publicidad dolosa ejecutadas por las prestadoras" (Art. 36.1), pudiendo en estos casos intervenir de oficio el INDOTEL.

El deslinde entre uno y otro objeto de posible reclamación se hará de conformidad a la naturaleza de la conducta de la operadoras y se justifica en su efectividad ***erga omnes***, en contraste con las situaciones concretas e individualizadas de los usuarios vinculados por contrato con la prestadora del servicio.

La reclamación previa ante la prestadora de servicios.

La reclamación ante la operadora, que se establece con carácter previo como vimos, a cualquier otra reclamación ante los Cuerpos Colegiados, está sujeta a un formato(formularios) y un procedimiento que se establece en sus líneas generales en cuanto a legitimación activa y pasiva (sólo los usuarios titulares y sus representantes) amplitud de forma de interposición (Art. 8), gratuito

(Art. 7), sin deber especial de postulación o de actuación mediante Abogado (Art. 6) y sujeto a plazos perentorios, que habilitan al reclamante, una vez transcurrido el termino, para acudir al órgano de regulación (configuración de silencio administrativo negativo y trámite de recurribilidad).

Se imponen asimismo plazos perentorios para la resolución a cargo de la operadora (treinta días, Art. 12.1).

Importantes son las medidas de garantía impuestas en el título III a la prestadora de servicios. La interposición de reclamación ante las mismas es de carácter obligatorio sin que la prestadora pueda exigir como condición previa el pago del monto reclamado o proceder al corte o desconexión del servicio o resolver el contrato. En todo caso, aún en el supuesto de estimarse la reclamación, la operadora no podrá efectuar cargo adicional por concepto demora y/o intereses.

La posición del usuario-reclamante es así sumamente ventajosa sin que puedan evitarse las reclamaciones infundadas, en algunos casos, con el único objeto de demorar el pago debido. Lo cual deberá ser objeto de valoración a puros efectos de equidad.

En relación a los procedimientos de reclamación se configura un derecho básico a la información de los procedimientos establecidos por la ley y el reglamento, estableciéndose obligaciones precisas respecto de las prestadoras para difundir e informar de este derecho, dándole a esta difusión una divulgación concreta por medio de soportes propagandísticos. (Art. 14.1). El INDOTEL asume competencias de vigilancia sobre este aspecto del derecho a la información general de las vías y procedimientos establecidos para la reclamación y que se articula de manera autónoma en este apartado. Un registro de reclamos junto a la obligación de presentar reportes al órgano regulador con carácter trimestral y la obligación de conservar los expedientes sin que los mismos sean adulterados o modificados constituye el conjunto de obligaciones que garantizan de alguna manera el conocimiento por parte de los usuarios de sus derechos procesales.

La reclamación ante los Cuerpos colegiados.

La Gerencia de Defensa de la Competencia y Protección al consumidor (capítulo 4º), ostenta funciones que, básicamente, se reconducen a las de un órgano ejecutivo específico para la garantía del respeto de los derechos y de los usuarios y de asistencia y soporte técnico y administrativo a la secretaría de los cuerpos colegiados, que son en definitiva los tribunales ad hoc que entienden con plena jurisdicción de las reclamaciones efectuadas por los usuarios.

Estos cuerpos colegiados son tribunales tripartitos (18.1), seleccionados de una lista previa de personas elegibles con requisitos especiales de capacidad y de idoneidad para el desempeño de sus funciones y que ostenten características de imparcialidad respecto de los asuntos que pueden serles encomendados en cumplimiento del procedimiento.

Se instituye la Secretaría de los cuerpos colegiados (art. 21) con importantes funciones respecto del mecanismo de solución de controversias habidas con los usuarios. Estas se componen de funciones de notificación, documentación, custodia de expedientes, y trámite de homologaciones que le corresponden como cualquier órgano que actúa con funciones secretariales; y funciones de convocatoria de los cuerpos colegiados y de selección de los integrantes de éstos últimos de entre las listas preestablecidas.

No se trataría de tribunales preestablecidos, como es habitual en otros ordenamientos, de conformidad a las características propias del arbitraje de consumo masificado, sino de, en principio, tribunales elegidos para cada asunto encomendado, según el tenor literal del art. 21.1.1. Es de

esperar que la práctica del procedimiento reconduzca hacia la fijación de cuerpos colegiados en cierta manera especializados según el tipo de asunto o reclamación efectuados.

En cuanto al objeto de la reclamación, el recurso ante estos cuerpos colegiados viene a constituir en cierta manera un recurso de apelación contra las decisiones obligatorias formuladas por las prestadoras en las reclamaciones previas o un recurso propiamente dicho contra la inactividad o el silencio de las mismas ante la reclamación efectuada. No aparece directamente establecido en el reglamento sino que ha de ser el usuario necesariamente el que interponga el recurso que ha de contar previamente con el acto o decisión expresa o presunta de la prestadora.

El procedimiento ante los cuerpos colegiados se inicia con el traslado en un plazo de 10 días a la prestadora para que presente su posición respecto del reclamo presentado junto a la documentación de apoyo, dándose a ésta actuación un carácter preclusivo por cuanto no se podrán presentar ni nuevas alegaciones ni documentación complementaria, salvo las que tengan objeto de una decisión del cuerpo colegiado en el supuesto excepcional del art. 27.2, en el cual mediante una diligencia para mejor proveer, y con una amplísima facultad, el órgano dirimente puede ordenar cualquier instrumento de prueba dirigido a las partes o a terceros.

La decisión final del órgano deliberante se hará dentro de un plazo de veinte días laborables contados a partir del vencimiento del plazo otorgado a la prestadora y al que hemos hecho mención anteriormente (art. 27.1). En todo caso, esta decisión ha de ser homologada por el Consejo Directivo del órgano regulador en un plazo máximo de diez días subsiguientes a su pronunciamiento. De ello resultan dos características esenciales respecto de la naturaleza de la resolución dirimente de los cuerpos colegiados. Por un lado, la ausencia del carácter de laudo de la decisión propiamente dicha, puesto que precisa, para su plena eficacia, de la aprobación u homologación del órgano regulador. Por otro, la naturaleza administrativa imputable a un órgano integrado, de una u otra manera, como hemos tenido ocasión de apreciar en la Administración pública. Sin embargo, estas decisiones homologadas alcanzarán plena ejecutoriedad con dispensa específica de los requisitos establecidos en los art. 1.020 y 1.021 del Código de Procedimiento Civil y contra las mismas cabrá únicamente el recurso ante la Suprema Corte de Justicia.

Se trataría en suma de actos administrativos con eficacia civil, en la línea de los más modernos sistemas y procedimientos de reclamaciones de usuarios de servicios públicos (Francia) lo cual garantiza los derechos de los usuarios mediante un contencioso de plena jurisdicción, es decir con la posibilidad de acciones de condena propias de un derecho subjetivo del usuario y no como un mero control de legalidad o recurso por exceso de poder en la tradicional terminología del contencioso-administrativo. Consecuencia a su vez de este carácter es la posibilidad de que las partes en cualquier momento o instancia del procedimiento puedan llegar a un acuerdo transaccional levantando el acta oportuna, la cual tiene también la misma fuerza ejecutoria que las decisiones de los cuerpos colegiados.

UNIDAD DIDÁCTICA 7
LAS ACTIVIDADES REGULADAS. REDES, APARATOS Y SISTEMAS

PRIMERA PARTE. LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES.

SUMARIO

Introducción

I.- RELEVANCIA DE LA RED EN UN SISTEMA DE ORDENACION DE LAS TELECOMUNICACIONES.

A.- La red en el sistema de servicio público.-
B.- La red en el sistema de regulación para la competencia.-
C.- El estatuto de las redes como elemento diferenciado.

II.- EL CONCEPTO DE RED DE TELECOMUNICACIONES.

A.- Concepto legal de red.
B.- Concepto de infraestructuras.
C.- Concepto de redes por sus elementos.

III.- LOS ELEMENTOS DE LA RED.

A.- Nodos y enlaces. Inteligencia de red.
B.- Redes de acceso y tránsito.

IV.- CLASES DE REDES

A.- Por el ámbito de cobertura.
B.- Por el medio de transmisión empleado.
C.- Por la estructura de la comunicación establecida
D.- Por el sentido de la comunicación.
E.- Por la disponibilidad frente a terceros.
F.- Por el número de redes en presencia.

V.- ESTABLECIMIENTO DE REDES.

VI.- LA PROTECCIÓN DE LAS REDES DE TELECOMUNICACIÓN

SEGUNDA PARTE. EQUIPOS Y APARATOS

I.- HOMOLOGACIÓN DE EQUIPOS, APARATOS Y SISTEMAS.

II.- LOS INSTRUMENTOS DE UNA POLITICA DE HOMOLOGACION.

III.- HOMOLOGACION DE APARATOS Y EQUIPOS EN EL DERECHO DOMINICANO.

IV.- LA TRASCEDENCIA JURIDICA DE LA HOMOLOGACION Y NORMALIZACION DE EQUIPOS, APARATOS Y SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES.

V.- OPERACIONES QUE COMPORTA EL SITEMA DE NORMALIZACION TECNICA

PRIMERA PARTE.
LAS REDES DE TELECOMUNICACIONES.

I.- RELEVANCIA DE LA RED EN UN SISTEMA DE ORDENACION DE LAS TELECOMUNICACIONES.

Las telecomunicaciones constituyen una industria de red. Como en otros servicios públicos similares la distribución de los bienes y prestaciones en que consiste el servicio se realiza a través de una red por la que transita la información hasta el consumidor -usuario final.

La red tiene relevancia desde el punto de vista del Derecho en sí misma considerada, con independencia de los servicios y aplicaciones que hace posibles, y en tanto que:

- Constituye un conjunto de bienes materiales e inmateriales que son objeto de apropiación y de uso y disfrute.
- En tanto que para su establecimiento y desarrollo se siguen una serie de operaciones sobre el dominio público y el privado
- Su operación constituye una actividad regulada sujeta al juego de títulos habilitantes específicos para ese tipo de operaciones.
- El Poder público garantiza su acceso por terceros en condiciones técnicas y jurídicas precisas y su interconexión con otras redes.
- Su expansión y mejora constituye el lineamiento básico para el diseño de una política regulatoria que propenda al desarrollo del sistema integral de las telecomunicaciones en régimen de libre competencia o de servicio público.
- Porque el ordenamiento ha de velar por su protección, evitando daños e interferencias al funcionamiento del sistema vertebral de las telecomunicaciones.

Son éstos otros tantos aspectos que explican y justifican la relevancia de las redes públicas en la nueva singladura del Derecho de las telecomunicaciones y que la Red como tal se haya erigido como uno de los capítulos fundamentales y que sea incluso conveniente a efectos didácticos el hablar de un estatuto jurídico de las redes de telecomunicaciones. No obstante, preciso es dejar sentado desde aquí que la Red, como elemento técnico y como objeto de relevancia jurídica, presenta una distinta posición bajo el régimen de explotación de servicio público y bajo el régimen de ordenación y explotación en libre competencia.

A.- La red en el sistema de servicio público.

Bajo la teoría unitaria del servicio público formal la red es un elemento básico pero un elemento más que queda absorbido y englobado en la organización servicial. Sus prestadores ostentan el derecho implícitamente de establecer la red, esto es, implantarla, construirla o utilizar otras redes ajenas para adscribirlas al servicio de que se trata. Sobre ellos pesa la obligación de extender, mejorar y universalizar el servicio, disponiendo para ello de importantes prerrogativas de Derecho Público: la limitación o sacrificio de los bienes privados por donde transcurre o el uso del dominio público, que se ejercen a través de las correspondientes expropiaciones, servidumbres o concesiones demaniales.

Un hecho se desprende inequívocamente de la connotación servicio público prestado en monopolio. La red forma parte inescindible con el servicio y constituye un elemento en cierto modo irrelevante desde el punto de vista jurídico toda vez que queda integrado en el régimen de la organización y de la prestación que es el que adquiere mayor relevancia.

Por otra parte, las redes en tanto que infraestructuras básicas constituyen, en la perspectiva señalada, un acabado modelo de monopolio natural. La duplicación de redes es considerado a priori como un despilfarro; los esfuerzos inversores se encaminan en consecuencia a una sola red; las economías de escala basadas en la utilidad marginal en la expansión de los servicios son un hecho incontestable. El cumplimiento de las reglas propias del servicio público (continuidad, universalidad, adaptabilidad, calidad, progreso etc.) exigen al mismo tiempo la unidad de la red y el monopolio sobre las infraestructuras.

B.- La red en el sistema de regulación para la competencia.

La introducción de competencia ha de producir, inevitablemente, un cambio notable en las condiciones de operación de redes y servicios y en su respectivo régimen jurídico. El desarrollo tecnológico, primero, y el cambio estructural de mercado, después, van a incidir sobre el concepto mismo y sobre la estrategia de la explotación de las redes y de los servicios que por ellas transitan.

La primera consecuencia – o quizás el presupuesto de todo ello- es la separación de red y de servicio desde el punto de vista de la ordenación y explotación de ambas categorías de actividades. Una sola red puede transportar la información que se corresponde con una multiplicidad de servicios. No existe más la adscripción de una sola red a un solo servicio, como antes: la red telefónica conmutada en el servicio telefónico básicamente. Las redes son así las infraestructuras básicas de la información en el nuevo modelo de ordenación y explotación de las telecomunicaciones en competencia.

Actividades separadas que implican explotación asimismo separada y régimen jurídico diferenciado para redes y para servicios, lo cual no impide obviamente que les sean aplicables los mismos principios del sistema de regulación.

La desintegración vertical es un hecho y las combinaciones de formas de explotación, incalculables. El negocio de las telecomunicaciones se diversifica y aparecen agentes numerosos que explotan tal o cual segmento de la red o tales o cuales servicios o grupos de servicios.

La mayor o menor dificultad en esta disección de los elementos del negocio en la industria de red irá en consonancia con las características técnicas, económicas y estructurales de cada sector. En lo que toca a las telecomunicaciones, la separación de actividades se ha visto dificultada durante un cierto tiempo debido a la presencia de operadores ex-monopolistas que han mantenido después, pese a la introducción de una cierta competencia, un férreo control sobre el núcleo duro del sistema de las telecomunicaciones, las redes y el servicio telefónico básico. El caso europeo en las primeras fases de su evolución y la filosofía que ha impregnado la oferta de red abierta es de por sí suficientemente ilustrativo. En un primer momento, el de la transición hacia la competencia efectiva, la separación entre red y servicios debía traducir al propio tiempo la circunstancia de la separación entre actividades competitivas y actividades no competitivas, en monopolio o en exclusiva. El primer imperativo que de ello se deducía era la necesidad de otorgar una garantía en el acceso a las redes, en esos momentos en mano de los operadores públicos, en condiciones equitativas y transparentes tanto técnica como económicamente, asegurando con ello la pervivencia de un sistema mixto que englobaba actividades bajo regímenes de explotación sustancialmente diferentes.

La liberalización final, en el marco europeo y en otros amplios confines, también en Latinoamérica, de las redes y infraestructuras de los servicios, ha mantenido el mismo principio –que nos atreveríamos a calificar como estructural en el nuevo sistema de regulación económica sustitutivo de los monopolios- de separación de actividades y de diferenciación de regímenes jurídicos para redes y para servicios. Como también se ha mantenido el principio de acceso a las redes públicas por parte de otros prestadores de servicios y usuarios y también de otros operadores de redes públicas a través del básico instituto de la interconexión.

C.- El estatuto de las redes como elemento diferenciado.

La separación de actividades se desarrolla llegando a configurar un régimen específico para las redes e infraestructuras formado por un conjunto de derechos y obligaciones que conforman lo que bien puede denominarse el estatuto jurídico de las redes de telecomunicaciones.

Básicamente este estatuto contiene los puntos siguientes que se corresponderían con otros tantos puntos problemáticos que suscitan la ordenación y explotación de las redes separadas de los servicios y en libre competencia:

1- Los modelos teóricos de ordenación y de explotación de las redes de telecomunicaciones.

Las redes, en abstracto pueden configurarse en lo que concierne a su uso por terceros de diferentes maneras. Existen, por así decir, varios modelos teóricos de la explotación de las redes, bien bajo un esquema unitario y centralizado, bien en un esquema abierto y descentralizado de pluralidad y en competencia. El ordenamiento debe precisar cuál es el uso o destino de las redes en orden a su función en el transporte y distribución de la información, en relación a otros operadores, prestadores y usuarios y en cuanto a su condicionante como redes abiertas, esto es, disponibles al acceso y uso de terceros que es un elemento configurador de la explotación de las redes en el libre mercado.

Entre estos modelos definidos en abstracto podemos distinguir los siguientes:

a) Modelo de unidad de red.

Podemos entender como modelo de unidad de red aquel en que todos los servicios de telecomunicaciones deben necesariamente prestarse a través de una sola red o red pública de telecomunicaciones, en cuanto red abierta al público en general, y cuyo titular es el operador que provee los servicios de telecomunicaciones en régimen de monopolio. La integración de red y servicios es completa y forman un todo indisoluble desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable. La red en suma no es más que un elemento en la organización y explotación del servicio.

No obstante, podemos apreciar una unidad de red de carácter estructural (plena integración red-servicios); una unidad de red de carácter cautelar (solo se permiten redes alternativas de la red pública, en defecto de servicios finales y portadores, por cualquier motivo), y una unidad funcional que exige, en todo caso, y sobre todo en régimen de pluralidad de redes, el funcionamiento interconectado de éstas como un todo desde el punto de vista del usuario final.

Ejemplos de los tres aspectos citados de unidad de red los tenemos en los arts 17.1, 23 y 28.2 de la antigua LOT española, respectivamente.

b) Modelo de *common carrier*.

Se concibe la red en su unidad pero exclusivamente a los efectos del transporte de la señal. Es el sistema en que el portador común sirve la red y las infraestructuras para otros servicios de telecomunicación, pero sin que el titular de la red preste otros servicios que no sean los del mero transporte. No existe en consecuencia la integración de red y de servicio.

c) Modelo de red abierta.

Es el modelo al que ha tendido la evolución del régimen de las telecomunicaciones como consecuencia del proceso de liberalización de servicios (en principio limitada básicamente a los servicios de valor añadido). Se mantiene la unidad estructural de la red, que forma parte de la categoría de derechos reservados, pero al propio tiempo se regulan los accesos a la misma por parte de otras redes de carácter privado o corporativo y de titulares de servicios de valor añadido, bajo los principios de igualdad, neutralidad o no discriminación. Es el modelo imperante en Europa y en muchos otros países a partir de Libro Verde de los Servicios de Telecomunicaciones del ano 1987 y de las Directivas, de Servicios y de Oferta de Red Abierta, que lo implementaron. Este régimen o modelo puede ser considerado como un modelo de transición o de paso hacia otros sistemas de pluralidad de redes y de servicios bajo regímenes jurídicos en plena competencia. En una cierta medida es el modelo incorporado a la LOT española que permitió la existencia de servicios de valor agregado, a través de redes propias y de redes ajenas (las de los titulares de los servicios portadores, finales o de difusión) y finalmente modificado para la adaptación al Derecho comunitario por la Ley 32/92.

d) Modelo de pluralidad de redes, con carácter de libertad en cuanto al derecho de establecimiento, por medios propios o ajenos y de su utilización por el titular o para terceros.

Supondría libertad de establecimiento (de redes e infraestructuras), libertad de elección (para los proveedores de servicios) e interconexión como derecho, en condiciones de igualdad, neutralidad y no discriminación). Admite en su formulación infinidad de variantes, bien se limite o restrinja el número de titulares/operadores de red, en ámbitos generales o por demarcaciones; con integración o sin integración del servicio o servicios correspondientes etc. En consecuencia permite la existencia de constructores de redes o de operadores de las mismas, para sí o para terceros.

2- Regulación del acceso al mercado en condiciones garantes de la libertad (como derecho subjetivo de los accedentes).

Existirán títulos habilitantes para operar redes y títulos habilitantes para prestar servicios. La circunstancia de poseer un título de los primeros no habilita para prestar servicios ni viceversa. Tal es el caso del Derecho europeo, transpuesto en las legislaciones nacionales a partir de la Directiva de autorizaciones y licencias, como también de algún ordenamiento latinoamericano, Méjico y Venezuela entre otros.

3- Regulación del acceso a las redes por parte de otros operadores, prestadores y usuarios en condiciones equitativas y transparentes.

Los nuevos entrantes no solo han de acceder al mercado. Han de vivir en él y el ordenamiento ha de garantizarles las condiciones mínimas para que puedan operar, facilitándoles el acceso a las redes e infraestructuras existentes en tanto que forman parte de las denominadas instalaciones esenciales ***(essential facilities)***.

La forma de materializar esta condición inexcusable para la promoción y conservación de la libre competencia es, comúnmente, la imposición de una obligación (o de un conjunto de ellas) hacien-

do surgir el correlativo derecho en el accedente. Es el supuesto del acceso (género) y de la interconexión (especie) de redes públicas de telecomunicaciones.

El acceso es pues elemento determinante en la instalación de un régimen de competencia efectiva. Por tratarse de un negocio jurídico entre partes deberá establecerse lo concerniente a la determinación quienes pueden acceder (usuarios, titulares de otras redes, prestadores de servicios), bajo qué condiciones (contenido del negocio jurídico) y con arreglo a qué régimen jurídico (negociación previa, imposición de servidumbres, potestades de resolución dirimente de las controversias habidas etc.)

4- Determinación de obligaciones de servicio público.

Entendiéndose por tales aquellas que se imponen ***ex lege*** sobre los operadores (servicio universal, obligaciones concretas de servicio público, o son asumidas en el marco legal y reglamentario o contractualmente por los operadores).

Las redes se conciben como de carácter abierto, característica que impone su accesibilidad y su universalidad, hechas valer por concretas obligaciones al margen de o sustituyendo al mercado propiamente dicho. Es uno de los elementos esenciales, como hemos visto, del sistema de regulación económica. Por otra parte, la asunción de obligaciones de servicio público, por lo que suponen de carga para el operador que las soporta es susceptible de contraprestación, bien de carácter económico, bien en forma de prerrogativas de derecho público en cuanto a la utilización del dominio público o privado por donde transcurren las redes y las infraestructuras asociadas.

Por lo demás, la presencia incuestionable de operadores dominantes modaliza el carácter de las obligaciones que pesan en general sobre los agentes del sector, imponiendo, sobre todo en los estadios de transición hacia la competencia efectiva, un status específico que algunos han calificado como de asimetría regulatoria de variado alcance, finalidad y régimen jurídico.

5- El establecimiento de red.

Que comporta a su vez toda una serie de operaciones. Bien la construcción ***ex novo***, bien la utilización de redes preexistentes o la combinación de segmentos y partes de las mismas, adscribiéndoles al fin de la operatividad funcional, por medio de negocios jurídicos idóneos para ello.

6- La protección de las redes.

El ordenamiento ha de prever la protección de las redes de telecomunicaciones en sí mismas consideradas, frente al acceso no debido o la conexión de aparatos equipos y sistemas que puedan causar distorsiones en el funcionamiento o causar interferencias perjudiciales. Se trata del régimen de protección general de las redes, en sí misma consideradas o en alguno de sus elementos, como pueda ser el espectro radioeléctrico.

7- Uso de recursos escasos adscritos a las redes de telecomunicaciones.

El manejo y operación de las redes exige al propio tiempo el uso de determinados recursos considerados como escasos por el ordenamiento jurídico en virtud de sus características y que deben ser administrados, como tales recursos, en condiciones óptimas y equitativas para todos. Ello justifica el régimen de la numeración, del espectro radioeléctrico o de la compartición de infraestructuras sobre las que se asientan las redes de telecomunicaciones.

8- La operación de las redes de telecomunicaciones.

La operación de las redes se enfoca así mediante una serie de negocios jurídicos privados y públicos que han de traducir en definitiva el equilibrio entre la manifestación primaria jurídica de las reglas del mercado, que es la autonomía de la voluntad, y la satisfacción del interés general que se persigue a través del ejercicio de potestades administrativas en el regulador. Ello comportaría también un régimen diferenciado.

En el Derecho de los países europeos, a impulsos del Derecho comunitario, la operación de las redes públicas es sometida a la exigencia de un título habilitante por el que se aplica el ordenamiento. En el Derecho español era objeto de una licencia individual, de conformidad a la ley de 1998, lo que suponía una particularización de las condiciones establecidas y un otorgamiento reglado aunque no automático, rigor que contrastaba respecto de la autorización general, y que se justificaba por el marcado interés regulatorio de las redes en régimen de competencia. Hoy en día el nuevo marco regulatorio que surge de la Revisión 99 y en lo que toca a los títulos habilitantes, una nueva Directiva sobre Autorizaciones elimina la figura de la licencia individual y reconduce los títulos habilitantes hacia la figura unitaria de la autorización general admitiéndose únicamente en supuestos muy especiales (espectro, etc.) una autorización específica. La tendencia es pues la de eliminar los títulos habilitantes y la regulación ex ante, paulatinamente sustituida por una regulación general ***ex post***, más propia del Derecho de la competencia, como sabemos. Finalmente, como sabemos, la ley española de 2003 ha suprimido todo título habilitante para la operación de redes de provisión de servicios.

9- Las redes de telecomunicaciones en tanto que instalaciones esenciales. Doctrina de las *essential facilities*.

La doctrina de las instalaciones esenciales y de la necesidad de la garantía de su acceso por otros operadores se fundamenta en una característica propia de los sistemas de explotación de servicios de utilidad pública o servicios públicos sobre estructuras de redes. Aunque no sea éste el único aspecto sobre el que se proyecta la doctrina (que afecta a todo recurso detentado o controlado por un operador con desventaja para los demás) es en el ámbito de las redes e infraestructuras en donde tiene una mayor aplicación u oportunidad, sobre todo en el estadio de transición hacia o de consolidación de la libre competencia en los mercados. Como tal constituye uno de los aspectos primordiales de la actividad de regulación económica en competencia.

Es necesario garantizar un régimen objetivo de acceso a las infraestructuras existentes en el mercado, fundamentalmente como consecuencia de la desmonopolización, eliminando las posibles ventajas de entrada que pueden disfrutar los operadores históricos, ex monopolistas y por naturaleza dominantes. La promoción de la competencia y sobre todo su mantenimiento y salvaguardia a través de los sucesivos desarrollos del mercado exige en primer lugar un adecuado régimen de garantías objetivas de los elementos esenciales. La doctrina de las essential facilities tiene entonces una importancia singular.

En pocas palabras, la doctrina de las ***essential facilities*** trata de configurar y de individualizar las circunstancias económicas y jurídicas por las que una infraestructura puede ser declarada esencial. La declaración, con este carácter, de las infraestructuras da lugar a un régimen específico de derecho objetivo que delimita las condiciones de acceso a las mismas con la doble finalidad de evitar las distorsiones a la libre competencia y asegurar la accesibilidad de las redes e infraestructuras por parte de los usuarios potenciales y de los ciudadanos en general.

La doctrina de las ***essential facilities*** ha sido objeto de acogida en diversos ordenamientos, entre los que señalamos:

En Estados Unidos las principales sentencias en materia de ***essential facilities*** ha tenido lugar, en aplicación de la Sherman Act. Ya en 1912, el caso antes mencionado sobre los ferrocarriles ***(United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis)*** entendió de la negativa al acceso a una infraestructura que se consideraba esencial para las empresas concurrentes, desde entonces considerados ya como (cuello de botella). En el mismo sentido la sentencia ***Otter Tail Power Co. V, United States*** sobre la negativa a la interconexión efectuada por la empresa eléctrica con aquellas otras líneas de las empresas municipalizadas que querían distribuir energía eléctrica directamente a los consumidores finales. Es relevante ya, que en esta sentencia temprana en los Estados Unidos se considerase que la aplicación de la Ley antimonopolio debía ser general, incluso para aquellas empresas que ostentasen el carácter de una **public utility**.

La sentencia MCI sentó la exigencia de cuatro condiciones mínimas para la aplicación de la doctrina de las essential facilities:

- La ***essential facilitie*** debe ser propiedad o controlada por una empresa monopolista.
- Imposibilidad práctica o razonable para los competidores el duplicar la ***essential facilitie***.
- Rechazo del acceso a la ***essential facilitie*** por parte de su propietario.
- La posibilidad de acceso a la ***essential facilitie*** debe ser efectiva.

Igualmente ha sido acogida por la Unión Europea. La posición de la Comisión Europea respecto de la doctrina de las ***essential facilities*** es la siguiente:

Según la Comisión, los casos relativos a las ***essential facilities*** no representan una excepción-como en el caso de los Estados Unidos- al régimen de libre competencia sino que es una específica aplicación de este último en relación a las discriminaciones y obstáculos competitivos provocados por empresas en posición dominante. En suma, se asocia en la visión europea de esta doctrina el carácter del operador dominante como uno de los elementos del sistema que da lugar como sabemos a un estatuto particular de este operador, dentro del sistema general de la libre competencia.

Son interesantes los casos de la Corte de Justicia Europea denominados ***Commercial Solvents*** de 1974; el caso ***Oscar Bronner*** de 1997 y el de ***Tiercè Ladbroke*** del Tribunal de primer grado.

II.- EL CONCEPTO DE RED DE TELECOMUNICACIONES.-

A. Concepto legal de red.

La Directiva europea de plena competencia define la red como “un sistema de transmisión y, si es el caso, acompañada de conmutación o los demás mecanismos que permiten la transmisión de señales entre puntos terminales de red definidos por medio de hilo, radio, medios ópticos u otros recursos electromagnéticos”.

La antigua ley española de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) definía la red como conjunto de canales, circuitos y, en su caso, dispositivos de conmutación que proporcionan conexiones entre dos o más puntos definidos para facilitar la telecomunicación entre ellos.

El Código francés de Correos y Telecomunicaciones define la red destacando su finalidad de conexión, como toda instalación que asegura la transmisión de señales de telecomunicación que contienen información, así como el envío de señales de mando y gestión asociadas a aquella señal.

Las Directivas ORA y de servicios de 1990, insistiendo en la idea de la finalidad de las redes, la definen como “la infraestructura de telecomunicaciones que permite la transmisión de señales entre terminales de red definidos, bien por cables, bien por ondas hertzianas, bien por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos” .

La LGT española de 1998 define la red como “el conjunto de sistemas de transmisión y, cuando proceda, de conmutación, que permiten la transmisión entre puntos de terminación de red definidos mediante cable, medios ópticos, u otros medios”.

A su vez la Ley de Telecomunicaciones de 2003 define la red de comunicaciones electrónicas como “ los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluida Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada”. (Anexo, 25)

En estas definiciones, el concepto central de la red se apoya en la función transmisora o el otorgamiento de la capacidad transmisora, independientemente de los soportes, alámbricos o inalámbricos, utilizables a tales fines. De esta definición es preciso separar conceptualmente las infraestructuras.

Interesa en consecuencia saber cuáles son los elementos que integran el concepto legal de red pública de telecomunicaciones. Ello tiene extraordinaria importancia puesto que no todas las infraestructuras son redes de telecomunicaciones y que no todos los elementos impuestos para una utilización operacional de telecomunicaciones constituyen en sí mismos o integran el concepto de red pública de telecomunicaciones. Para ello se precisa que todos estos elementos aparezcan ensamblados y que se consiga el resultado final que caracteriza a la red pública de telecomunicaciones, esto es, la transmisión de señales entre puntos de terminación definidos, con independencia del medio por el cual ser realiza dicha transmisión. En resumen: el concepto legal de red pública de telecomunicaciones en su versión técnica alude en primer lugar a un resultado finalista, es decir la transmisión de señales de telecomunicación; y en segundo lugar a la independencia del medio previsto para ello y siempre y cuando sea idóneo para efectuar la antedicha transmisión de señales.

El problema tiene extraordinaria importancia como decimos, al menos en dos supuestos que han acaparado el interés de la doctrina, y que por otra parte han sido objeto de resoluciones por parte de la Administración española.

a) El supuesto de la llamada fibra óptica oscura es decir de aquellas infraestructuras de red que carecen de aquellos elementos o equipos de transmisión, conmutación o terminación, que hacen inoperantes, en su finalidad última de transmisibilidad, a las redes de telecomunicaciones. Para un sector de la doctrina, la fibra óptica oscura, en cuanto que no es susceptible de transmitir señales, no es una red de telecomunicaciones. Por el contrario la Secretaría General de Telecomunicaciones y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones españolas han considerado que “la cesión o alquiler de medios de transmisión como, entre otros, la fibra oscura, sin equipos de conmutación o terminación, es una forma de explotación de red pública de telecomunicaciones, por lo que su desarrollo exige la previa obtención de una licencia individual de tipo b o c”.
b) El supuesto de las redes alternativas, que son propias de otros servicios públicos que disponen de redes de distribución o que adoptan sistemas radiales en su prestación, cualquiera sea su forma, y a los que aludía expresamente la LGT como redes alternativas susceptibles de ser utilizadas en la operación de las telecomunicaciones y que ya el Libro Verde sobre las Infraestructuras de telecomunicaciones de la Unión Europea había considerado como liberalizadas antes de que se procediese a una efectiva liberalización de todas las redes de telecomunicaciones.

> Es necesario tener en cuenta que la capacidad de transmisión y la capacidad de control son los elementos determinantes para saber cuando estamos ante una red de telecomunicaciones o ante un operador de redes de telecomunicaciones, respectivamente. El concepto de red se configura así como un concepto finalista en el sentido de que es preciso que los elementos técnicos o jurídicos que lo constituyen se utilicen en función del resultado de la transmisión de señales. Este criterio alcanzaría por igual a cualquier elemento de infraestructura de red de (soportes, torres, canalizaciones, elementos físicos, etc.) como a las llamadas redes de fibra óptica oscura, como, finalmente, a las infraestructuras radiales de otros servicios públicos que no son infraestructuras de telecomunicaciones, desde el momento en que no operan la transmisibilidad de señales exigida por la definición legal.

Llegados a este punto conviene distinguir por un lado, entre redes e infraestructuras. Por otro, analizar, siquiera sea someramente, los elementos que configuran las redes, de una manera general, que haremos en un epígrafe siguiente.

B. Concepto de infraestructuras.

Realmente la nomenclatura de las telecomunicaciones presenta en el estadio actual un cierto confusionismo terminológico, agravado por la profusión de términos incluidos tanto en legislaciones nacionales como en instrumentos normativos de carácter supranacional. Concretamente la Unión Europea utiliza indistintamente los términos de redes o de infraestructuras, y de infraestructuras de red para referirse al mismo fenómeno y a la idea básica del soporte necesario para las aplicaciones de telecomunicaciones y la provisión de los correspondientes servicios.

Sin embargo el elemento básico para diferenciar estos términos esta constituido por el propio carácter de las infraestructuras de telecomunicación. Son éstas las instalaciones de carácter físico (cables, torres, canalizaciones, antenas, etc.) que actúan en realidad como soporte de las redes propiamente dichas. Sólamente en función de esta adscripción a las redes, las infraestructuras pueden considerarse como elementos propios del sistema de telecomunicaciones, puesto que no inciden directamente en el transporte y tratamiento de la información objeto de la telecomunicación y pueden utilizarse para diversos cometidos o albergar diversas redes. Pero no por ello dejan de suscitar el interés del ordenamiento regulatorio, por cuanto, como tendremos ocasión de ver, pueden constituir cuellos de botella o barreras de entrada al mercado, como, sobre todo, cuando las infraestructuras aparecen controladas o dominadas por operadores dominantes.

Las infraestructuras comportan en consecuencia elementos materiales adscritos a un fin o afectados al mismo. Destino de uso que también ha de tener sus implicaciones jurídicas, tanto bajo el régimen del servicio público (bienes afectos al servicio) como en libre competencia.

Los elementos que componen las infraestructuras incluyen los derechos incorporados al uso de los mismos (derechos de paso, servidumbres, títulos para explotar frecuencias radioeléctricas, etc.) que aparecen así indisolublemente unidos al concepto de infraestructura.

C. Concepto de redes por sus elementos.

Junto a la idea de la finalidad (transmisión) que aparece en los diversos textos legales, el elemento básico de las redes es la organización. Ello afecta al enlace de puntos por los cuales transita y

se distribuye la información, incorporando los elementos de inteligencia de red por los cuales se encamina, identifica y transporta la información que da lugar a los correspondientes servicios. La red utiliza la infraestructura o se apoya en ella, pero no coincide exactamente con la misma. Una misma infraestructura puede soportar varias redes y, alternativamente, una misma red puede dar lugar a diversos servicios.

III.- LOS ELEMENTOS DE LA RED.

A.- Nodos y enlaces. Inteligencia de red.

Las redes sirven para el transporte y distribución de las señales en que consiste la información. En suma es esencial en su configuración la consideración de los nodos o puntos de conexión que encaminan las señales y las hacen llegar a los prestadores y usuarios. Los nodos son así uno de los puntos esenciales con especial trascendencia jurídica por cuanto habrán de constituir los puntos a través de los cuales se realice y materialice el acceso e interconexión de otras redes y forman parte detallada de los convenios o negocios jurídicos que plasman esta obligación.

Por otra parte, el encaminamiento de las señales conforme a los planes de numeración comporta el uso de este recurso escaso denominado espacio público de numeración y que da lugar a un haz de derechos y obligaciones por parte de los que lo administran y de los que lo usan.

La inteligencia de red es un conjunto de instrucciones de carácter informatizado y que son asimismo parte esencial de la configuración de la red.

Los nodos de conmutación o distribución se enlazan a través de líneas o circuitos los cuales se asientan sobre las infraestructuras materiales a que anteriormente hemos hecho mención.

B.- Redes de acceso y tránsito.

Así también, esquemáticamente, es preciso distinguir entre las denominadas redes de acceso y redes de transito.

Una red de acceso es aquella cuya funcionalidad estriba en conectar al usuario final con el nodo o central de conmutación propiamente dicho.

> La LGT española de 1998 en su anexo definía la red de acceso como “el conjunto de elementos que permite conectar a cada abonado con la central local de la que depende. Esta constituida por los elementos que proporcionan al abonado la disposición permanente de una conexión desde el punto de terminación de la red hasta la central, incluyendo los de planta exterior y los específicos”.

Tanto por sus características técnicas, como por su función, forma de operación y valor estratégico en el conjunto de los elementos que configuran la red de telecomunicaciones, el tramo de acceso denominado también, como el último kilómetro, es el que consume mayores recursos económicos pues comporta una mínima compartición de infraestructuras y es de por sí susceptible de tratamiento jurídico diferenciado.

En efecto, dentro de la red de acceso, el denominado bucle de abonado esta constituido por el cable de pares de cobre que une al usuario con la central local de conmutación, aunque el despliegue de las tecnologías inalámbricas está produciendo ya una notable distorsión en cuanto al régimen de uso y acceso al mismo. Muy sintéticamente podemos decir que el bucle de abonado constituye el último reducto en la liberalización de las redes de telecomunicaciones, en mano de operadores dominantes ex monopolistas y que por esa sola circunstancia constituiría una notable barrera de entrada para los accedentes al mercado. El bucle de abonado es por consiguiente un elemento de prioritario interés regulatorio en la hora presente, puesto que concentra en sí mismo una serie de elementos o circunstancias que plantean soluciones imaginativas y equilibradas para asegurar el acceso y las contraprestaciones debidas, normalmente por la presencia de un fuerte déficit de acceso. La Unión Europea ha dictado recientemente un reglamento del bucle de abonado y como tal constituye una de las preocupaciones y contenidos de la revisión 99, materializada en un nuevo marco regulatorio para las telecomunicaciones europeas.

Elemento también determinante en la configuración de las redes es **el punto de terminación de red**. Desde un enfoque jurídico el punto de terminación de red separa la propiedad del operador de la propiedad del usuario y tiene en consecuencia innegables connotaciones jurídicas. Por otra parte, preciso es señalar además, que el punto de terminación de red delimita el alcance y contenido del título habilitante para operar la red.

> Según la LGT española de 1998, en la definición contenida en el anexo, punto de terminación de red es el "conjunto de conexiones físicas o radioeléctricas y sus especificaciones técnicas de acceso, que forman parte de la red pública y que son necesarias para tener acceso a esta y a los servicios que la utilizan como soporte. El punto de terminación de red es aquel en el que terminan las obligaciones de los operadores de redes y servicios y al que pueden conectarse los equipos terminales de telecomunicaciones".
>
> Según la Ley dominicana 153/98 el punto de terminación de red es "el conjunto de conexiones físicas o radioeléctricas y sus especificaciones técnicas de acceso que forman parte de la red pública y que son necesarias para tener acceso a esta red pública y a un servicio portador."
>
> Como se ve la similitud entre ambas definiciones es algo más que aparente y es tanto más sorprendente cuanto que el concepto de red no adquiere relevancia definida en el Derecho dominicano por cuanto son los servicios los que constituyen el aspecto crucial de la legislación de telecomunicaciones en este país.
>
> No obstante, como hemos manifestado en otro lugar, el concepto de red y de red pública y de sus aplicaciones o incidencias en el plano jurídico reaparece a través del reconocimiento pleno del derecho / obligación de interconexión y de acceso.

Red de tránsito es la constituida bajo la misión de recoger el tráfico que se genera en las distintas redes de acceso y entregarlo en la red de acceso destino, que culmina el proceso de telecomunicación. Actúa como un colector en el ámbito de cobertura del título habilitante por el que se transmite y distribuye toda la información producida. Las redes de tránsito son así concentradores de tráfico y utilizan medios físicos portadores de alta capacidad como pueden ser las fibras ópticas, las redes satelitales o los radio enlaces. Su economía de escala es amplia en consecuencia y las inversiones que en ellas se realizan óptimas desde el punto de vista financiero. Por su contraposición a las redes de acceso su tratamiento jurídico también es diferenciado en operaciones de interconexión en relación sobre todo al precio que se paga por el uso de estas redes de especiales características.

IV.- CLASES DE REDES.

Son varios los criterios por los cuales pueden clasificarse las redes. Algunos son irrelevantes desde el punto de vista jurídico porque aluden más bien a denominaciones comerciales. Otros criterios comportan un punto de vista técnico con escasa incidencia en el plano jurídico. Por ello, en la siguiente clasificación, meramente expositiva y didáctica, introducimos aquellos criterios que pueden tener una máxima proyección desde el punto de vista del ordenamiento, por cuanto pueden incorporar elementos o distinciones susceptibles de tratamientos jurídicos diferenciados.

A. Por el ámbito de cobertura.

Las redes pueden ser locales, interurbanas e internacionales. La clasificación admite subvariantes siendo por lo general contrapuesto el término de red local al de larga distancia, tanto interurbana como internacional.

Ambas redes tienen características técnicas y económicas que inciden sobre el tratamiento jurídico. Las redes locales se caracterizan por la gran cantidad de cables y de frecuencias necesarias para asegurar la cobertura de una población concentrada en los núcleos urbanos. La red local debe de utilizar al máximo la provisión de los denominados derechos de paso y de uso de infraestructuras en relación al dominio público municipal o la propiedad privada inmobiliaria. Asimismo la red local acusa un desequilibrio estructural que se traduce en un fuerte déficit de acceso como consecuencia de la persistencia de una estructura tarifaría heredada y por la cual se mantiene el esquema de subsidios cruzados, si no se ha realizado el llamado re balanceo tarifario.

La red local igualmente constituye la mayor parte de las veces una instalación esencial en manos de un operador dominante y por ello el ordenamiento se dirige a proteger a los entrantes en condiciones equitativas de acceso.

Las redes interurbanas e internacionales concentran tráfico y aprovechan al máximo la capacidad en el transporte de las señales. Su incidencia jurídica es menor, aun que, en el caso de las internacionales, haya de tener en cuenta el factor de la aplicabilidad de distintos ordenamientos, según el Derecho Internacional

B. Por el medio de transmisión empleado.

Las redes pueden ser de cable, de satélite o por microondas. El medio comporta también una cierta incidencia sobre el plano jurídico. En el supuesto de redes que utilicen el espectro radioeléctrico, el régimen de uso del mismo es objeto de una serie de potestades de administración, gestión y control por parte de las Administraciones públicas competentes. El título que habilita para operar frecuencias es distinto al título que habilita para operar redes o prestar servicios, aunque pueden ser otorgados dentro de un mismo procedimiento. Las telecomunicaciones a través de redes de cable o de redes satelitales también han tenido un distinto tratamiento puesto que (como en el caso europeo) fueron objeto de una más temprana liberalización que el resto de redes e infraestructuras. Por otra parte y teniendo en cuenta la enorme capacidad de ambos tipos de redes y la multiplicidad de servicios que soportan, también son objeto de tratamiento singular en los modernos ordenamientos de telecomunicaciones, de cara a la convergencia de servicios y la fusión del sector audiovisual con el informático y las telecomunicaciones propiamente dichas.

C. Por la estructura de la comunicación establecida.

Desde este punto de vista las redes son punto a punto y punto multipunto.

Una red punto a punto es aquella que establece comunicaciones entre dos puntos específicos de

la red. Pueden ser tanto de carácter permanente, como sería el caso de los circuitos alquilados, como de carácter temporal, por ejemplo las redes conmutadas de telefonía.

Una red punto a multipunto es aquella que transmite información idéntica simultáneamente a varios puntos de la red. Es el ejemplo paradigmático de los servicios de difusión, característica que incide sobre su régimen jurídico diferenciado en tanto en cuanto significa el ejercicio de derechos fundamentales nucleados en torno al derecho a la información y la puesta en vigor de otros valores constitucionales como pueden ser la protección de colectivos específicos, el control de contenidos o la temática propia de los medios de comunicación social. La diferente estructura comunicacional es un punto de partida que justifica el régimen jurídico singular del audiovisual, aunque el desarrollo de las tecnologías de la información vaya desdibujando las fronteras entre las dos formas básicas de la infraestructura comunicacional, y por ende del régimen jurídico inherente a cada una de ellas.

D. Por el sentido de la comunicación.

Distinguimos ahora entre redes unidireccionales y redes bidireccionales. Las primeras solo permiten un sentido en el transporte de la información; las segundas ambos polos de la comunicación interactúan enviando mensajes recíprocos entre ellos. La consecuencia inmediata de esta clasificación- que también esta progresivamente puesta en entredicho por la posibilidad de adoptar soluciones híbridas que implican transformación de diseños unidireccionales originarios- es la interactividad,lo cual es de por sí elemento que influye definitivamente sobre el carácter y estructura de la comunicación y la naturaleza del usuario final de los servicios de telecomunicaciones, dando lugar a un amplio despliegue de posibilidades de servicios y de mercados adyacentes que comportan asimismo un nuevo despliegue de soluciones jurídicas frente a los nuevos problemas planteados (servicios multimedia, Internet, etc.)

E. Por la disponibilidad frente a terceros.

Las redes son públicas y privadas. En el bien entendido de que no se alude aquí a la titularidad a través de un título de propiedad o de posesión de las redes sino a un concepto bien distinto. Se trata de la apertura de las redes para que sean explotadas frente a terceros o sirvan a meros intereses privados de telecomunicación y en las que, por definición se excluye la explotación a terceros.

> En el Derecho Comunitario europeo la red pública de telecomunicación es “la infraestructura pública de telecomunicaciones que permite el transporte de señales entre terminales definidas de la red, por hilo por ondas hertzianas por medios ópticos o por otros medios electromagnéticos” (Art. 1 de la Directiva 90/388/CEE e igualmente Art. 2 de la Directiva 90/387/CEE o de oferta de red abierta).
>
> La LGT española de 1998 definió en el anexo como red pública de telecomunicaciones “la red de telecomunicaciones que se utiliza total o parcialmente para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles para el público”. El énfasis se ponía, más que en las características técnicas abiertas que subrayaba la definición europea, en la apertura frente a terceros y la disponibilidad frente al público en general. El concepto de red pública es así, según esta disposición, que permanece no obstante los cambios operados en el Derecho europeo, aquel que excluye cualquiera autoprestación, lo que, en definitiva constituye el soporte para la prestación de servicios disponibles para el público en general.[10]
>
> En la Ley dominicana 153/98 se define la red pública de transporte de telecomunicaciones como “aquella infraestructura pública de telecomunicaciones que permite las telecomunicaciones entre dos o más puntos terminales definidos en una red”. El verdadero sentido del carácter de la red públi-

10.- Anexo, numero 26, de la Ley 32/2003 de 3 de Noviembre.

ca de telecomunicaciones para el Derecho dominicano queda subscrito al transporte de telecomunicaciones y al puramente técnico o de estructura comunicacional. Será necesario en consecuencia habilitar un concepto de red pública por contraposición al de la red privada y que es aquel que se establece por una persona natural o jurídica con su propia infraestructura y/o mediante el alquiler de canales o circuitos de redes públicas de telecomunicaciones.

La disponibilidad frente a terceros implica que el acceso al uso de las redes públicas se realice por cualquier prestador de servicio, por los usuarios en accesos especiales o por los titulares de otras redes públicas de telecomunicaciones.

Por el contrario, son redes privadas aquellas que implican satisfacción de necesidades de telecomunicaciones privadas, excluyendo la heteroprestación y ubicadas en el ámbito de una persona natural o jurídica, sin conexión con redes públicas o al espectro de frecuencias radioeléctricas y en las cuales básicamente viene a coincidir el titular de la misma con el beneficiario usuario. Son en consecuencia redes que se dan en auto prestación, como bien indica la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998. La nueva ley de 2003 no cambia en exceso el panorama en este punto, persistiendo la figura de las redes privadas o en autoprestación que se opondrían a las redes abiertas al público en general como diferentes objetos de la regulación.

Ha de considerarse que dentro de esta categorización, los supuestos de redes privadas, en el sentido señalado de redes no públicas o abiertas a terceros, son también variados. Existen, por otra parte otras clases de redes, consagradas en mayor o menor medida por el Derecho positivo y en todas ellas trasciende el hecho de que no exista alteridad en su uso frente a terceros, existiendo en mayor o menor medida y con diferentes finalidades un concepto fundamental de autoprestación. Son: las redes oficiales para el servicio propio de determinadas Administraciones públicas; redes alternativas en tanto que redes afectas a servicios públicos basados en infraestructuras físicas de carácter continuo que requieran un control permanente; redes internas, interiores a una propiedad sin utilizar el espectro y sin conexión al exterior entre las que se incluyen las redes de seguridad al servicio de un inmueble o de una comunidad de propietarios; redes corporativas que sirven necesidades de una persona jurídica en las mismas condiciones de no conexión al exterior y no utilización del espectro radioeléctrico y siempre y cuando estén dirigidas a satisfacer necesidades de telecomunicación así mismo internas propias del titular excluyendo a terceros.

La LGT española de 1998 definía la red privada de telecomunicaciones como “la red que se utiliza para la prestación de servicios de telecomunicaciones no disponibles para el público”.

La Ley dominicana 153/98 define la red privada de transporte como “la red o sistema de telecomunicaciones que establece una persona natural o jurídica, con su propia infraestructura y/o el alquilar de canales o circuitos de redes públicas de telecomunicaciones que permite las telecomunicaciones entre dos o más puntos terminales definidos en una red”.

La diferencia pues con la red pública estriba en la utilización de las propias infraestructuras o el establecimiento de una red a través de canales o circuitos de redes públicas, sin expresar el carácter con que se explota o se utiliza dicha red y sobre todo su disponibilidad o no frente a terceros o su conexión o no al mundo exterior y a las redes públicas en sentido estricto.

La diferencia más destacable sobre el plano jurídico de ambos tipos de redes, públicas y privadas, radica en la necesidad de obtener títulos para las primeras y la excepción de dicho título para las segundas. En el Derecho español, el Art. 7.2 de la LGT de 1998 derogada excluía del régimen de autorizaciones y licencias las llamadas redes internas, los servicios de telecomunicaciones establecidos entre predios de un mismo titular que no utilicen el dominio público radioeléctrico o la prestación de servicios o de redes en régimen de auto prestación por las Administraciones

públicas. En el régimen instaurado pro la nueva ley de 2003, al desaparecer los títulos habilitantes, pierde sentido la distinción efectuada, aunque ello no significa que por su propia naturaleza y finalidad ambos tipos de redes no sean objeto de regulación diferenciada.

Según el Derecho dominicano no existe un régimen diferenciado entre redes y servicios por lo que no existe la misma posición que en el Derecho Español aunque se puede inducir indirectamente la existencia de redes destinadas a la satisfacción de servicios públicos y de redes destinadas a la satisfacción de meros intereses privados (Art. 14.2 y Art. 14.3 de la Ley 153-98).

No obstante, el carácter de apertura de la red se predica del Art. 30 d, que comporta una obligación general de los concesionarios de permitir el libre acceso a sus redes y a los servicios que por ellas se presten, lo cual daría pie para configurar un concepto de red pública sobre la base técnica contenida en la definición antes mencionada y con el criterio de la disponibilidad frente a terceros que se infiere del Art. 30.d y de los Art. 14.2, 14.3 y 14.4.

El segundo punto de incidencia en cuanto a la configuración jurídica de las redes públicas o privadas de telecomunicaciones consiste fundamentalmente en las obligaciones que el sistema de regulación para la competencia impone a los titulares de redes públicas de forma que se garantice el acceso a las mismas por parte de otros prestadores y operadores. Como asimismo la existencia de obligaciones de servicio público, máxime cuando sobre sus titulares recae la calificación de dominantes, como hemos tenido ocasión de señalar anteriormente.

F. Por el número de redes en presencia.

Si normalmente las redes bajo el régimen del monopolio han estado subsumidas dentro de la estructura organizacional y prestacional del servicio, el régimen de pluralidad de redes a que conduce la liberalización y la progresiva instauración de las reglas del mercado y el moderno Derecho de las telecomunicaciones exigen separar, como hemos visto, la red de la concreta provisión del o de los servicios determinados. La red telefónica conmutada no es hoy en día únicamente el soporte para la provisión del servicio telefónico, puesto que sirve para otros muchos servicios, (entre ellos Internet) por lo que se erige como red básica y fundamental.

No obstante habremos de destacar aquí la unidad funcional de las redes, desde el punto de vista del usuario final y tendente a materializar el derecho de éste a establecer comunicación con otro usuario de otros servicios o redes.

El principio de unidad funcional de las redes sigue estando presente en el nuevo Derecho de Telecomunicaciones y es subyacente y correlativo a la obligación de permitir el acceso y la interconexión por parte de los titulares de redes públicas.

V.- ESTABLECIMIENTO DE REDES.

Bajo el concepto genérico de establecimiento de redes se engloban las operaciones de tipo técnico y jurídico mediante las cuales se ponen en disposición de utilización las redes de telecomunicaciones. El establecimiento comportaría así tanto la construcción ***ex novo*** de las redes como la utilización combinada de las redes preexistentes, tanto del propio operador como de terceros a través de negocios jurídicos correspondientes e idóneos al fin de la utilización proyectada (uso, acceso, interconexión, arrendamiento, comodato etc.)

Por establecimiento de la red ha de entenderse la operación consistente en la habilitación de los elementos técnicos y jurídicos necesarios para la provisión de los diferentes servicios asociados.

En este sentido, la expresión cubre tanto la utilización de redes preexistentes como la construcción o tendido de redes propias. O la combinación de ambas posibilidades.

La problemática jurídica asociada al establecimiento de redes se proyecta de manera diferente si el titular ha de utilizar redes ajenas para la puesta a disposición de su propia red, que si ha de proceder a su construcción y tendido. En el primer caso, el problema es únicamente el de acceder e interconectar o utilizar de la manera que sea, a través del correspondiente negocio jurídico como decimos, las redes e infraestructuras ajenas. En este sentido, la gestión de redes en competencia caería en principio dentro del más estricto ámbito privado, a través de instrumentos propios de la manifestación y ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el sistema de regulación para la competencia amalgama, como sabemos, elementos y principios de distinta etiología y procedencia, entre los que cabe destacar la presencia de obligaciones tales como las de interconexión, acceso y compartición de recursos escasos, en beneficio del funcionamiento integral del conjunto del sector. Por ello, también en este punto, ha de aparecer la lógica del interés general, conjuntamente o suplantando a la lógica del mercado

En el segundo caso, la construcción y tendido de redes propias, cuando éstas constituyen el soporte para la prestación de servicios públicos en sentido formal o a través de ellas se asumen y cumplimentan obligaciones de servicio público (no formal, en competencia, como las de servicio universal) pueden comportar la presencia de privilegios en orden a la ocupación del dominio publico o del dominio privado mediante la expropiación o la imposición de servidumbres.

Todo servicio público que opera sobre redes físicas de carácter continuo debe contar con la utilización del dominio viario sobre el que transcurren las canalizaciones, se instalan los postes y se ubican los edificios que albergan los equipos e instalaciones. El derecho al tendido y establecimiento de la red, que es inherente a la prestación del servicio, supone en consecuencia que el operador habilitado utilice tanto el dominio publico como el dominio privado, que en ambos casos deben ceder ante la imperatividad del servicio público.

Los arts. 17 y 18 de la antigua Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones española, LOT, contenían el régimen general del derecho al establecimiento de redes de telecomunicaciones- vinculadas a los servicios finales y portadores, bajo un régimen de unidad estructural de red. En concreto, el apartado 3 del art. 17 LOT declaraba de utilidad pública la explotación de los servicios finales y portadores a efectos de expropiación forzosa.

> La LGT española de 1998 enfatizaba la correspondencia entre la asunción de obligaciones de servicio público y los privilegios concedidos para la ocupación del dominio público y privado estableciendo un equilibrio entre ambos al propio tiempo que una justificación de estos últimos. Se reconocían así derechos especiales exclusivos a los titulares de redes públicas a los que les eran exigibles obligaciones de servicio público (art.43 y art.46 LGT).[11]
>
> La ley dominicana 153-98, con fidelidad a la concepción de servicio público formal que incorpora, reconoce el derecho a utilizar bienes de dominio publico a los titulares de servicios públicos, para el tendido de sus redes e instalación de sistemas (art. 11). Por el contrario, en lo que concierne a la ocupación del dominio privado, bien mediante la expropiación forzosa o la imposición de servidumbres, la intervención publica solo tiene carácter subsidiario, a falta de acuerdo entre las partes interesadas, cuando se trate de servicios públicos de telecomunicaciones. En ese supuesto se declara constituida de pleno derecho una servidumbre legal, mediante resolución motivada del regulador sobre la imprescindibilidad de dicha imposición. (Art. 12).

11.- En la ley 2003 la imposición de obligaciones de servicio público, que se mantiene y consolida como uno de los elementos sustanciales del sistema de regulación para la competencia, se hace sobre la base de alcanzar objetivos que se definen genéricamente en el Art. 25, entre los que cuentan necesidades propias de servicios relacionados con la protección civil o la defensa y seguridad, junto a servicios propios de la aplicación de las nuevas tecnologías en campos especialmente sensibles a las necesidades colectivas(educación, sanidad, etc.) como a servicios de otro carácter (fehaciencia publica) con el objeto de garantizar un nivel adecuado de oferta.

VI.- LA PROTECCIÓN DE LAS REDES DE TELECOMUNICACIÓN

Por constituir un elemento clave en el sistema vigente de ordenación y explotación de las telecomunicaciones las redes por las cuales transita la información, son en sí mismas vulnerables. El estatuto de las redes se completa por la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las mismas considerándolas un bien jurídico y formando parte del derecho a la comunicación que se estima como prioritario en la realización de la Sociedad de la Información.

Existen diferentes niveles en la protección de las redes de telecomunicaciones consideradas ***en conjunto*** o en alguno de sus elementos (por ejemplo el espectro radioeléctrico):

1. En las especificaciones técnicas obligatorias que deben cumplimentar los aparatos, equipos y sistemas destinados a la conexión con las redes de telecomunicaciones. El objetivo es evitar los daños al sistema de la comunicación o interferencias perjudiciales y otras distorsiones en el funcionamiento de la red.

   La manera de articular este tipo de protección es mediante un amplio dispositivo para la emisión de certificados de homologación que cumplan con las mencionadas especificaciones y mediante la tipificación de falta grave o muy grave de la conexión y operaciones comerciales variadas de aparatos no homologados. Correlativamente la protección de las redes eximiría en estos supuestos de la obligación de conexión general que pesa sobre los titulares de redes públicas, en las condiciones legales y reglamentarias establecidas.

2. En el establecimiento de limitaciones y servidumbres físicas a las propiedades circundantes a alguna estación protegida respecto a los titulares de redes oficiales y de servicio público.

   En el Derecho comparado es común la protección de terminadas estaciones e instalaciones radioeléctricas que redunda en el óptimo uso de este recurso y en definitiva en el funcionamiento sin distorsiones ni interferencias de las redes públicas de telecomunicaciones. Los Art. 48, 64 y disposición adicional 3ª de la Ley General Española de Telecomunicaciones de 1998 introducían una serie de limitaciones y servidumbres a favor de las estaciones protegidas y otras limitaciones a la intensidad de campo eléctrico.[12]

   El Art.69.1 de la Ley 153/98 dominicana establece que “para facilitar las funciones de control, vigilancia y conservación del espectro radioeléctrico, el órgano regulador tendrá la potestad de instalar estaciones de comprobación técnica de emisiones radioeléctricas. Para el adecuado funcionamiento de las estaciones podrán establecerse limitaciones a la propiedad y al dominio sobre los predios colindantes de conformidad con lo que se establezca en los reglamentos pertinentes”

   Y prosigue el art. 69.2 “a los efectos en lo dispuesto en la presente ley se entenderá por limitación de la propiedad y a la posesión, para las defensas del dominio público del espectro radioeléctrico y de las estaciones de comprobación técnica de emisiones, la obligación impuesta sobre los propietarios y poseedores de los predios colindantes de las instalaciones objeto de la protección, de soportar las limitaciones que se establezcan en los reglamentos pertinentes”.

En cuanto a los sujetos beneficiarios de esas limitaciones o servidumbres, es común el reconducirlas hacia aquellas instalaciones de la Administración necesarias para el control de la utilización del espectro radioeléctrico (Art. 64.2 de la LGT española de 1998 y Art. 69.1 de la Ley 153-98 dominicana).

12.- El sistema de protección se reproduce en sus líneas esenciales en la nueva ley del 2003. No obstante es de destacar el relevante papel que ocupa en el conjunto de las preocupaciones más actuales de regulación, el control de las emisiones radioeléctricas por las diversas implicaciones sanitarias, medioambientales etc. que tienen en le despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas (en especial, las de telefonía móvil) en el momento presente.

No obstante, el objeto de la protección dispensada y por ende los objetos titulares de las instalaciones o estaciones protegidas se extienden de una manera bastante amplia a todas aquellas estaciones adscritas a necesidades propias de la defensa y la seguridad, estaciones de socorro y de control y seguimiento de satélites y según lo que dispone el Derecho español "a cualquiera otra que resulte necesaria para el buen funcionamiento de un servicio público o en virtud de acuerdo internacional", indicación que es seguida ***ad pedem literae*** por la ley dominicana en su art. 69.4: "las limitaciones a que se refieren los párrafos anteriores podrán imponerse para la protección radioeléctrica de estaciones terrenas de satélites, estaciones de radio astronomía y astrofísica y centros similares, instalaciones radioeléctricas aeronáuticas establecidas, o cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del servicio público o en virtud de acuerdos internacionales"

En cuanto a la naturaleza de los mecanismos de protección establecidos se reconduce por un lado a su consideración como una limitación del derecho de propiedad o de la posesión en tanto que obligación de no hacer de carácter no individualizado en las condiciones generales establecidas en la ley y los reglamentos de desarrollo. Por el contrario son consideradas servidumbres las establecidas con carácter de no hacer pero que comportan un carácter individualizado y por consiguiente una privación singular de un derecho, susceptible en consecuencia de indemnización y de todos los demás presupuestos que marca la Ley de expropiación forzosa junto con el ordenamiento sectorial de las telecomunicaciones.

El objeto de la protección versa sobre la altura de los edificios o la distancia mínima de instalación de industrias o ubicación de instalaciones de alta tensión y otras similares.

En el Derecho dominicano la protección se hace a través de una limitación a la propiedad y al dominio sobre los previos colindantes (Art. 69.1) entendiéndose por tal limitación, "la obligación... de soportar las limitaciones que se establezcan en los reglamentos pertinentes (69.2). La limitación consiste pues en la obligación de no hacer que pesan sobre los mencionados propietarios o poseedores que"no podrán realizar obras o modificaciones en los predios afectados, que no tengan en cuenta las limitaciones, una vez las mismas se hayan concretado por el órgano regulador"... (Art. 69.3).

No parece pues que exista otra alternativa en el Derecho Dominicano que la de la limitación de carácter general, excluyendo al parecer a priori la posible privación singular de derechos en su amplia acepción y que sería objeto de la disposición de una servidumbre.

En cuanto a la técnica jurídica precisa para la protección de las redes debe retenerse:

1. **Protección penal y administrativa - sancionatoria.** La protección de las redes operan asi mismo en función de la tipificación de delitos constitutivos de daños a las redes e instalaciones y de infracciones variadas que tipifican la protección especifica del espectro radioeléctrico, la conexión de aparatos no homologados, la producción de interferencias perjudiciales y otras análogas.
2. **Protección a través de los títulos que habilitan para prestar las redes u operar los servicios.** Constituye habitualmente parte del contenido de los títulos que habilitan para operar redes o prestar servicios, el establecimiento de las condiciones para la protección de la red especifica o concreta contemplada; completándose así la protección establecida con carácter general en la ley y los reglamentos.
3. **Protección mediante órdenes singulares de los organismos de regulación,** bien directamente, bien en el procedimiento para dirimir controversias entre operadores en tanto que medidas cautelares de protección de la red, bien con ocasión de los convenios de interconexión o de acceso u otros en los que el órgano regulador interviene en el ejercicio de su función arbitral o simplemente dirimente.

SEGUNDA PARTE.
EQUIPOS Y APARATOS.

I.- HOMOLOGACIÓN DE EQUIPOS, APARATOS Y SISTEMAS.

Una directa consecuencia de la desmonopolización en las telecomunicaciones fué en su momento la elaboración de normas y especificaciones técnicas para los equipos, aparatos y sistemas destinados a ser conectados a las redes públicas de telecomunicaciones.

En régimen de monopolio apenas deben dictarse reglas tendentes a asegurar la conexión y la interconexión, pues el principio de unidad de red a que aboca el régimen monopolístico imprime una dimensión doméstica al problema de la conexión de aparatos y sistemas.

En un régimen de pluralidad de redes en competencia, y de aparatos servidos por una industria también en competencia, el primer problema que es preciso atacar es el de la normalización, esto es la elaboración y aplicación de normas técnicas comunes que por un lado, garanticen el correcto funcionamiento de dichos aparatos sin producir interferencias o daños de la manera que sea en el funcionamientos de las redes, y por otro impidan, al amparo de pretendidas normas técnicas, un proteccionismo ajeno al esquema de una competencia real.

Por esta razón, de forma temprana en Europa se sintió la necesidad de plantear y acometer una política de normalización de equipos, aparatos y sistemas, la cual forma ya parte de uno de los apartados básicos también del nuevo Derecho de las Telecomunicaciones, poniendo en marcha, por los diversos ordenamientos nacionales tras las pautas marcadas por el derecho comunitario, los sistemas normativos que garantizasen la protección de las redes al mismo tiempo que impidiesen el deterioro o los retrasos en la consecución del mercado común en esta área especifica del sector.

El veloz desarrollo del sector, las crecientes inversiones en equipos y en investigación y desarrollo, la liberalización de terminales y de equipos acometida en forma temprana en el marco europeo etc. trajeron consigo una proliferación de normas y especificaciones técnicas que de alguna manera había que unificar y armonizar en aras de conseguir los objetivos de coherencia exigidas para la implantación de una política gradual y constructiva en un mercado común de equipos y de servicios.

La política de ruptura de los monopolios, lenta pero inexorable, produjo también el efecto de desfragmentar los mercados nacionales y de potenciar o, al menos, crear las condiciones objetivas para la emergencia de un mercado común de equipos y sistemas.

II.- LOS INSTRUMENTOS DE UNA POLITICA DE HOMOLOGACIÓN.

La primera arma que se utilizó fue la del reconocimiento mutuo de la homologación de especificaciones técnicas, basados en normas comunes, a partir de la Directiva 86 361 CEE.

La segunda fue la implantación de una organización u organizaciones sucesivas capaces de elaborar normas técnicas comunes. Así fueron sucesivamente creados el **CEPT** o **Centro Europeo**

de Organismos de Telecomunicaciones, el **CEN** o **Centro Europeo de Normalización**, y el **CENELEC** o **Centro Europeo de Normalización Electromagnética**, Organismos que confluyeron en 1988 en el **ETSI (European Telecomunicación Standard Institute)**.

La labor de estos organismos en la elaboración de normas técnicas comunes sirvió para crear un entramado de normativa técnica apoyando la emergencia de un mercado común al margen de los estrechos acondicionamientos de los mercados cautivos en torno al monopolista nacional u organismos dotados, según la terminología europea, de derechos exclusivos o especiales.

Esta tarea de armonización de normas fue secundada en el objetivo de la libre competencia real, por la labor de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, de forma clara y temprana abogó por el principio de igualdad de oportunidades en el asunto de **Terminales y RTT /Inno-GB y Comisión contra Francia STJCE 202/88**, impidiendo a los monopolistas dictar las especificaciones técnicas que únicamente favoreciesen a un grupo de proveedores, filiales, asociados o integrados, en detrimento de la competencia de los demás. (por contrariedad al art.90. 1 en relación al 86 del Tratado).

Fue en este ámbito en el que también hizo presencia uno de los principios básicos para toda la nueva ordenación de las telecomunicaciones, esto es, la separación de la gestión y de la reglamentación para las telecomunicaciones. La jurisprudencia comunitaria había exigido que la labor de homologación y de elaboración de estándares comunes y de especificaciones técnicas se hiciese por un organismo independiente de los organismos gestores de las telecomunicaciones nacionales, so pena de infringir el Tratado en los artículos que han quedado explicitados

Finalmente, la Directiva 88 13 CE del Parlamento Europeo y del Consejo consolida los textos de las Directivas anteriores estableciendo el régimen vigente en materia de normalización y estandarización de equipos aparatos y sistemas de telecomunicaciones.

No cabe duda que una política efectiva sobre normalización resulta beneficiosa en aras de establecer un clima de competencia y de protección de consumidores y usuarios. Por esta razón decimos que este apartado forma parte ya habitualmente de los ordenamientos nacionales de telecomunicaciones.

III.- HOMOLOGACIÓN DE APARATOS Y EQUIPOS EN EL DERECHO DOMINICANO.

En el derecho dominicano se reconoce abiertamente la necesidad de contar con certificado de homologación para “todo terminal, equipo o sistema susceptible de ser conectado directa o indirectamente a una red publica de telecomunicaciones o que utilice el dominio público radioeléctrico (Art. 61 Ley 153-98).

Existen tres categorías bien diferenciadas, por otra parte, de certificados de homologación en el derecho dominicano:

1) El que pudiéramos denominar certificado de autohomologación, que supone la aceptación por parte del concesionario de un servicio publico de telecomunicaciones, de la conexión del aparato a su red, comunicándolo al órgano regulador por medio d los listados correspondientes. (Art.62, a). La aceptación por el titular de una red pública de la conexión de un aparato no se extiende a otras redes públicas de telecomunicaciones. Por lo que se trata de una autohomologación expresa (exige listado y declaración del titular de la red pública) y limitada.

2) La heterohomologación, a cargo de un tercero, que puede ser, bien las autoridades competentes de un país de la zona Mundial de Numeración 1 (Art.62 b), bien el órgano regulador dominicano, previa la realización de las comprobaciones técnicas pertinentes, especializado, debidamente autorizado por el mismo para ello (Art.62 c). Con ello el Derecho dominicano se adscribe al sistema de homologación en régimen de reconocimiento mutuo, para países de la zona 1 de Numeración y para el resto al régimen de certificación expedida por un tercero autorizado, según el modelo europeo. No obstante, cuando se trate de certificados de homologación atinentes a aparatos o equipos que estén destinados o que sean susceptibles de utilizar el espectro radioeléctrico, deben contar con el correspondiente certificado de homologación obtenido por este procedimiento. Cabe entender en consecuencia que en este aspecto es preciso un régimen de certificado especial, no bastando el régimen general de intervención de autoridad o tercero certificante.

IV.- LA TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA HOMOLOGACION Y NORMALIZACION DE EQUIPOS, APARATOS Y SISTEMAS DE TELECOMUNICACIONES.

Pero también al mismo tiempo es necesario resaltar la trascendencia e incidencia jurídicas de estas operaciones de normalización y que afectan fundamentalmente a varios aspectos:

1) **Al Derecho de la competencia.** Puesto que, a falta de una definición en las políticas de normalización, o dejando éstas en manos de las empresas explotadoras o suministradoras (con mayor relieve si cabe cuando son las propias empresas dominantes las que llevan a cabo, de una otra manera, esta función) o mediante acuerdos entre empresas, se puede lesionar gravemente el clima de la libre competencia efectiva mediante prácticas que sin lugar a dudas pueden calificarse como anticompetitivas.

2) **Al Derecho de la Propiedad Intelectual**, puesto que será preciso establecer un punto de equilibrio entre la necesaria labor de normalización que permita la interoperabilidad, base de una auténtica competencia, y el respeto a los derechos de la Propiedad Intelectual tan presentes en todo proceso de elaboración de normas técnicas y en definitiva de procesos de Investigación y Desarrollo. El ETSI había llevado a cabo una política agresiva en este punto estableciendo en el marco europeo una licencia obligatoria al titular de un derecho de la propiedad intelectual o industrial a cambio de una remuneración justa. (casos Magill y otros)

3) **La articulación de competencias entre las autoridades nacionales de regulación y las autoridades internacionales o supranacionales.** En el primer supuesto, son las normas UIT las que a manera de recomendación son aplicadas por los diversos ordenamientos mediante una remisión oportuna ubicada en la normativa nacional. En el caso de entidades supranacionales, como la UE, a través del mecanismo de la primacía y aplicación dilecta del derecho comunitario, las normas se aplican por especial fuerza de los Tratados.

> El art.55 de la LGT española de 1998 estableció que el Ministerio de Fomento previo informe de la CMT, aprobará las especificaciones técnicas de los aparatos o equipos de telecomunicaciones en aquello supuestos en que tales equipos requieran la utilización del espectro radioeléctrico, estén destinados a conectarse a los puntos de terminación de redes públicas con el objeto de recibir o enviar señales, puedan perturbar el normal funcionamiento de un servicio de telecomunicaciones o finalmente, que así haya sido dispuesto expresamente.[13]

13.- La ley española 32 del 2003 crea un órgano regulador específico para el espectro radioeléctrico, la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, con amplias potestades propias de la planificación, gestión y administración del espectro en tanto que bien de dominio público.

4) La posibilidad de que las normas nacionales sobre especificaciones técnicas constituyan una barrera al principio de libre circulación de mercancías amparado por normativa internacional o supranacional (acuerdo GATT o art. 30 del Tratado europeo).

V.- OPERACIONES QUE COMPORTA EL SITEMA DE NORMALIZACION TECNICA

El sistema de normalización comporta, en lo esencial, dos tipos de operaciones:

1) **La estandarización o normalización** propiamente dicha definida como el proceso por el cual se fijan y elaboran normas y especificaciones técnicas que deberán cumplir los equipos, aparatos y sistemas destinados a conectarse a o interconectarse con las redes públicas de telecomunicaciones, lo que implica la elaboración de esas normas y su vigilancia y control por parte de las autoridades que disponen de competencias (nacionales o comunitarias)

2) **La aplicación de esas normas**, en un sentido amplio, lo cual engloba la función de certificación o procedimientos de evaluación de conformidad de los equipos aparatos y sistemas producidos o a disposición en el mercado, con las normas comunes y mínimas elaboradas.

La legislación española exige un certificado de aceptación, por el que se acredita la compatibilidad de los equipos con las especificaciones técnica en vigor. El proceso se orienta a verificar si tales condiciones existen (lo cual se hace a través de laboratorios homologados y habilitados por la Administración) y se extiende a toda operación de importación, fabricación en serie o venta de los equipos. El certificado expedido, caso por caso, o por categorías d bienes o productos, implica la autorización para conectarse a las redes públicas de telecomunicaciones, otorgando así un derecho frente a los operadores titulares de esas redes (Art. 12 RCET).

La eficacia de la operación de certificación, puede hacerse, por intervención de las autoridades comunitarias, a través del reconocimiento mutuo de los certificados de aceptación como asimismo por el reconocimiento mutuo de los dictámenes de laboratorios de ensayo.

El certificado de aceptación pude ser suplido por el procedimiento de autodeclaración, en virtud del cual, respecto de equipos que incorporen únicamente funciones de recepción y no estén destinados a conectarse a redes públicas, e posible la puesta a disposición de la Administración por parte del fabricante, de una declaración por el tiempo de diez años, con las especificaciones técnicas correspondientes (Art. 23 y 24 RCET).

UNIDAD DIDÁCTICA 8
LAS ACTIVIDADES REGULADAS. LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

I.- CONCEPTO TÉCNICO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES.

II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE REGLAMENTACIÓN POR SERVICIOS.

III. CLASES DE SERVICIOS.

A.-Por el tipo de señal.

B.-Por el medio de transmisión utilizado.

C.-Por el tipo de direccionalidad

D.-Por el régimen jurídico de explotación.

E.-Por su disponibilidad frente a terceros

F.-Por su finalidad

G.-Por la suplementariedad o adscripción a otros servicios públicos

H.-Por la forma de acceso y permanencia en el mercado

I.-Por el carácter técnico económico

J.-Servicios telemáticos, interactivos y multimedia

K.-Servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información.

IV. REGIMEN DE LOS SERVICIOS

V. LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO DOMINICANO

A.- Servicios finales

B. Servicios portadores

C. Servicios de difusión

D. Los servicios de valor agregado

I.- CONCEPTO TÉCNICO DE SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES.

Retomando el hilo de las explicaciones técnicas elementales que nos ayuden a situar los conceptos y categorías jurídicas, el servicio frente a la red se caracteriza por tratar la información que es transportada por las redes, produciendo su recogida y su entrega al usuario final. Desde esta perspectiva es posible considerar al servicio como un añadido de valor sobre la función de mero transporte a través de las redes.

Pero esta aproximación al concepto de servicio, válida por otra parte en su acepción preliminar, oculta, a nuestro modo de ver, los elementos esenciales para que una actividad sea considerada como servicio. Si atendemos a la naturaleza económica, estamos contemplando una actividad a través de la cual se obtiene una satisfacción por el usuario final de una necesidad de telecomunicación, de forma regular y continua y por la que se paga una contraprestación.

- En suma, el servicio siempre consiste en una actividad económica que se presta a terceros a través de una organización (lo que le diferenciaría de las actividades de telecomunicaciones que se prestan en régimen de autoprestación y en el que el titular del servicio coincide con el beneficiario usuario del mismo).
- Al ser una actividad, constituye un bien intangible que acierta a ser diferenciado del suministro de un bien o de una mercancía.
- Prestado de forma regular y continua, lo que supone una organización servicial previa y no una mera prestación esporádica.
- Mediante un precio, lo que le separa de la mera actividad graciable.

La ley española de telecomunicaciones de 1998 define los servicios de telecomunicaciones como “Servicios cuya prestación consiste en su totalidad, o en parte, en la transmisión y conducción de señales por las redes de telecomunicaciones con excepción de la radiodifusión y de la televisión”.[14]

Con independencia de la exclusión de los servicios de radiodifusión y televisión[15], basados más en razones políticas que en exigencias técnicas o económicas, que una creciente convergencia de sectores va arrumbando cada vez más, la definición legal insiste más en los aspectos técnicos de la comunicación que en los económico-jurídicos ya señalados. Si ponemos esta definición en correlación con la definición de telecomunicaciones, los servicios incluyen transmisión de voz y datos. En general puede bien afirmarse que la definición, incluso desde el punto de vista técnico, aporta poco a la clarificación de los conceptos y únicamente añade sobre el elemento transmisión, propio de la red, el elemento de conducción, que significa recolección de información con destino al usuario final.

Mucho más precisa seria la definición que la ley hace del servicio telefónico como “explotación comercial para él público del transporte de voz y de conmutación en tiempo real con origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios, tanto fijos como móviles”. La definición incluye lo que a nuestro entender sí son elementos definitorios del servicio de telecomunicaciones: explotación comercial, que englobaría la prestación a terceros mediante una contraprestación económica; para él público, es decir en concepto opuesto a la mera actividad de

14.- Análogo concepto que subyace en la nueva legislación de telecomunicaciones de España. Según el anexo de definiciones de la ley del 2003 respecto de los servicios de comunicaciones electrónicas.

15 Exclusión que se perpetua en la actual ley de telecomunicaciones española que determina que no se aplicará a los contenidos audiovisuales , aunque sí a las redes, en una expresión ya típica que viene de la LOT de 1987, pasa a la LGT y viene a reproducirse en términos muy similares en el Art. 1 de la ley 32 de 2003.

telecomunicaciones o servicios privados en autoprestación; los elementos técnicos de la comunicación establecida (transporte y conmutación); y por último, las notas características del servicio telefónico: voz y en tiempo real (para distinguirlo de otros procesos de comunicación diferida distintos s la telefonía como la transmisión de datos por paquetes).

II. LA TÉCNICA LEGISLATIVA DE REGLAMENTACIÓN POR SERVICIOS.

La reglamentación por categoría de servicios puede considerarse, en el estadio actual de los sistemas de ordenación de las telecomunicaciones, como una técnica un tanto obsoleta por varias razones:

1. El carácter artificial de las categorías retenidas que no se corresponden ya con el desarrollo y realidad de las tecnologías y la evolución de los mercados de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información.
2. El carácter insuficiente y en ocasiones errático del criterio económico en la delimitación de las categorías acuñadas ante la forma de producción diversificada actual en la operación de las redes y en la prestación de los servicios, la explotación de los diferentes elementos del sistema de telecomunicaciones y las combinaciones incesantes a que da lugar el fenómeno de la convergencia. Encasillar en las categorías previamente establecidas por el ordenamiento la proteica realidad de la operación de telecomunicaciones actual es prácticamente imposible.
3. La dificultad de encuadrar, en consecuencia, dentro de unas categorías cerradas, por muy ampliamente que se las configure, todos los posibles servicios y aplicaciones a que lleva el desarrollo actual de las tecnologías singularmente el de los servicios multimedia.
4. La rápida obsolescencia de cualquier conformación técnica o incluso económica de las categorías de servicios, como consecuencia directa de la evolución tecnológica y estructural de los mercados y de los agentes del sector.
5. La dificultad de deslindar entre esas categorías ante supuestos concretos de aplicación, por la presencia cada vez mayor de zonas grises en la regulación de muchas actividades de telecomunicaciones. El forzamiento de las categorías las hace inservibles a priori a los efectos pretendidos.
6. La inconsistencia del criterio técnico frente al cambio en la regulación. Hecho este particularmente perceptible en etapas tempranas ya de los procesos de liberalización. Así por ejemplo, en relación a los servicios móviles, que calificados como servicio telefónico, y final en consecuencia, pasaron a considerarse como servicio de valor añadido en muchos países con la única finalidad de adscribirlos a un régimen de libre competencia, por el expeditivo procedimiento de cambiar su naturaleza para cambiar el régimen jurídico.
7. La innecesariedad de mantener categorías ante un sistema de competencia plena en la que tanto las redes como los servicios como los terminales, aparatos, sistemas y equipos se operan y prestan con sujeción a este régimen. La compartimentación de servicios cede en estos casos ante la entronización de categorías generales, como la de los servicios de interés general.
8. La inconveniencia a la par que inutilidad de mantener acotaciones puntuales del régimen general
9. El desplazamiento ya señalado, del centro de gravedad del interés regulatorio desde los servicios propiamente dichos a las redes de telecomunicaciones como eje vertebral del nuevo sistema de regulación.

10. La propia técnica del sistema de regulación para la competencia, más atenta a la fijación de categorías jurídicas transversales, aplicables a todo el sistema, tales como títulos habilitantes en su eficacia y contenidos, gestión de recursos escasos, imposición de obligaciones de servicio público, atribución de prorrogativas y privilegios en la ocupación del dominio público y viario etc y que comporta una técnica distinta muy lejos del encasillamiento en compartimentos muchas veces estancos.

Considerando además que la clasificación por categorías de servicios obedeció en su momento (como fué el caso de la LOT española y de otras leyes del entorno europeo y latinoamericano) a la intención de preservar y mantener en monopolio las redes y los servicios básicos (servicios finales y portadores), el motivo o causa última de la conservación de esas categorías ha perdido su utilidad y, sobre todo, su razón de ser.

III. CLASES DE SERVICIOS.

Son variados los criterios con arreglo a los cuales pueden clasificarse los diferentes servicios de telecomunicaciones. Pero muchos de ellos carecen de relevancia jurídica. Circunstancia que se agrava en la medida en que la moderna legislación sobre telecomunicaciones apunta a suprimir las clasificaciones, toda vez que carece de sentido el compartimentar los regímenes jurídicos correspondientes a cada uno de ellos. En un cierto momento en la evolución de los sistemas de ordenación tuvo importancia el deslindar unos servicios de otros con el objetivo de asignar a cada uno de ellos un régimen jurídico diferente: servicios en monopolio y servicios sometidos a la libre competencia. Esta fué la fase de transición hacia la libre competencia plena de la que quedan vestigios en bastantes ordenamientos todavía.

Por el contrario, el nuevo Derecho de telecomunicaciones se orienta hacia el establecimiento de reglas y de obligaciones que se imponen a los agentes operantes en el mercado con independencia de la categorización servicial previamente delimitada.

Los criterios para la clasificación hoy de los servicios -teniendo bien presente su precariedad- pueden ser manejados de la siguiente manera:

A.- POR EL TIPO DE SEÑAL.

Sobre la base de la definición universal de las telecomunicaciones los servicios pueden ser servicios de voz, de datos o de imágenes. Fácilmente se comprende la escasa relevancia, hoy en día, de esta clasificación debido al fenómeno de la convergencia y la presencia habitual ya de los servicios multimedia que agrupan en combinaciones variadas los distintos tipos de señal.

B.- POR EL MEDIO DE TRANSMISIÓN UTILIZADO.

Se trata aquí de diferenciar entre servicios por cable y por ondas, aludiendo a la distinción fundamental del transporte de la información que da lugar a los correspondientes servicios: con guía artificial y sin guía artificial en el espacio de frecuencias radioeléctricas. Si bien, en cierto modo, este criterio tiene alguna importancia por cuanto acierta a deslindar dos grandes formas o tipos de transmisión, en realidad el medio por el que ésta transita se inscribe más bien dentro del concepto de red que sobre el de servicio propiamente dicho. No obstante en un momento determinado de la evolución de los regímenes jurídicos los servicios satelitales, como los propios de cable

o de microondas alcanzaron pronto el estatuto de la liberalización en base a ese elemento diferenciador.

También constituyeron en su momento en los diversos ordenamientos servicios que se desgajaron pronto del bloque de los servicios reservados. En España la Ley 37/1995, de 12 de Diciembre, de telecomunicaciones por satélite introdujo la liberalización sustrayéndolos así del monopolio, con notables excepciones, dirigidas a mantener y preservar la exclusividad de los servicios reservados en ese momento y sobre todo a las redes correspondientes (telefónico, radiodifusión sonora terrenal, servicio de difusión de televisión y el servicio portador de los de difusión)

No se consideraron tales servicios como servicios públicos como piedra de toque esencial en el Derecho español para entender que un servicio había sido liberalizado, bastando una simple autorización para su explotación.

La Ley del cable, también de 1995 se quedó en una posición menos contundente al no excluir la calificación de servicio público pero estableciendo las bases de un tímido (y falso) duopolio de carácter territorial, que constituyó asimismo el primer embate sobre la consideración monopólica de las redes de telecomunicaciones

C.- POR EL TIPO DE DIRECCIONALIDAD.

Siendo así que la información que da lugar a los servicios fluye a través de las redes en forma unidireccional o bidireccional, también puede establecerse sobre esta base un criterio de clasificación de servicios. En el primer grupo estarían aquellos configurados bajo el esquema punto-multipunto o servicios de difusión. En el otro, todos los demás en los cuales es posible encontrar una base de bidireccionalidad y de interactividad. Sin perjuicio de que la unidireccionalidad o bidireccionalidad son aspectos que deben imputarse a las redes y no a los servicios, el criterio ha dejado de tener vigencia desde el momento en que las tecnologías pueden transformar estructuras unidireccionales en bidireccionales como sucede con los canales de televisión digital que utilizan redes de retorno. No obstante el simple esquema del criterio está aún presente en lo que toca a la presentación de la estructura de la comunicación y a los derechos de expresión y comunicación que corresponden a cada uno de ellos, como veremos en la lección correspondiente.

D.- POR EL RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPLOTACIÓN.

Los servicios de telecomunicaciones pueden ser considerados como servicios públicos en sentido formal y como servicios no públicos bajo diversas categorizaciones, entre las cuales cabe incluir la del derecho español, en tanto que servicios de interés general. En el primer caso se dan las notas de la asunción formal por parte del poder público, gestión determinada previamente y régimen jurídico separado o exorbitante del derecho común. La declaración formal de servicio público en ese sentido es fundamental. Por el contrario bajo la heterogénea categoría de los servicios no públicos en los que esencialmente falta esa declaración formal, se albergan hoy en día toda una serie de servicios de distintos orígenes, procedencias y regímenes, lo que constituye un elemento suficiente para mostrar la relativa importancia hoy en día de este criterio general.

E.- POR SU DISPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS.

En el moderno Derecho de telecomunicaciones los servicios se presentan como abiertos al público, en cuyo caso dan lugar a una serie de prestaciones a terceros, (los cuales pueden ser tanto usuarios finales como proveedores de otros servicios) y servicios privados cuya característica fundamental es la de la autoprestación o no disponibilidad frente a terceros. En realidad sólo los primeros pueden considerarse auténticos servicios si retenemos como nota diferencial de esta categoría la de ser una actividad económica que se presta a terceros mediante precio.

El criterio ahora no es el de la titularidad de los servicios o la propiedad de las redes sino el de su disponibilidad frente a todos en general o solo frente a un círculo restringido o cerrado de usuarios.

Los servicios abiertos al público son en definitiva los auténticos servicios, en auténtico régimen de explotación comercial y mediante precio, de forma regular y continua. Constituyen el objeto principal de la regulación y sobre ellos se proyectan los principios de ordenación y los contenidos propios de todo el nuevo sistema de regulación. El carácter abierto al público comporta una serie de requisitos y condiciones de interés primordial, tales como la determinación del acceso al mercado y de su permanencia y salida del mismo, así como la cumplimentación de obligaciones propias del nuevo Derecho.

En contraposición, los denominados servicios privados o en régimen de autoprestación como cajón de sastre donde se engloban servicios tan diferentes como los oficiales para el uso de administraciones o los auténticos denominados servicios privados en los que existe confusión entre el sujeto titular y el sujeto beneficiario, tienen la nota particular de que no son objeto de explotación comercial frente a terceros.

En el Derecho dominicano el Art. 37 de la Ley 153-98 determina que basta una inscripción en un registro especial que el órgano regulador llevará al efecto, para su habilitación. Definiendo dichos servicios en el nº 14.3 como “los establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer estrictamente sus propias necesidades de comunicación o las de otros integrantes de grupo social, económico o financiero al cual pertenezcan”.

Se destaca la nota de autoprestación cuando prosigue el número 14.4: “los servicios privados de telecomunicaciones no pueden ser prestados a terceros, salvo que se trate de un servicio de valor agregado utilizado como medio para cumplir el objeto social de la empresa, siempre que dicho objeto social, no sea, precisamente, la prestación de servicios de telecomunicaciones”

Con base en esta definición algunos problemas interpretativos pueden surgir en la delimitación de la frontera o línea divisoria del grupo social económico o financiero de que se habla, como también respecto de los servicios de valor agregado, confundiéndose en todo caso lo que son redes y líneas de carácter privado al servicio de una empresa (por ejemplo los cajeros automáticos) con los auténticos servicios de telecomunicación de valor agregado, y que como tales servicios se dirigen a su explotación frente a terceros.

F.- POR SU ADSCRIPCIÓN A ACTIVIDADES OFICIALES.

Prácticamente en la totalidad de leyes vigentes de telecomunicaciones se contraponen los denominados servicios oficiales a los servicios que se prestan al público. Entre los primeros se incluyen aquellos que satisfacen necesidades propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus respectivas competencias. Tales serían los servicios de seguridad, defensa, investigación u otros que se adscriben a la actividad administrativa propiamente dicha y sin transcendencia obviamente frente a terceros. Frente a ellos los servicios de telecomunicaciones en sentido propio se corresponden con actividades económicas de los agentes privados. Sólo en este último caso podemos hablar propiamente en consecuencia de servicios de telecomunicaciones.

G.- POR LA SUPLEMENTARIEDAD O ADSCRIPCIÓN A OTROS SERVICIOS PÚBLICOS.

En este sentido pueden distinguirse aquellos que constituyen de forma autónoma y específica servicios que se prestan a terceros para satisfacer necesidades de telecomunicaciones y aquellos otros que sirven en tanto que auxiliares de otros grandes servicios públicos en cuya estructura organizativa aparecen englobados. Tal sería el caso de los denominados servicios públicos de

seguridad y de investigación recogidos en el título III de la Ley española de Telecomunicaciones de 1998 – hoy como obligaciones de servicio público, in genere-y que pueden ser considerados a todos los efectos y fundamentalmente en el económico como servicios adscritos a los fines y organizaciones propias de otros servicios más generales.

H.- POR LA FORMA DE ACCESO Y PERMANENCIA EN EL MERCADO.

En este sentido los servicios pueden ser prestados en monopolio o en competencia o bajo un sistema de carácter mixto, como es el caso de la transición hacia la plena competencia efectiva. Realmente el régimen de acceso al mercado constituye un elemento netamente jurídico que opera como consecuencia de clasificaciones previas adoptadas. Sin embargo en alguna ocasión en diversos ordenamientos se ha procedido a cambiar el régimen jurídico de acceso al mercado por el expeditivo procedimiento de cambiar a los servicios de naturaleza. Es el caso sobrevenido que liberalizó, a lo que ya aludimos los servicios móviles celulares decretando que habían dejado de ser servicios finales para ser en adelante servicios de valor añadido, según hemos visto.

El criterio manejado aquí se vinculaba en el Derecho español previo a la liberalización integral de 1998 a la presencia de servicios exclusivos o especiales y aquellos otros que por haberse liberalizado o por disponer de un régimen especial no se englobaban en la categoría anterior.

Entre los primeros se encontraban los denominados servicios finales y portadores y los de difusión; entre los segundos los servicios privados (en realidad actividades en auto prestación a través de redes privadas, sin conexión a la red pública y sin utilización del espectro radioeléctrico y en los cuales, como nota distintiva, se verificaba la confusión entre el titular del servicio y su destinatario o usuario en una sola persona); los servicios corporativos afectos a grandes empresas o corporaciones (en realidad una versión de los anteriores por cuanto se dirigían a satisfacer necesidades propias de la tal empresa o corporación); los servicios de telecomunicaciones operados por redes de otros servicios públicos con infraestructuras continuas tales como acueductos, energía ferrocarriles y adscritos a la explotación de esos servicios principales (en realidad servicios auxiliares sin entidad propia en telecomunicaciones, adscritos a la operación de las empresas titulares de esos servicios): son las denominadas redes alternativas; los servicios oficiales, (en realidad redes adscritas al desempeño de las administraciones públicas y para su uso exclusivo y sin trascendencia a terceros); algunos servicios de valor añadido entre los que cabrá contar aquéllos que no disponían de red propia; y los servicios reservados en gestión directa por el Estado (en realidad servicios auxiliares adscritos a otros servicios de carácter principal tales como la seguridad en sus diversas aplicaciones o los servicios de meteorología y otros de la misma índole).

I.- POR EL CARÁCTER TÉCNICO ECONÓMICO.

Es la clasificación de servicios finales portadores, de valor agregado y de difusión que fué la retenida por la vieja Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones española de 1987 y que es seguida por algunos ordenamientos latinoamericanos y por el Derecho dominicano. Se corresponde con elementos diferenciadores que manejan alternativamente la situación de los correspondientes servicios en la cadena de valor de su producción. Así, frente a los servicios finales (destinados al consumo final) se distinguen los servicios portadores (transporte de la información con posibilidad de seguir añadiendo valor al producto) y los servicios de valor agregado que básicamente consisten en un plus añadido a cualquiera de los anteriores.

Los servicios de difusión atienden a la estructura de la comunicación y al carácter de medios de comunicación social por el que, todavía, los ordenamientos no los incluyen plenamente en el objeto de la legislación general de telecomunicaciones (como es el caso de la Unión Europea y del Derecho Español entre otros). Ocasión tendremos de dejar constancia de la relatividad y falta de interés de esta clasificación en la moderna configuración del derecho de las telecomunicacio-

nes. Más bien se estaría en presencia de una clasificación pre-convergente y anclada en un momento pasado de la evolución de los servicios, redes y actividades en general de las telecomunicaciones.

J.- SERVICIOS TELEMÁTICOS, INTERACTIVOS Y MULTIMEDIA.

Estos son los servicios propios de la actual evolución en los sistemas de telecomunicaciones y que reagrupan elementos procedentes de los tipos de señal transmitida, del medio de transmisión y de la fusión progresiva entre los subsectores de las telecomunicaciones, el audiovisual y la informática. Constituyen el paradigma del fenómeno de la convergencia y el punto de vista obligado para una consideración globalizada de las telecomunicaciones modernas, en particular los servicios a los cuales se accede y se prestan por Internet.

K.- SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

El imparable desarrollo de las tecnologías de la información y de las aplicaciones y servicios posibles a través de Internet ha hecho proliferar y extender en combinaciones incesantes y sucesivas toda una serie de servicios varios, sobre la base común de los protocolos IP. Los servicios de la sociedad de la información son objeto de regulación separada de los de telecomunicaciones o –en la más moderna terminología de la Unión Europea, en las Directivas aprobadas en el 2002- comunicaciones electrónicas.

Se contraponen así los servicios de telecomunicaciones propiamente dichos englobados en la rúbrica común del suministro de redes o servicios de las telecomunicaciones electrónicas a los servicios de la sociedad de la información que se regulan aparte (mediante leyes específicas de tales servicios) y que tienen como objeto los nuevos servicios que son posibles a partir del suministro de información mediante los sistemas propios de las telecomunicaciones. Como tenemos advertido en otro lugar del presente curso existe en las leyes específicas sobre estos servicios la tendencia a la consideración comunitaria jurídica del prestador de servicios de la sociedad de la información, con aligeramiento de la presión intervencionista del Estado y la devolución al campo abierto de la autonomía de la voluntad en sus variadas manifestaciones como principio básico rector de las relaciones jurídicas trabadas a propósito del despliegue y progresiva instalación de los servicios de la sociedad de la información.

IV. REGIMEN DE LOS SERVICIOS

La reglamentación de los servicios de telecomunicaciones bien por categorías generales, bien por los diferentes tipos de servicios concretos, contiene el régimen de organización y de prestación frente a terceros. El régimen de los servicios constaría así de diferentes contenidos entre los cuales cabe señalar:

- **Identificación del servicio.** Desde le punto de vista técnico, organizativo y prestacional. Ello incluiría además la delimitación de las áreas de cobertura, las redes adscritas y eventualmente las condiciones para su expansión o mejora.
- **Régimen de acceso al mercado.** En este apartado se reflejarían los títulos habilitantes para la prestación de los correspondientes servicios, su carácter, naturaleza, contenido y procedimientos de otorgamiento y otros elementos normativos sobre su revisión, modificación, cumplimiento o extinción. La moderna tendencia del derecho de telecomunicacio-

nes insiste –como es el caso ya señalado de la revisión 99 de la Unión Europea y de las Directivas del 2002 que fueron su consecuencia,- en proceder a categorías generales en los tipos de títulos habilitantes con vistas al logro de la transparencia, igualdad en el acceso al mercado y disminución progresiva del intervencionismo estatal. La nueva ley española de 2003 va más allá del designio comunitario, y suprime, como sabemos, todo titulo habilitante para la explotación de redes y prestación de los servicios con el ánimo de favorecer la igualdad y la transparencia en el acceso a los mercados.

- **Contenido de los derechos y obligaciones** correspondientes a cada titular para la prestación del servicio y que incluiría tanto las condiciones generales establecidas por la vía legal y reglamentaria como las condiciones particulares de cada servicio concreto en virtud de los títulos habilitantes particularizados (concesiones, licencias individuales).
- **Condiciones en cuanto al cumplimiento de obligaciones** propias del sistema de regulación en competencia, tanto las generales como particulares en orden a la satisfacción de las obligaciones de servicio universal, el manejo de recursos escasos o el régimen de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones y otros elementos con características propias de instalaciones esenciales.

Como conclusión y consideración de carácter general se advierte en la evolución marcada por el nuevo Derecho de las telecomunicaciones la transposición de un régimen jurídico de prestación de los servicios consecuente con el concepto y finalidad del sistema de regulación económica para la competencia. Desde un régimen jurídico modelado en torno al criterio de la relación o sujeción especial que configuraba el régimen de servicio público formal (en sus aspectos organizativo, de relación con terceros, expansión y universalización, poder tarifario, etc.) se pasa progresivamente a un régimen modelado por vía general en el que la situación legal y reglamentaria y la técnica del acto- condición van siendo elementos básicos para la comprensión y explicación del sistema. Del carácter puramente doméstico de la organización servicial pública se accede al sistema en el cual las obligaciones tanto para la salvaguardia de la libre competencia como para el logro del interés general, se constituyen ex lege y se manifiestan y materializan en función de los títulos que habilitan para la prestación de los servicios o incluso al margen de ellos mediante la aplicación de un ordenamiento general.

V. LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO DOMINICANO

A.- SERVICIOS FINALES

Son junto a los portadores la piedra angular de la ordenación correspondiente al sistema que hemos denominado mixto o de estructura de red abierta, que mantenía un sector monopolístico en redes y servicio telefónico básico, junto a un sector en competencia (servicios de valor agregado, satélites, móviles) bajo la expresa y a su vez expresiva etiqueta de su consideración como no servicios públicos.

La LOT española y otras legislaciones latinoamericanas en las que es manifiesta su influencia, con variantes poco significativas, definía los servicios finales como ”aquellos que proporcionan la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal y que generalmente requieren elementos de conmutación”.

En la primitiva LOT de 1987 formaban parte de esta categoría, y por ende del monopolio férreamente mantenido en manos de Telefónica, todo un amplio abanico de servicios, que pronto quedaron reducidos a tres: el servicio telefónico básico, el télex y el servicio telegráfico.

En un principio esta categoría se mantenía, como hemos visto, con el objetivo de mantener bajo el monopolio no tanto los denominados servicios finales sino las redes de telecomunicaciones, que progresivamente iban a ir siendo liberalizadas como consecuencia de la transposición de los instrumentos normativos de la Unión Europea.

La dominicana ley 153-98 define los servicios finales, en clara inspiración de la Ley española, y en definitiva del modelo UIT correspondiente a los denominados teleservicios, como "aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hacen posible la comunicación entre usuarios" y prosigue: "el portador de un servicio final público proveerá el interfaz usuario red correspondiente a ese servicio". Lo que implica la inclusión del elemento de red correspondiente al bucle de abonado como una parte al parecer del propio servicio final, aspecto éste que no ha de dejar de tener consecuencias en el plano jurídico.

El rasgo distintivo en cuanto a la gestión y operación de los servicios finales radica, en el Derecho dominicano, en la forma de prestación. Mientras que para el Derecho recogido en la LOT los servicios finales se prestaban mediante concesión administrativa en régimen de exclusividad o monopolio, en el Derecho dominicano esos servicios se prestan bajo concesión, pero en régimen de libre competencia. El problema radica aquí, como hemos tenido ocasión de señalar, en saber si esas concesiones se corresponden plenamente con una técnica jurídica garantizadora del libre acceso al mercado por parte de los operadores que, cumpliendo las condiciones reglamentarias, lo soliciten, o si por el contrario constituyen en su sentido primigenio auténticas concesiones graciosas o discrecionales por parte del poder público, es decir, con carácter constitutivo de la relación jurídica establecida.

B. SERVICIOS PORTADORES

Según la LOT, eran aquellos que "proporcionan la capacidad necesaria para la transmisión de señales entre puntos determinación de red definidos".

Se identificaban en consecuencia con la puesta a disposición de terceros mediante el precio de las capacidades de transmisión y transporte de la red, sin añadir cualquier otra característica que los incluiría en las categorías restantes. Dentro del criterio de carácter económico que distinguía unos servicios de otros, los servicios portadores se integraban en la cadena de valor de la producción, como base o soporte de otros servicios y particularmente los servicios de valor añadido.

En el Derecho dominicano, se reproduce la categoría y, prácticamente en términos idénticos, la definición. Dice el Art. 15 de la Ley 153: "son servicios portadores los servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para transportar las señales entre dos puntos determinación de red definidos, que permiten la prestación de otros servicios públicos o privados de telecomunicaciones".

La practica identificación con la red de telecomunicaciones se trasluce de este último inciso y del 15.2 siguiente: "los servicios portadores de carácter público se rigen por los principios de transparencia de no discriminación y neutralidad con respecto a los servicios que transporta". Son estos requisitos ineludibles para una gestión en régimen de libre competencia, que no se incorporaban, en toda lógica, a la definición de la Ley española, en su momento.

Los servicios portadores equivalentes a la puesta a disposición de la red deben garantizar, en definitiva, los principios de acceso a la red pública bajo los principios básicos señalados, particularmente en el estadio de transición hacia una libre competencia en redes y servicios.

Por lo demás, el Derecho dominicano es más preciso en cuanto que, siguiendo una vez más la característica de la cobertura de las redes públicas los clasifica (Art. 15.3) en "locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional" con lo que la identificación con las redes aparece más cercana.

C. SERVICIOS DE DIFUSIÓN

Son servicios de telecomunicación aquéllos en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente. (Art. 18.1 de la Ley 153). Se destaca aquí una de las características de la comunicación punto-multipunto en un solo sentido aunque a continuación el propio art. 18.1 determina asimismo la posibilidad de que los servicios de difusión incluyan facilidades que permitan la comunicación en sentido inverso siempre que dicha comunicación no constituya un servicio independiente al servicio de difusión.

Se previene así en la Ley con carácter cautelar la bidireccionalidad de los servicios, atendiendo a la proyección y desarrollo de los servicios multimedia, en particular, aunque ello se preste a diversas interpretaciones.

En el Derecho europeo Comunitario de las Directivas de servicios y de red abierta de 1990 como en los Derechos español y francés, singularmente, los servicios de difusión se entienden como servicios de telecomunicaciones bajo una doble faceta. Las redes e infraestructuras de esos servicios quedan sujetas a la legislación de telecomunicaciones, pero el régimen de los contenidos queda sujeto a la legislación específica sobre radio y televisión.

Con ello se destaca una característica primordial de los servicios de difusión y que los hace diferentes en su regulación al resto de servicios de telecomunicaciones. Esto es su configuración como medios de comunicación social, destinados al gran público y en los que se ponen en juego libertades públicas fundamentales en torno al Derecho de la comunicación y valores esenciales del ordenamiento jurídico en un Estado Social y Democrático de Derecho, como, notablemente, la preservación del pluralismo y la formación de una opinión pública libre como principio rector. Esta circunstancia explicaría el mantenimiento que en los ordenamientos europeos se hace de la figura del servicio público formal en cuanto a actividad reservada al Estado, situación que se mantiene con escasas variantes y matizaciones en la actualidad.

En el Derecho Dominicano tal distinción no existiría desde el momento que de conformidad al Art. 70 "los servicios de difusión se regirán por la presente ley y por los reglamentos que apruebe el órgano regulador". Cabe interpretar no obstante que ello se refiere exclusivamente a su conceptualización como servicios de telecomunicación, es decir, en lo que toca a su estructura técnica puesto que, como prosigue el citado art. 70 "asimismo se regirán, en su contenido, por lo que disponga la legislación específica que regule los medios de comunicación social y por la que regule los derechos de autor, sean normas de derecho interno o resultantes de convenios o acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República Dominicana".

En apoyo de esta interpretación estaría además el supuesto del Art. 18.6 que dispone que "los servicios portadores de los servicios de difusión podrán ser utilizados para servir de portadores a otros servicios de telecomunicaciones y viceversa".

Por lo demás, no existen en la Ley las clasificaciones que de estos servicios se hacen generalmente en base a los criterios de cobertura pero sí se insiste en el criterio del medio empleado en la difusión. Según ello, los servicios de difusión podrán ser de radio difusión o servicios de difusión por cable según el medio empleado (Art. 18.3); a su vez los servicios de radiodifusión o de difusión mediante ondas podrán utilizar tanto sistemas terrestres como sistemas de satélites (18.4).

A su vez el Art. 18.5 (son servicios de difusión el servicio de radiodifusión sonora y de televisión y el servicio de difusión por cable) podría parecer redundante e innecesario a la vista de lo expuesto.

D. LOS SERVICIOS DE VALOR AGREGADO

La aparición de los SVA fué la directa y primera consecuencia de la conjunción de las telecomunicaciones y la informática. Difíciles de definir en sus múltiples manifestaciones, los SVA constituyeron la primera brecha abierta en la monolítica concepción de las telecomunicaciones como servicios y redes reservadas. Por sus características y su naturaleza se presentaron desde un primer momento como susceptibles de una liberalización en el corto plazo.

La Unión Europea, en la primera etapa de apertura hacia la libre competencia procedió, en el Libro Verde sobre los servicios de telecomunicaciones y en los instrumentos normativos elaborados al efecto -básicamente las directivas de 1990 de servicios y de oferta de red abierta- a establecer las condiciones para que esta categoría de servicios pudiese salir fácilmente del bloque monopólico, excluyéndoles de la calificación de servicios exclusivos o especiales, en la terminología de la Unión Europea.

Con algunas excepciones los servicios de valor añadido en sus distintas denominaciones y contenidos se prestaron en libre competencia, bastando para ello una simple autorización que, como en el caso español, era otorgada por silencio administrativo positivo.

Básicamente pues el sistema de red abierta o sistema mixto delimitaba los dos sectores respectivos en monopolio o competencia alojándose en el primer ámbito los servicios finales y portadores (sujetos a una aportación restrictiva a partir de la jurisprudencia British Telecom) y en el segundo todos los demás, nucleados en torno a la básica categoría de servicios de valor añadidos.

Los SVA habían hecho su aparición no obstante algunos años antes en USA bajo la genérica advocación de ***"enhanced services"*** en los documentos **Computer Inquiry I, II y III** en tanto que combinación de aplicaciones informáticas y de telecomunicaciones propiamente dichas abriendo así el campo para una proliferación de actividades vinculadas al concepto difuso de la Telemática.

> Las Directivas 90/388/CEE, de 28 de Junio de 1990 (DOCE L 192 de 24 de Junio de 1990), denominada Directiva de servicios al mismo tiempo que justificaba, al menos por el momento, la reserva de servicios en manos de los operadores nacionales de telecomunicaciones, sentó las bases para la prestación de los SVA en régimen de libre competencia determinando que estos servicios debían ser alojados fuera del monopolio pues de esa forma podrían incurrir en una vulneración del tratado de la Unión Europea. Los SVA carecen en todo caso de características que permitan justificar su prestación en exclusiva. A su vez la universalización de la red justificaría el mantenimiento del monopolio sobre el servicio telefónico siempre y cuando se preservasen los principios, habituales ya en el Derecho Comunitario, de no discriminación neutralidad y accesibilidad a las redes en condiciones de igualdad y transparencia.

Los SVA se definían en la LOT como “los servicios de telecomunicación que, no siendo servicios de difusión y utilizando como soporte servicios portadores o servicios finales de telecomunicación, añaden otras facilidades al servicio soporte o satisfacen nuevas necesidades específicas de telecomunicación, entre otras, acceder a información almacenada, enviar información o realizar el tratamiento, deposito y recuperación de información”.

Se destacaban así dos notas características de los mismos. Por un lado su carácter negativo o residual que los identificaba como un reducto cajón de sastre para todos aquellos servicios que no pudieran encajar en las demás categorías. La ausencia de precisión de la definición en este punto fué no obstante beneficiosa en cuanto a la apertura en marcha pues permitió la proliferación de un gran número de servicios teniendo por otra parte como base la interpretación restrictiva del alcance de los servicios que se mantenían en reserva.

Poca variación en la definición contenida en el Art. 17.1 de la dominicana Ley 153-98. Son servicios de valor agregado los servicios de telecomunicaciones que, utilizando como soporte servicios portadores finales o de difusión agregan o añaden alguna característica o facilidad al servicio que le sirve de base.

La principal dificultad consistiría en la definición del plus de información o característica añadida que caracteriza esencialmente a los SVA. En realidad no se explícita en la Ley en qué consiste esta facilidad añadida. Aunque algo más explícito en la Ley española de referencia esta imprecisión puede ocasionar en la práctica alguna dificultad en el deslinde de otros servicios o facilidades anejos a los demás servicios, tales como las denominadas facilidades de red o prestaciones propias de esos servicios sin que lleguen a constituir categoría aparte. El desarrollo del software y la inteligencia de red pueden constituir una circunstancia poco propicia para establecer una diferenciación neta con los SVA aunque en ayuda de ello vendría en primer lugar el principio de interpretación restrictiva del alcance de los servicios finales y portadores.

Aunque hoy en día semejantes sutilezas no tienen utilidad práctica en los ordenamientos que han prescindido lisa y llanamente de toda categorización de servicios en la regulación de las telecomunicaciones, lo cierto es que podría no obstante plantearse alguna dificultad en este sentido cuando se establezca algún régimen distinto para ambas categorías.

En el Derecho español de la LGT de 1998, hoy derogada, los antiguos SVA se rigen por las autorizaciones generales mientras que los antiguos servicios finales y portadores dieron lugar a la exigencia de licencias individuales.

En el Derecho dominicano mientras que los servicios finales portadores y de difusión requieren concesión otorgada por el órgano regulador, los servicios de valor agregado no la requieren y sí solamente la inscripción en un registro especial. La indeterminación o la frontera entre las categorías permanece no obstante sin que se eviten los problemas de calificación. (Art. 35 Ley 153-98)

No se comprende muy bien que pese a ello se mantenga la calificación como servicio público de los servicios de valor agregado, toda vez que, como es bien sabido, existe una directa correspondencia entre la concesión como título constitutivo de una situación jurídica inexistente previamente en el solicitante y el concepto y naturaleza del servicio público. No se compagina muy bien, a nuestro entender, que baste una mera inscripción en un registro como mero título que habilita a prestar los SVA y se mantenga no obstante su calificación como servicio público. Encaja mal la pretendida libertad deseada para el acceso al mercado de estos servicios y su calificación como servicios públicos de carácter formal.

A no ser que pensemos que la categoría del servicio público de comunicaciones en el Derecho dominicano no sea sino una mera etiqueta carente de significado en cuanto al régimen jurídico aplicable, provocado por la pereza legislativa y máxime cuando todos los servicios se prestan en

libre competencia, lo que supone entre otras cosas libertad en el acceso al mercado y en el desenvolvimiento dentro de el.

Los principales problemas de los SVA en cuanto al establecimiento de su régimen jurídico estaban –y están, en cierta medida- vinculados a tres órdenes de cuestiones:

1. La garantía del acceso de las redes de los servicios soportes, finales, portadores o de difusión en condiciones técnicas y jurídicas equitativas. Este fué el origen de la directiva ORA en la Unión Europea y en general del sistema de red abierta que pretendía el aseguramiento del acceso a las redes públicas, en ese momento el monopolio bajo las denominadas condiciones ONP (condiciones técnicas y jurídicas en base a los principios de neutralidad, no discriminación y transparencia).
2. El aseguramiento del principio de neutralidad en relación a las condiciones técnicas y económicas ofrecidas por los titulares de los servicios soporte. Lo que, entre otras apreciaciones, conlleva la necesidad de efectuar una separación contable entre los servicios sujetos a tarifa y los servicios en competencia, en manos de un mismo titular para evitar la práctica de los subsidios cruzados y otras manipulaciones contables y estructurales atentatorios contra el principio de la libre competencia. Así mismo se pretende con ello eliminar las eventuales barreras de acceso al mercado, cuando los entrantes deben utilizar las instalaciones esenciales ***(esential facilities)*** de los operadores dominantes.

   En el Derecho dominicano esta exigencia está plenamente contemplada en el Art. 17.2 de la Ley 153-98: “las entidades prestadoras de servicios portadores finales y de difusión, presten o no servicios de valor agregado, garantizarán el principio de neutralidad y no discriminación frente a los prestadores de valor agregado que necesiten utilizar sus instalaciones esenciales”, entre las cuales cabe contar, como es obvio, las redes soporte de esos servicios, además de otros que puedan calificarse como tales instalaciones esenciales en una categoría abierta (numeración, infraestructuras, bases de datos, etc.).
3. El aseguramiento del principio de unidad cautelar de la red. En una perspectiva todavía monopolística respecto de la red era necesario garantizar que los servicios en competencia en ese momento no debían menoscabar la exclusividad otorgada en las redes de telecomunicaciones. Por ello se exigía normalmente que los SVA utilizasen las redes existentes y en manos de los operadores monopolísticos, hasta tal punto que para el supuesto de que los titulares de SVA estableciesen sus propias redes, el título habilitante sería el de concesión y ésta solo sería otorgada a falta de existencia o de disponibilidad de esas mismas redes adscritas a los servicios finales y portadores. Es el supuesto del Art. 23 de la antigua LOT española mediante el cual respecto de aquellos SVA que dispusiesen de red propia se precisaba de concesión administrativa como título propio y correspondiente a un servicio público formal.

   Como se ve el régimen de los SVA adolecía en su primera formulación de una fuerte impronta monopolista a favor de los operadores públicos instalados. En definitiva la proliferación de SVA y su existencia misma favorecía el uso de las redes en posesión de los operadores en exclusiva y no era en sí mismo, como fácilmente se puede deducir, una medida excesivamente atentatoria contra los principios del sistema de explotación vigente a la sazón. La unidad cautelar de la red, como asimismo la unidad funcional para los escasos y embrionarios casos de interconexión (en realidad acceso a las redes públicos), se justificaba en el Derecho europeo por la necesidad de expandir y mejorar las redes de telecomunicaciones, garantizando su financiación en aras al mantenimiento del servicio universal o, por mejor decir en la época, de la universalización de los servicios.

   Nada se establece en el Derecho dominicano sobre la exigencia de que los prestadores de SVA puedan crear o establecer sus propias redes. Antes bien parece predominar la idea subyacente en el Art. 30 de que los titulares de estos servicios deban utilizar las

redes y servicios que por ellas se presten, como una obligación de los concesionarios de servicios públicos.

4. El establecimiento de títulos adecuados y concordantes con el régimen de libre competencia en que desde el principio se prestan los SVA. De manera explícita ya la LOT había excluido a estos servicios de la calificación y del régimen de servicio público por lo que bastaba para su explotación una simple autorización que se otorgaba por silencio administrativo positivo transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud. Otro caso era el supuesto antes contemplando de SVA con red propia que exigía concesión, por lo que indirectamente se restablecía para ellos la calificación de servicio público.

UNIDAD DIDÁCTICA 9
EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. ACCESO AL MERCADO. TITULOS HABILITANTES PARA LA EXPLOTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

I.- INTRODUCCION.

II.- EL TÍTULO HABILITANTE COMO GARANTÍA DE ACCESO AL MERCADO.

A.- Los modelos teóricos de acceso al mercado.

B.-Clases de títulos y su proyección en el régimen de acceso al mercado.

C.-Autorizaciones definitivas y provisionales.

D.-Procedimientos.

III.- TITULOS HABILITANTES COMO INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA.

IV.-VIDA DEL TÍTULO HABILITANTE

V.- LOS TITULOS HABILITANTES EN EL DERECHO DE LA REPUBLICA DOMINICANA.

A.- Cuadro general de los títulos habilitantes.

B.- La concesión

1.- De la idoneidad de la concesión como técnica de gestión de servicios garantizadora del libre acceso al mercado.

2.- Procedimientos para el otorgamiento del título concesional.

3.- Revocación de las concesiones.

4.- Vida de la concesión

5.- Obligaciones de los concesionarios.

C.- La licencia

D.- Inscripciones en Registros

I.- INTRODUCCION

La liberalización del régimen de las telecomunicaciones y la desaparición de la reserva estatal eleva al primer plano en la consideración del objeto de la acción reguladora, el régimen de acceso al mercado. Si anteriormente el Estado, de forma discrecional, tenía la llave del acceso a través de la figura del servicio público en monopolio, el sistema de regulación para la competencia supone antes que nada, como hemos visto, la devolución a la iniciativa privada la provisión de los servicios de telecomunicaciones. Determinar el régimen de acceso al mercado es pues tarea prioritaria y uno de los aspectos más relevantes de la actividad administrativa correspondiente a un sistema de regulación de mercados.

La libertad de empresa consagrada constitucionalmente recobra de esta forma su plena vigencia siendo su primera manifestación el reconocimiento de la libertad de acceso como uno de los elementos configuradores de la nueva ordenación. Sin embargo, razones, tanto estructurales como políticas como, en definitiva, institucionales, plantean con carácter general en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones la exigencia de un título que habilite a los operadores de redes y prestadores de servicios para acceder a los mercados. El principio de sujeción a título es pues un elemento consustancial, a tener en cuenta en todo caso. Pero determinar qué clase de títulos se corresponden mejor y más exactamente con los principios estructurales del sistema de regulación y la definición del régimen jurídico más idóneo para el logro de los objetivos de la ley son, al propio tiempo, retos ineludibles en la configuración de este nuevo régimen para las telecomunicaciones.

De antemano ha de reconocerse no obstante que los títulos habilitantes para operar redes y prestar servicios tienen un significado, un régimen y una naturaleza en consecuencia radicalmente diferentes a la de los títulos propios de una concepción servicio público de carácter formal. Mientras que bajo esta acepción los títulos son constitutivos ***ex novo*** de una relación jurídica, sobre todo en el caso de la concesión, los títulos habilitantes presentes en el nuevo sistema de regulación para la competencia parten en su concepción de un supuesto contrario: la preexistencia del derecho a acceder y operar en el mercado por parte de los agentes. De ahí el que, también con carácter general, los títulos habilitantes se decanten sobre la técnica de las habilitaciones autorizatorias que presuponen derechos subjetivos previos en los solicitantes del acceso al mercado. La necesidad de adecuar los títulos como técnicas jurídicas de la nueva ordenación es uno de los problemas mayores en la conceptualización y desarrollo de la acción reguladora del Estado bajo el marco de la libre competencia.

En puridad, el título habilitante cumple dos funciones como instrumento de aplicación del ordenamiento. Por un lado materializa la función administrativa de verificación de las condiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento para el acceso al mercado. Por otro, la relación que se establece a partir de dicho título es de carácter permanente, atribuyéndose a la Administración reguladora una función de supervisión y control de cumplimiento de las condiciones establecidas en el mismo.

Como tal, el título constituye un instrumento privilegiado de la acción reguladora. No se trata tan sólo de producir la incorporación del ordenamiento, que es la típica función de aplicación, sino de que la Administración reguladora, en base a la Ley, establezca condiciones para la satisfacción de los objetivos generales marcados y, en consecuencia, imponga obligaciones, cargas y limitaciones del derecho preexistente, que rebasan ampliamente la primigenia y banal concepción de la técnica autorizatoria como mera remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho.

Son las propias particularidades estructurales del sector y el grado de desarrollo de los mercados, como asimismo de las redes y sistemas de telecomunicaciones en un ámbito concreto, los que incorporan planteamientos y puntos de vista que introducen una cierta complejidad en la conceptualización y tratamiento jurídico de los títulos habilitantes como llave de acceso a los mercados.

La problemática jurídica inherente se desdobla claramente en dos apartados: en primer lugar, la consideración del título habilitante como garantía del principio de libre competencia y en consecuencia del libre acceso a los mercados; en segundo lugar, el título habilitante constituye un instrumento de intervención privilegiado para establecer una cierta orientación en la política regulatoria y para salvaguardar no sólo las exigencias de una libre competencia efectiva como la satisfacción de las demás obligaciones del sistema de regulación, nucleadas en torno a la figura del interés general y de todas aquellas necesidades colectivas no satisfechas directamente- o de ninguna manera- por el mercado.

II.- EL TÍTULO HABILITANTE COMO GARANTÍA DE ACCESO AL MERCADO.

El título es antes que nada una garantía de seguridad jurídica en el acceso al mercado, que opera tanto a favor de los accedentes -que han de contar con una base suficiente de previsibilidad y estabilidad para organizar la actividad empresarial- como del ordenamiento en general, de manera que se cumpla con lo establecido en la ley. Pero esta función es posible desarrollarla con arreglo a diversos sistemas y perspectivas.

A- LOS MODELOS TEÓRICOS DE ACCESO AL MERCADO.

En un plano puramente teórico es posible presentar el régimen de los títulos habilitantes bajo tres esquemas conceptuales básicos:

- **Libertad absoluta en la entrada y acceso al mercado.** Ello supone la inexistencia de títulos habilitantes específicos y establecidos en el ordenamiento sectorial de aplicación. Los accedentes deberán cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en el Derecho común para la actividad mercantil y se someterán asimismo al Derecho común de la competencia. El régimen de libertad total en el acceso queda limitado a algunas experiencias de países como Nueva Zelanda, en su primera formulación.
- **Inexistencia de libertad en el acceso por el otorgamiento constitutivo del título por parte del poder público.** Es el supuesto relativo a una concepción de servicio público formal que implica la reserva de titularidad a favor del Estado. El título habilitante adopta la forma de adscripción o titularidad específica en el ámbito de la gestión directa por el Estado, bien centralizada, bien descentralizada, y de concesión en el supuesto de gestión indirecta.
- **Reconocimiento de libertad como derecho subjetivo preexistente y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias previamente establecidas en el ordenamiento.** Este sería en sus líneas generales el régimen inherente al sistema de regulación para la competencia, que partiendo de un régimen inicial de libertad, no supone la inexistencia de título habilitante necesario para acceder al sector. La diferencia estriba en el carácter y naturaleza de este título en tanto que reconoce un derecho subjetivo preexistente en el ejercicio de la actividad económica.

  Y ya dentro de este sistema general, el título puede consistir tanto en una autorización general, como en una simple comunicación a la autoridad regulatoria del inicio de la actividad o servicio.

Este último sistema, en el cual nos vamos a centrar en la explicación siguiente, se diversifica y se complica en función de varios factores que en todo caso es necesario adelantar. En primer lugar, no todas las actividades y servicios de telecomunicaciones, por sus propios condicionamientos y

por las exigencias del ordenamiento en cada caso, se corresponden con los mismos títulos. En segundo lugar, el contenido propio de cada uno de ellos puede rebasar en ocasiones la esfera de libertad reconocida en el ordenamiento, produciendo una extensión -de dudosa legalidad en muchos casos- de la intervención pública en su otorgamiento. En tercer lugar, la diversificación establecida respecto de los títulos no se contrapone esencialmente con los principios de libertad de acceso garantizado, por lo que es precisa su adecuación. Así lo ha entendido la Unión Europea con motivo de la Revisión 99 que, como veremos en la Directiva de Abril de 2002, sobre autorizaciones y licencias, elimina los títulos habilitantes individualizados parta sustituirlos por una única categoría de títulos, la autorización general otorgada por mera declaración e inscripción en un Registro.

El carácter general de la sujeción a título no impide que alguna de las actividades de operación de redes y prestaciones de servicios queden exentas de esta obligación. Los ordenamientos introducen variadas excepciones al principio general, como por ejemplo la Ley General española de Telecomunicaciones y el Derecho comunitario europeo. Son estas excepciones las que derivan de la consideración de las actividades como enteramente privadas (caso de las redes o servicios privados) o del uso común de determinadas frecuencias del espectro radioeléctrico, como la banda ciudadana etc. Ello no significa, no obstante, que los sujetos de estas actividades no tengan obligaciones de comunicación y de información al Poder público, materializadas con frecuencia en registros públicos a los efectos de conocimiento por parte del Poder regulador y de los agentes del sector.

B- CLASES DE TÍTULOS Y SU PROYECCIÓN EN EL RÉGIMEN DE ACCESO AL MERCADO.

De manera general cabe presentar los títulos habilitantes como aquellos actos o negocios jurídicos de carácter administrativo dictados por los órganos competentes integrados en el Poder Público y que materializan el derecho de los operadores a entrar y actuar en el mercado.

Los presupuestos, requisitos, contenido y naturaleza de los títulos serán radicalmente distintos en razón de la finalidad perseguida en cada caso y en relación a los principios y contenido de los sistemas en los que tienen lugar.

El carácter cambiante de los mercados, la flexibilidad inherente al Derecho de las telecomunicaciones sin menoscabo de la seguridad jurídica, el propio carácter de la regulación para la competencia, etc son otros tantos factores que inciden directamente sobre la concepción misma y sobre la utilidad e idoneidad de los títulos respecto de los fines establecidos.

De forma general, en el panorama del derecho comparado de las telecomunicaciones, los títulos habilitantes han sido o son fundamentalmente los siguientes:

1) Concesiones.

Son los títulos que habilitan constitutivamente para la prestación de los servicios públicos en forma de gestión indirecta, por particulares. Tienen naturaleza contractual (contrato de gestión de servicios públicos) y el procedimiento para su otorgamiento, así como el régimen del contrato queda sometido a lo dispuesto en las leyes sobre contratación pública y en la legislación específica de telecomunicaciones. En un momento dado, la concesión puede coexistir en un ordenamiento junto a otros títulos tales como autorizaciones o licencias, desde el momento en que los servicios de telecomunicaciones tienen naturaleza y régimen distintos. Así ha acontecido en Europa con motivo de la implantación del sistema de red abierta o sistema mixto en el que coe-

xistían servicios públicos con servicios liberalizados, como también en numerosos países de América Latina.

La concesión parte necesariamente de una reserva estatal de actividades y de ahí el carácter constitutivo de la relación establecida entre el Poder Público y el concesionario. Como tal, significa que queda excluida en principio la libertad de acceso al mercado o el derecho preconstituido de los operadores.

Las concesiones demaniales. Distintas de las concesiones como forma de gestión de servicios públicos son las concesiones demaniales. Estos son los títulos que obedecen a la concepción del espectro radioeléctrico como bien de dominio público, frecuente en nuestros ordenamientos. Según ello, el título para usar de las frecuencias con carácter privativo exige una concesión (con carácter constitutivo, en consecuencia) aunque de naturaleza demanial puesto que se circunscribe exclusivamente al uso y disfrute de una parte del dominio público así configurado. Las concesiones demaniales tienen autonomía respecto de cualquier otro título habilitante, por lo que reciben tratamiento separado en lo que respecta a su otorgamiento y al régimen jurídico inherente. No obstante, y habida cuenta de la concurrencia de títulos, como por ejemplo respecto de aquellos servicios y operaciones de redes que precisan del uso del espectro, el otorgamiento se realiza de forma conjunta o al menos vinculada.

2) Autorizaciones.

Son los actos administrativos por los cuales se habilita para operar redes o prestar servicios de telecomunicaciones en forma unilateral. Su característica esencial estriba en su naturaleza no constitutiva, que supone derechos subjetivos preexistentes en el particular solicitante de la autorización. Es la técnica que se corresponde, en principio, con la máxima garantía de libertad en el acceso al mercado. Su contraposición con la concesión es neta, aunque en la práctica, en muchas ocasiones ambos títulos tiendan a confundirse, sobre todo en la versión de las autorizaciones individuales en el marco europeo, a causa de la presencia de un condicionado específico en el acto autorizatorio que lo acerca al régimen de la concesión administrativa. No obstante y persistir el hecho de su naturaleza radicalmente diferente en ambos supuestos, esta cuestión ha sido objeto de una llamada de atención por la Unión Europea en la última etapa de la evolución del Derecho Comunitario, la Revisión 99 y el correspondiente paquete de Directivas que vieron la luz en el año 2002, en el sentido de favorecer la existencia de títulos habilitantes que se correspondan fielmente con su finalidad pretendida, garantizando el libre acceso al mercado por parte de los solicitantes en condiciones legales y reglamentarias iguales para todos, y por ello se elimina la figura de la licencia individual.

La autorización obedece en definitiva, básicamente, al viejo concepto de técnica jurídica que remueve los obstáculos para el ejercicio de un derecho, según la clásica concepción de **RANNELLETI**. Con independencia de que esta conceptualización no se acomode enteramente al campo en que nos movemos ahora, lo cierto es que cabe contemplar varios tipos de autorizaciones, algunos de ellos recogidos expresamente por la legislación de telecomunicaciones. Y así distinguimos:

A) Autorizaciones generales.

Según el Derecho europeo, este título habilitante es el que se corresponde con la operación de redes o explotación de servicios que se configura con carácter prevalente, y que consiste en actos otorgados de forma reglada y automática por el regulador. Prevalece pues la técnica del acto-condición, mediante el acceso del solicitante a una situación jurídica general y abstracta definida en la Ley con carácter previo. Constituye la máxima expresión de la técnica autorizatoria como respetuosa con los derechos subjetivos preexistentes, eliminando a priori cualquier discrecionalidad administrativa en el otorgamiento y por ende, cualquier vestigio de contractualización o de individualización en los títulos.

B) Autorizaciones individuales.

Son las llamadas autorizaciones específicas o licencias individuales en la terminología del Derecho Europeo. Por imperativo legal se otorgan de manera reglada aunque no automática, en reconocimiento de los derechos subjetivos del solicitante en el acceso al mercado. Sin embargo, por la forma de su otorgamiento (no automático, exclusión del silencio administrativo) como por la posibilidad de introducir condiciones en su contenido, particularizadas en el sujeto titular, como por la remisión a la Ley de contratos administrativos en tanto que norma reguladora de los procedimientos y de su régimen jurídico, se acercan a la forma de una concesión. Las licencias individuales se corresponden asimismo con la categoría de las denominadas autorizaciones operativas o de tracto sucesivo que implican una relación jurídica permanente entre el Poder público y el titular, lo que es circunstancia propicia para extraer consecuencias jurídicas no desdeñables en orden al acercamiento entre la concesión y las licencias individuales

C) Declaraciones de los particulares.

Como acto equivalente al título habilitante, comunicadas al órgano de regulación e inscritas en un registro público. Esta es sin duda la técnica de garantía máxima del acceso libre al mercado, siempre que la declaración y su inscripción en el registro tengan meros efectos publicitarios y no constitutivos de la relación jurídica. Esta fórmula puede adoptar también la forma de necesaria inscripción en un registro público con carácter no constitutivo, lo que otorgaría facultades suplementarias al regulador para proceder en su caso a la cancelación de la inscripción como determinante de la salida del mercado. Y esta ha sido finalmente la técnica retenida en al recientísima ley española de telecomunicaciones del año 2003, que va mas allá como hemos tenido ocasión de apreciar, de los objetivos y mandatos del Derecho comunitario que únicamente había previsto una mayor homogeneización de los requisitos de entrada a los mercados para los países miembros de la UE sobre la base de la técnica autorizatoria general e igualitaria.

En la Directiva europea sobre autorizaciones se instituye un nuevo régimen para los títulos habilitantes que suprime la licencia individual y se prevé únicamente la posibilidad de otorgar autorizaciones o licencias específicas en algunos supuestos. Sólo la presencia de determinados elementos tales como la las obligaciones de servicio público, el uso privativo o excluyente del dominio público radioeléctrico o ciertos privilegios en la utilización del dominio público o privado para el establecimiento de redes pública, serían significativos en orden al otorgamiento de autorizaciones específicas, al margen del régimen común y prioritario de autorizaciones generales.

C- AUTORIZACIONES DEFINITIVAS Y PROVISIONALES.

Una de las consecuencias más notables del avance de las tecnologías y de su alcance, que el ordenamiento no puede prever en todos los detalles, es la emergencia de nuevos servicios o actividades que no tienen definido un régimen previo en el ordenamiento. Tal es el caso tanto de los nuevos servicios como de las pruebas y experimentos que se hacen en pro de la definición o implementación de esos nuevos servicios. Por ello, los ordenamientos establecen para estos supuestos la categoría de títulos habilitantes de carácter provisional, con sujeción a plazo y en tanto en cuanto no se elabora el marco jurídico correspondiente (Tal es el caso del Art. 7 de la antigua Ley española de Telecomunicaciones de 1998).

D- OTRAS CLASIFICACIONES DE RELEVANCIA.

La terminología en relación a los títulos habilitantes es variada por lo general en los diversos ordenamientos, que incluyen términos como licencia, autorización, permiso etc para imputar el régimen jurídico respectivo a una categoría de servicios o de elementos o segmentos de red o de cualquier otro dispositivo del sistema de telecomunicaciones. Con alguna frecuencia se reserva el término de licencia para la utilización de elementos del espectro radioeléctrico y el permiso para determinados servicios, como los de valor añadido. No puede extraerse una doctrina o definición válidas con carácter general y será preciso acudir a cada legislación en concreto para determinar el carácter y naturaleza de cada titulo establecido.

E- PROCEDIMIENTOS.

Los procedimientos para el otorgamiento de los títulos habilitantes son distintos en función de dos factores: a) que el título haya de ser otorgado mediante licitación o concurso o que por el contrario se otorgue directamente al solicitante. b) en razón a la naturaleza del título, bien consista éste en una concesión, una autorización o una mera declaración seguida de inscripción en el registro.

En lo que toca al primero de los apartados señalados el procedimiento de licitación o concurso se establece cuando por las razones determinadas en la Ley existe una limitación del número de títulos a otorgar. En principio, todo parecería indicar que la garantía de acceso al mercado implicase la no limitación del número de títulos. Pero por variadas circunstancias, entre las que cabe contar las relativas al uso de recursos escasos o la limitación de los mercados en sí mismo considerados, este tipo de restricción se da en la práctica.

Caso distinto es, con toda evidencia, el relativo a las concesiones como forma de gestión de un servicio público en que, también en principio y por definición, el acceso a los mercados queda limitado por el uso de un poder discrecional por parte del Poder público.

Distintos son los procedimientos en cada supuesto y eventualmente las resoluciones de otorgamiento pueden estar atribuidas a distintas autoridades.

III.- TITULOS HABILITANTES COMO INSTRUMENTOS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA.

El título habilitante presenta en el sistema de regulación económica otra vertiente digna de tenerse en cuenta al objeto de la cabal comprensión de las técnicas jurídicas operativas en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones. Hacemos referencia al título, sea concesión de servicios públicos en competencia, como es el caso entre otros del Derecho dominicano, o autorizaciones generales y licencias individuales, en el antiguo marco jurídico europeo. La intrínseca necesidad de desarrollar el sistema mediante una adaptación constante a las circunstancias de mercado concurrentes y sobrevenidas, la garantía en la satisfacción de intereses de servicio público y de obligaciones de interés general, como la propia exigencia de conservación de los mercados y de la efectividad de sus reglas, hace que, aun en el supuesto de la mera técnica autorizatoria, los títulos no son simplemente una remoción de obstáculos para el ejercicio de un derecho. Se trata de autorizaciones operativas en las que a través de un explícito condicionado, de carácter tanto reglamentario como individualizado, se constituye un contenido obligacional que asemeja bastante a la concesión de índole contractual. Por otra parte, el contenido de estas condiciones queda

sujeto a una eventual modificación por parte del Poder público en el ejercicio de una facultad que le aproxima en cuanto a sus presupuestos y efectos al clásico ***jus variandi*** de la Administración concedente. Esta es en suma la particularidad de la actividad reguladora que ha quedado señalada. O, dicho de otra manera, es una forma de regulación que opera a través del condicionamiento de las autorizaciones.

Esta facultad del poder regulador se ejerce normalmente en el momento de otorgamiento del título habilitante en el cual se incorpora un contenido reglamentario y otro contenido individualizado constituido por obligaciones o condiciones específicas.

Ejemplo de cuanto venimos diciendo es el Art. 11 de la Ley española de 1998 en el que se incluyen toda una serie de condiciones a establecer e incorporar en el régimen tanto de las autorizaciones generales como en las licencias individuales. En este último caso, de conformidad al Art. 16 y pese a que se proclamaba que éstas se otorgarían de forma reglada, previa la acreditación por el solicitante del cumplimiento de los requisitos exigibles para su concesión, se establecía la posibilidad de imponer una serie de condiciones individuales asumidas por el solicitante[16]. Circunstancia que favorecía sin duda el punto de vista de quienes reconocían en dicha técnica autorizatoria una sutil reminiscencia del régimen de la concesión de servicios públicos.

Estas condiciones están dirigidas a garantizar el cumplimiento de los planes de numeración, el uso efectivo del espectro, los requisitos de protección del medio ambiente y ordenación del territorio, las obligaciones de servicio público, el estatuto jurídico de los operadores dominantes, la prestación del servicio universal, la protección de los derechos fundamentales o el cumplimiento de obligaciones específicas de interconexión y acceso, así como el cumplimiento de las obligaciones específicas contenidas en los pliegos de bases cuando el título se otorga mediante licitación.

El propio talante y naturaleza de estas condiciones, como la necesidad que implica su aceptación como causa o requisito para el otorgamiento del título, sitúa al particular en una posición muy cercana a la de un concesionario de servicios públicos. Si a ello se le añade que esas condiciones, con las garantías dictadas al efecto, pueden ser modificadas por el Poder público, nos encontraremos en un régimen aún más cercano al de la concesión. No obstante, persiste el hecho incuestionable de la distinta naturaleza de ambas técnicas habilitantes, lo que no dejará de producir sus efectos en orden a la interpretación de las normas y al control ejercido sobre los actos administrativos recaídos.

16.- Huelga decir que este régimen, en lo que concierne la técnica de regulación, ha sufrido con la nueva ley de 2003 una profunda revisión. Suprimidos los títulos habilitantes para el acceso a los mercados, desaparece al propio tiempo el condicionado "cuasi contractual" en el decir de algún autor, del contenido de las licencias. Por ello los imperativos del sistema de regulación, y en concreto la imposición de obligaciones de servicio público y de obligaciones de carácter público y de interés general, se hacen presentes a través de la reglamentación general, asegurándose de esta manera la igualdad, la transparencia y la objetividad en la imposición de obligaciones de este tipo, recurriendo a la creación de situaciones generales y objetivas como garantía.

IV.- VIDA DEL TÍTULO HABILITANTE

A- GENERALIDADES.

Todos los títulos para operar redes y prestar servicios establecen relaciones jurídicas duraderas. Están sujetos en principio a término por el plazo de la concesión o de la autorización, permitiéndose la renovación o prórroga de los mismos, si bien no con carácter indefinido, como regla general.

En consecuencia, el título atraviesa una serie de situaciones, que el ordenamiento contempla con la finalidad de proteger y dar cumplimiento a los objetivos legales y a los principios del sistema de regulación.

Existe un primer estadio de otorgamiento del título, según su naturaleza y según que el mismo deba adjudicarse mediante concurso o licitación, o directamente. El título, está sujeto a revisión y modificación por parte del órgano regulador que ejerce de esta forma las facultades y potestades que le asigna la Ley. El título, además, puede ser objeto de transmisión o cesión por parte de su titular, hecho éste que no debe realizarse en principio al margen de la intervención del poder regulador, puesto que las específicas condiciones de su otorgamiento pueden quedar en entredicho en cesiones libres y no controladas por el Poder público. Finalmente, el título se extingue y deja de tener efectos por diversas causas: bien por el cumplimiento de los objetivos marcados; por expiración del término de duración; por incumplimiento grave de las condiciones y obligaciones impuestas; incluso por rescate del servicio o figura similar que equivalga a una asunción de la actividad habilitada, por el Poder público. Mención especial habría que hacer también aquí al supuesto de transformación de los títulos, como típico mecanismo de derecho transitorio, ante la pervivencia de títulos conferidos u otorgados antes de la vigencia de la Ley.

B- EN ESPECIAL: TRANSMISIÓN Y CESIÓN DE TÍTULOS.

Por regla general, la explotación y gestión de las telecomunicaciones exigen en el particular habilitado una serie de circunstancias y requisitos que acreditan su capacidad técnica o su solvencia económica para acometer con éxito las actividades que son objeto de la habilitación. En principio, por consecuencia, cualquier cesión o transmisión del mismo a un tercero es contemplada con suspicacia por el ordenamiento jurídico, que impone mecanismos de control y vigilancia sobre este tipo de operaciones, normalmente exigiendo autorización expresa para ello. La cesión sin autorización se considera como falta muy grave (Art. 79.19 Ley española de 1998 [17]). La legislación asimila muy de cerca la posición del licenciatario individual a la de un concesionario de servicios públicos puesto que, “para los supuestos de transmisión de licencias se estará a lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas en relación al contrato de gestión de servicios públicos” (Art. 19.4 LGT española de 1998).

En el Derecho dominicano la misma autorización previa se exige para cualquier operación de transferencia, cesión u otorgamiento de derecho de uso de cualquier título y para la constitución de gravamen sobre concesiones o licencias (Art. 28.1 Ley General de Telecomunicaciones). Se exige, por otra parte, identidad de requisitos al cesionario el cual se subrogará en la situación jurídica del cedente. La legislación dominicana en este punto es muy limitativa de las transferencias o cesiones de los títulos, lo cual refuerza el carácter personalizado en la gestión de los servicios, que se corresponde con su naturaleza pública.

17.- La nueva ley de telecomunicaciones de España ha suprimido los títulos habilitantes para el acceso al mercado. No obstante se da el supuesto, que constituye asimismo una novedad en la ley, de transmisión de títulos habilitantes para el uso del espectro (art. 45.2.b de la Ley 32/2003 de 4 de Noviembre, General de Telecomunicaciones).

C- EXTINCIÓN.

La extinción de los títulos se opera por diversas causas. Habría que contemplar en primer lugar aquella que se corresponde con la naturaleza propia del mercado, esto es la salida del mismo por ineficiencia o imposibilidad de operación bajo sus reglas. Sin embargo, y en esto se manifiesta una vez más el carácter de la intervención pública bajo el sistema de regulación económica para la competencia, existen en el Derecho actual de las telecomunicaciones otras razones que aproximan el régimen instaurado al lado de la gestión de los servicios públicos en su sentido formal y clásico. Los títulos se extinguen por el transcurso del tiempo por el que se otorgaron, por renuncia con preaviso por parte de su titular y aceptación expresa por parte del órgano regulador, por revocación, en su versión tanto de revocación-sanción como revocación-incumplimiento de condiciones contenidas en el título, entre otras causas. Finalmente, los títulos pueden extinguirse como consecuencia de su no transformación en las condiciones y tiempo requeridos por el Derecho transitorio.

Habida cuenta de la asimilación, en muchos casos forzada, de las autorizaciones y licencias al régimen de gestión de los servicios públicos, como es el caso, entre otros, de la legislación española, otras causas de extinción propias de este tipo de contratación son también aplicables (Art. 19.2 Ley española de 1998, como vimos). Entre ellas se incluye todo un inventario que afectan tanto a la capacidad del titular y de su empresa como al mutuo acuerdo entre la Administración y el titular y otras típicas de la gestión del servicio público, transposición que no resulta cómoda en ocasiones, habida cuenta de la diferencia radical, insistimos, entre los títulos habilitantes en un marco de mercado de aquellos otros que operan bajo la impronta del servicio público tradicional. Lo cual debe ser justamente señalado y puesto de relieve por la inseguridad jurídica que comporta.

En el Derecho dominicano la revocación de la concesión o registro y, en su caso, de las licencias correspondientes, se emparentan con aquellas que son típicas de la rescisión de contratos de gestión de servicios públicos y que afectan por lo general al incumplimiento de las obligaciones y condiciones asumidas en el título y las que inciden sobre la esfera de capacidad del titular, como la reincidencia en la comisión de infracciones muy grave (Art. 29 de la Ley 153-98).

V.- LOS TITULOS HABILITANTES EN EL DERECHO DE LA REPUBLICA DOMINICANA.

A.- CUADRO GENERAL DE LOS TÍTULOS HABILITANTES.

El derecho dominicano contempla tres clases de títulos: concesiones, licencias e inscripciones en Registros especiales, conforme sea el servicio o actividad a desempeñar y que ha de ser objeto del título.

La ley dominicana consagra la concesión como titulo habilitante por antonomasia para la provisión de los diferentes servicios de telecomunicaciones, de conformidad a la categoría de servicios públicos que ostentan. De este régimen se exceptúan los servicios de radioaficionados (Art. 32, Ley 153-98), el servicio móvil aeronáutico (Art. 33), el servicio móvil marítimo (Art. 34), los servicios de valor agregado (Art. 35), los denominados servicios privados (Art. 37) y la reventa de servicios (Art. 36). En toda esta amplia y heterogénea lista de servicios la concesión es sustituida por una mera inscripción en un Registro especial incardinado en el órgano de regulación.

La legislación remite a “los ordenamientos específicos correspondientes” el régimen de las inscripciones en estos registros especiales (Art.38).

Pudiera parecer que la razón de estas excepciones al régimen general que impone concesión para la prestación de los servicios de telecomunicaciones radicaría en la no consideración de estos últimos como servicios públicos en estricto sentido. La peculiar fisonomía de la ley dominicana impide llegar a esta conclusión, toda vez que la única contraposición entre servicios que se retiene es entre servicios públicos y privados y, dentro de los primeros, la concepción que se establece no es la de la adscripción formal en tanto que actividad reservada y asumida por el Poder Público, sino el carácter de su disponibilidad o prestación frente a terceros con carácter general. En consecuencia no existe equivalencia funcional entre la técnica de la concesión como técnica de gestión de servicios públicos, puesto que salvo los privados, todos son públicos y pueden ser gestionados mediante concesión o mediante o a través de inscripción en el Registro. Por otra parte, también los denominados servicios privados son gestionados mediante la inscripción, lo que hace suponer que existe un derecho preexistente a favor del prestador, distante y distinto a la concesión constitutiva propiamente dicha.

El esquema de los títulos habilitantes en la RD quedaría incompleto si no se tuviera en cuenta a las licencias. Según el art. 20 de la Ley "se requerirá licencia otorgada por el órgano regulador para el uso del dominio público radioeléctrico, con las excepciones que requiera la reglamentación". La consecuencia que de ello se extrae es de que no estamos ante una técnica autorizatoria típica para la gestión de los servicios de telecomunicaciones, sino de una mera técnica de gestión del espectro, aunque el enunciado general no sirva para identificar ante qué clase de uso nos encontramos. La ley previene no obstante de la existencia de excepciones a esta regla que se contendrán en la reglamentación de desarrollo, previsiblemente. Volveremos sobre ello más adelante.

Mayor dificultad entraña la justificación, o al menos la explicación, sobre el título exigible para la reventa de servicios, que no consiste sino en una comercialización de los demás servicios prestados al público y que en realidad no es en sentido propio servicios de telecomunicaciones.

B. LA CONCESIÓN.

1- De la idoneidad de la concesión como técnica de gestión de servicios garantizadora del libre acceso al mercado.

De conformidad a la categorización general de las actividades de comunicaciones como servicios públicos, con las excepciones, no obstante, previstas en el ordenamiento, el título habilitante es el correspondiente a la gestión indirecta de un servicio público, como decimos.

Empero, la primera cuestión planteada es la de la compatibilidad o idoneidad de la concesión como título para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, bajo el régimen de libre competencia. Entendiéndose que el régimen servicio público comporta la reserva al Estado de una actividad para que éste regule el acceso al mercado y su permanencia y salida dentro de él, en principio parece que la concesión se aviene mal con el régimen de la proclamada libertad de acceso al mercado. Por esa razón en aquellos ordenamientos, como los europeos, en los que la desaparición de los derechos especiales y exclusivos, e incluso la de categoría del servicio público entendido en su aspecto formal, se han consulado, el título habilitante correspondiente con la nueva situación es el de una mera autorización, bien de carácter general, bien de carácter particular o individual, en la sucesivas fases de la evolución del Derecho de Telecomunicaciones.

La concesión en su plano teórico constituye el otorgamiento graciable- aunque sujeto a las reglas de procedimiento y al condicionado de las licitaciones o de la adjudicación individuales, en su caso

-de un título, por el que se establece una relación de carácter doméstico o de sujeción especial, a travees de la cual el Poder público regula el acceso y sus condiciones e impone obligaciones y directrices al gestor del servicio ***ad intra***. En pocas palabras, la concesión tiene un carácter constitutivo de un derecho que no preexiste en el solicitante de la concesión. Muy al contrario de la autorización que hace suponer la existencia previa de un derecho subjetivo en el solicitante y una potestad administrativa que se limita a la verificación de requisitos, legales y reglamentarios. La concesión es al servicio público lo que la autorización o licencia es para aquellas actividades no reservadas y sujetas al principio constitucional de la libertad de empresa que se materializa en la libertad de acceso al mercado.

En este orden de ideas, no obstante, preciso es señalar que el régimen de autorización comporta una situación legal y reglamentaría en el solicitante, que tiene derecho al acceso al mercado, en esas condiciones. La consecuencia es que las autorizaciones tienen además respecto de una numerosa categoría de servicios o actividades el carácter de regladas y otorgables por silencio administrativo positivo. Tal era hasta hace poco el supuesto del Derecho español y de otros Derechos europeos que transponían en su ordenamiento el Derecho comunitario y singularmente la Directiva de autorizaciones y licencias.

Oportuno es también señalar que, pese a ello, las situaciones individualizadas a que daba lugar el otorgamiento de licencias individuales en el Derecho europeo significaba en la práctica un régimen muy cercano al de la concesión en cuanto al condicionado de las mismas y al procedimiento, en cierto modo de negociación, que se sigue para el otorgamiento de un título habilitante de estas características. El esfuerzo de una doctrina administrativista, observadora y conspicua que habla en estos supuestos de autorizaciones de tracto sucesivo, de carácter permanente u operativas, no alcanza para eliminar su esencia autorizatoria en cuanto supone un derecho previo en el particular. A esta cuestión ya nos hemos referido anteriormente.

Como también es necesario saber si pese a la necesidad de título concesional para prestar servicios de telecomunicaciones en el Derecho dominicano, de alguna manera queda garantizado el acceso libre al mercado mediante la configuración de un auténtico derecho subjetivo a su entrada y permanencia en él. En ese supuesto estaríamos hablando de servicios públicos en competencia, siendo la concesión una mera técnica que no implicaría mayor inconveniente en la garantía del acceso al mercado en las condiciones generales establecidas por el sistema legal.

El problema radica en consecuencia en conocer qué grado de derecho ostenta el solicitante de una concesión de servicios públicos de telecomunicaciones. Existen circunstancias en la legislación dominicana que permiten aventurar la existencia de un derecho a la concesión residenciado en el solicitante o al menos circunstancias que limitan considerablemente la potestad discrecional en el órgano otorgante. En primer lugar, llama la atención el hecho de que para acceder a una concesión deberán reunirse las calificaciones que establezca la reglamentación, ya sean generales o eventualmente específicas para servicios determinados, y que el reglamento respectivo deberá prever como mínimo los requisitos técnicos y económicos necesarios (Art. 23 de la Ley). Ello equivale a una situación legal y reglamentaría preestablecida, y en principio compatible con la libertad de acceso al mercado. La técnica jurídica es aquí la consabida del acto – condición, por el cual el solicitante acepta una situación, como decimos, preestablecida.

En segundo lugar, el Art. 25 de la Ley respecto de aquellos casos en que no proceda el mecanismo de concurso y sean así determinados por el reglamento, tras la comprobación de que el solicitante reúne todos los requisitos exigidos, y tras la públicación en un periódico de amplia circulación nacional de un extracto de la solicitud, el órgano regulador procederá, en su caso, al inmediato otorgamiento de la concesión solicitada (Art. 25).

Parecería que existe en la Ley una base firme para reconocer un derecho previo en el solicitante que le garantice el acceso libre al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. El órgano regulador ha de otorgar la concesión solicitada siempre y cuando se cumpla con el condicionamiento establecido en la situación legal y reglamentaria, y que no proceda el trámite de concurso en el otorgamiento. No obstante esta apreciación debe ser matizada por cuanto la expresión "en su caso" del Art. 25 permite reconocer, aunque de forma indeterminada, una potestad discrecional en el otorgamiento de la concesión por parte del regulador. Pese al imperativo de la locución "inmediato otorgamiento de la concesión solicitada", el articulo queda abierto en condiciones que son difícilmente mensurables. Por otra parte, la deslegalización que supone la remisión a "los casos determinados por el reglamento" es otro contratiempo a considerar en el camino del reconocimiento general del libre derecho de acceso al mercado por parte de los solicitantes.

2.- Procedimientos para el otorgamiento del título concesional.

Existen así dos tipos de procedimientos en cuanto al otorgamiento del título concesional. Por una parte el procedimiento de concurso, en los explícitos términos contenidos en el art. 24.1, que únicamente prevé la licitación cuando se requiera utilizar el espectro radioeléctrico atribuido a servicios públicos de radiocomunicaciones, así como otros procedimientos respecto de personas bajo la rúbrica general de actuar sin fines de lucro, es decir no involucradas en la actividad prestacional auténtica de un servicio público.

La pregunta es: si cabe o no interpretar limitada y restrictivamente el supuesto para la procedencia del concurso. Si solo opera respecto de aquellos servicios públicos que requieren el uso (privativo) de las frecuencias radioeléctricas, ello actúa a favor de un reconocimiento generalizado de la libertad de acceso al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.

El procedimiento de concurso contiene las siguientes fases:

1. El aviso de concurso, que se publicará por lo menos, con 90 días calendario de anticipación a la presentación de propuestas consignándose en forma clara el objeto y los plazos. La públicación será objeto de publicidad en la forma acostumbrada (Art. 24.2 de la Ley).
2. Resolución del concurso dividido a su vez en dos etapas, la primera, de calificación y la segunda de otorgamiento inmediato por parte del órgano regulador (Art. 24.3).

3.- Revocación de las concesiones.

La concesión solo será revocable por aquellas causas tasadas establecidas en la Ley (Art. 29.1) y que se pueden reconducir a las siguientes rubricas:

1. Causas relativas a la capacidad jurídica del concesionario. Fundamentalmente el estado de cesación de pagos del concesionario, declarado por sentencia irrevocable del Tribunal competente.
2. Causas relativas al incumplimiento de la concesión entre las cuales cabe incluir el no haber cumplido en calidad y plazo con el plan mínimo de expansión previsto en la concesión; la imposibilidad de cumplimiento del objeto social del concesionario según su mandato estatutario en la medida en que este relacionada con la concesión y/o licencia otorgada;

3. Causas relativas al incumplimiento del principio de continuidad del servicio, entre las cuales está “la desconexión, cuando implique la imposibilidad definitiva de continuar prestando el servicio y la suspensión injustificada del servicio”.
4. Causas relativas a ilícitos imputables al concesionario, entre las cuales cabe incluir la reincidencia en la comisión de infracciones muy graves, con sanción definitiva aplicada y el uso ilegítimo de los recursos del fondo de desarrollo de las telecomunicaciones y del servicio universal.

4.- Vida de la concesión.

a) **Duración.** Potestativamente para el interesado la concesión tendrá una duración de entre 5 y 20 años, siendo asimismo renovables a solicitud del interesado por periodos iguales. La renovación puede alcanzarse incluso por silencio administrativo positivo ante la falta de pronunciamiento expreso del órgano regulador una vez transcurrido un plazo máximo de 6 meses desde que reciba la solicitud (Art. 27.1 y 27.2) Este régimen sumamente favorable al concesionario se refuerza por la existencia de causas tasadas para su denegación.

b) **Revisión.** El órgano regulador podrá cada cinco años revisar las condiciones de prestación del servicio. Se corresponde esta potestad con el ***jus variandi*** del poder concedente respetando los derechos adquiridos, el equilibrio económico del contrato y previa consulta con las partes.

c) **Cesión del título concesional.** La Ley considera de manera amplia y generosa la cesión, bajo cualquier título jurídico, del uso y disfrute de una concesión. Únicamente exige autorización del órgano regulador, que ve mermada sensiblemente su capacidad de intervenir y denegarlos sin causa justificada. A los supuestos de cesión se equiparan la venta o cesión de acciones o participaciones sociales que implique la pérdida del control social y que requerirá igualmente la autorización del órgano regulador (Art. 28.1 y 28.2).

En cuanto a los efectos de la cesión bajo cualquiera de las formas establecidas del título concesional son los de una subrogación en la situación jurídica del concesionario. Respecto del cesionario la Ley, en el inciso final del art. 28.1, únicamente establece que quedará sometido a las mismas obligaciones del concesionario, pero por pura coherencia será necesario interpretar que también se subroga en los derechos de este último, siempre y cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos para la cesión.

Por otra parte, la cesión, en todo caso, estará supeditada al cumplimiento del plan mínimo de expansión previsto en su contrato de concesión o cuando dicha concesión estuviese en condiciones de ser revocada (Art. 28.3). La subrogación del cesionario en la situación jurídica del cedente no alcanza para producir un efecto sanatorio del incumplimiento de las obligaciones que le afectan como tal, por lo que en buena lógica la autorización en esos casos ha de ser denegada.

Más discutible en cuanto a su justificación es la exigencia del Art. 28.3 por el que “tampoco se autorizarán transferencias hasta tanto no se hubiesen cancelado los derechos cargos por incumplimiento e impuestos previstos por esta Ley que el concesionario tuviere pendientes de pago”. Aquí no opera la intencionalidad de salvaguardar la gestión del servicio público, como en el caso anterior, sino que se trata de una simple medida de garantía pecuniaria ante el incumplimiento de obligaciones de este tipo por parte del concesionario cedente. La justificación no es tan plena desde el momento en que cabe pensar que la misma garantía se puede conseguir por otros medios incluso más adecuados a esos fines señalados.

5.- Obligaciones de los concesionarios.

El Art. 30 de la Ley enumera las obligaciones de los concesionarios, las cuales se contienen en una lista no limitativa puesto que se establece sin perjuicio de otras previstas en la reglamentación.

También es preciso tener en cuenta que en tanto que prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones, los concesionarios tienen a su cargo otras obligaciones dispuestas por la Ley.

Pudiéramos decir que las obligaciones establecidas son las típicas de una concesión de servicios públicos. Podemos clasificarlas de la siguiente manera:

a) Obligaciones relativas a la gestión y expansión del servicio.

Los concesionarios deben cumplir el plan mínimo de expansión de los servicios, en los plazos establecidos por un cronograma determinado bajo pena de revocación de su concesión. Habida cuenta del carácter de forma de gestión de un servicio público, la concesión debe prever este plan mínimo de expansión del servicio que es la parte principal del contenido concesional.

No obstante sorprende que de forma acumulada, el sistema de regulación y de explotación de las telecomunicaciones contenga la expansión de los servicios, como típico contenido de carácter contractual, conjuntamente con los proyectos para la satisfacción y promoción del servicio universal que han quedado consignados en el capítulo VII. Aunque, como es bien sabido, las obligaciones de servicio universal constituyen un núcleo obligacional sustitutivo del que dimana de la pura consideración de servicio público de carácter formal, el sistema de la Ley 153-98 prevé además la posibilidad de satisfacer este tipo de necesidades propias del servicio público en general, mediante concretas obligaciones de servicio universal. Ha de entenderse en consecuencia que los proyectos de desarrollo tienen lugar sin perjuicio del régimen típico concesional de cumplimiento del plan mínimo de expansión. Son también obligaciones inherentes a la gestión de los servicios públicos el de continuidad (d) y el de accesibilidad o “prestación de servicios a los interesados que lo soliciten dentro de la zona de servicio en condiciones no discriminatorias en los plazos y con las condiciones de calidad que fijen sus concesiones o el órgano regulador en los reglamentos pertinentes”. Se corresponden, en consecuencia, con dos principios básicos de las denominadas reglas de oro del servicio público en su configuración más clásica o tradicional.

Del mismo tenor es la obligación del epígrafe (d) del Art. 30 que impone a los concesionarios “la obligación de permitir el acceso a sus redes y a sus servicios que por ella se presten, en condiciones reglamentarias y no discriminatorias a los prestadores y usuarios de servicios de telecomunicaciones, a los generadores y receptores de información y a los proveedores y usuarios de servicios de información”. Cabe decir únicamente que, en cuanto a los servicios, esta obligación puede ser redundante con la anteriormente expuesta, pero no así respecto del principio general del libre acceso a las redes por parte de otros agentes de telecomunicaciones o proveedores de información, lo cual da pie a una cierta consideración de las redes de telecomunicaciones como actividad separada de los servicios y de relevancia dentro del sistema de regulación. Articulo que es preciso poner en relación a aquellos otros que materializan el principio de acceso a las redes como uno de los contenidos típicos del sistema de regulación que se contempla.

b) Obligaciones relativas al establecimiento de la libre competencia frente a usuarios.

Es la obligación contenida en el punto e del Art. 30 que impone un mecanismo de acceso e identificación automática del número telefónico del cliente, que permita al usuario de servicio seleccionar los servicios de larga distancia nacional e internacional del prestador de su preferencia.

c) Obligaciones relativas a la participación de los fondos de contribución al desarrollo de telecomunicaciones.

Según la letra f y que supone una carga de tipo financiero en la finalidad de contribuir a la satisfacción de necesidades u operaciones de servicio público no satisfechas de modo mediato por el mercado y, entre ellas, significativamente, el servicio universal.

d) Obligaciones de carácter instrumental

Entre las cuales cabe mencionar la permisibilidad de libre acceso a sus instalaciones para la fiscalización y control en el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias pertinentes (g) o la de llevar contabilidades separadas para cada servicio, como elemento sustancial de control contable en cumplimiento de obligaciones sustantivas, y entre ellas singularmente la orientación de los precios a costos y la eliminación o evitación de prácticas restrictivas de la competencia o de subsidios cruzados de cualquier naturaleza. Nos remitimos a lo dicho en la lección correspondiente a los sistemas de contabilidad de los servicios de telecomunicaciones en régimen de libre competencia (Introducción al Curso Virtual).

Dentro de esta categoría estarían también incluidas aquellas obligaciones establecidas por el ordenamiento a favor de los usuarios en lo que atañe a los mecanismos de eficacia de sus derechos frente a operadores y prestadores (los establecidos con carácter general para todo tipo de prestadores de servicios públicos de telecomunicaciones y no únicamente respecto de los concesionarios, en el Art. 31 de la Ley).

C. LA LICENCIA.

La licencia es el título habilitante para el uso del dominio público radioeléctrico, según establezca la reglamentación (Art. 20). Ello está en consonancia con la calificación de dominio público que se hace del espectro de frecuencias radioeléctricas, cuya administración y gestión se atribuye al Estado, que lo ejerce a través del órgano de regulación. Corresponde a éste el otorgar las licencias correspondientes al uso del espectro.

Nada se establece en la Ley a cerca de los diversos usos del espectro en relación a los segmentos y bandas que se establezcan en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, objeto que ha de ser desarrollado reglamentariamente atendiendo a la diferencia esencial entre un uso común, en sus variadas modalidades, y un uso privativo o excluyente que es normalmente el que interviene en ocasión de la gestión de servicios públicos de telecomunicaciones.

Se ratifica así el carácter autónomo de la gestión del dominio público radioeléctrico de la gestión de los distintos servicios públicos de telecomunicaciones. Hasta tal punto que precisándose un título habilitante correspondiente a los dos tipos de actividades, el ordenamiento prevé la posibilidad de que se otorguen concesiones y licencias simultáneamente (Art. 21 de la Ley).

Por lo demás él termino licencia se corresponde con una terminología que no por frecuentemente utilizada deja de ser acreditada convenientemente. En efecto, estas licencias para uso del dominio público, en lo que respecta al uso privativo, constituyen auténticas concesiones demaniales, con todo lo que este régimen implica. Por el contrario la palabra licencia alude a una mera técnica autorizatoria de verificación de requisitos o de remoción de obstáculos al ejercicio de un derecho previamente existente en el solicitante, y no a su carácter constitutivo de la relación jurídica establecida.

D. LAS INSCRIPCIONES EN UN REGISTRO ESPECIAL.

La inscripción en un registro especial basta como trámite que habilita a su titular para prestar servicios privados de telecomunicaciones (Art. 37), reventa de servicios (Art.36) y servicios de valor agregado (Art. 35).E igualmente para los servicios móviles marítimo y aeronáutico Las categorías de servicios incluidos en esta rúbrica son radicalmente distintos entre sí, por la sencilla razón de que los denominados servicios privados no son tales servicios, como tenemos manifestado; ni tampoco la reventa de servicios signifique algo distinto desde el punto de vista de la gestión y explotación de las telecomunicaciones a los servicios que son objeto de la misma; resultando que la única categoría real de servicios es la correspondiente a los servicios de valor agregado.

La mera exigencia de un registro, lo cual significa una declaración del titular, basta para operarlos en las condiciones legales y reglamentarias previamente establecidas. Esta técnica se corresponde en consecuencia con el grado máximo de libertad en el acceso a los mercados, y únicamente tiene efectos propios de la publicidad registral respecto del órgano de regulación y respecto de terceros en general.

UNIDAD DIDACTICA 10
CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. EL ACCESO Y OPERATIVIDAD EN EL MERCADO. REGIMEN DE ACCESO E INTERCONEXION.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

Recapitulación

I.- LA INTERCONEXION COMO ELEMENTO CLAVE DE LA REGULACION PARA LA COMPETENCIA.

A.- Concepto de interconexión de redes.

B.- Fundamento y justificación de la obligación de interconectar.

C.- Clases de interconexión.

D.- Problemática jurídica de la interconexión.

E.- Naturaleza y régimen de la obligación de interconectar.

F.- Principios de la interconexión.

II.- EL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

A.- Reconocimiento de la libertad contractual para negociar acuerdos de interconexión en el derecho positivo

B.- Concepto del contrato de interconexión.

C.- Caracteres.-

D.- Naturaleza.-

E.- Elementos del contrato.-

F.- La formación del contrato.-

G.- El contenido del contrato.-

H.- La novación, modificación y revisión de los contratos de interconexión.-

I.- Interpretación y ejecución del contrato de interconexión.-

III.-LA RESOLUCIÓN VINCULANTE DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN

A.- Concepto

B.- Reconocimiento en el derecho positivo.

C.- Características de la intervención dirimente y vinculante del órgano regulador.

D.- Naturaleza

E.- Procedimiento.

F.- Objeto

G.- Requisitos de procedibilidad

H.- Medidas cautelares.

I.- Derecho aplicable.

INTRODUCCIÓN.

Recapitulación

El sistema de regulación para la competencia impone, como es sabido, una serie de obligaciones de carácter específico que pesan sobre los agentes del sector, con independencia de lo que establezcan las reglas del mercado. Esta es en suma la esencia de la acción reguladora que se proyecta particularmente en determinadas operaciones que se consideran clave en el desarrollo funcional de todo el sector. No basta, en efecto, con garantizar el acceso al mercado mediante el otorgamiento de los títulos habilitantes correspondientes, en tanto que actos de aplicación del ordenamiento general. Es preciso al propio tiempo asegurar que los operadores puedan libremente desenvolverse, sin trabas, dentro del escenario de las telecomunicaciones. Todos los operadores, instalados y entrantes, deben de tener garantías por parte del sistema para permanecer y operar en el mercado en condiciones idóneas. Dicho de otra manera, el ordenamiento ha de asegurar el acceso efectivo a los mercados, eliminando las barreras de entrada y garantizando en consecuencia el acceso y uso de las instalaciones esenciales establecidas.

Por otra parte, la liberalización ha traído como primera consecuencia la sustitución de un esquema de funcionamiento basado en la unidad de red (monopolio sobre redes y servicios) por un régimen de pluralidad de redes. La necesidad impuesta de que todo el sistema de telecomunicación pueda desarrollarse con eficacia es que todas las redes se presenten bajo el prisma de la unidad funcional desde el punto de vista del usuario final y que todo el sistema aparezca interconectado.

El acceso a las redes públicas y en particular a aquellas que controla el operador dominante es objeto de especial atención por el nuevo ordenamiento de las telecomunicaciones. La información debe transitar libre y eficazmente por la Red de manera que se ofrezca una comunicación global y completa los usuarios de los correspondientes servicios. La necesidad de interconexión se erige así como formulación básica en todas aquellas industrias de red en las cuales el producto final llega distribuido hasta el usuario de forma individualizada. Pero en el sector de las telecomunicaciones adquiere connotaciones específicas que se deben a las estructuras propias de estos servicios y a las especiales características, asimismo, del producto final distribuido que es la información en su sentido más general. El Poder público vela porque la interconexión se realice efectivamente y que quede garantizado el derecho de todo usuario a la comunicación completa. Es de tener asimismo en cuenta que el esquema básico de esta obligación deberá adecuarse y desarrollarse dentro del marco general de la libre competencia, de manera que no se produzcan situaciones que distorsionen el juego normal de las reglas del mercado o permitan abusos de posición dominante.

La interconexión de redes públicas de telecomunicaciones y, en general, el acceso igual, eficaz y no discriminatorio de operadores, prestadores de servicio y usuarios a las infraestructuras básicas de la comunicación es uno de los postulados mayores del sistema de regulación.

En esta perspectiva examinaremos sucesivamente el concepto de interconexión, su fundamento, las clases y su problemática jurídica, atendiendo en especial a los dos grandes ámbitos en los que se materializa el deber u obligación general de interconectar redes públicas que se contiene en el ordenamiento: por un lado, la interconexión voluntaria y pactada en un contrato o convenio de interconexión y, por otro, la resolución de carácter vinculante por parte del regulador que cierra la obligatoriedad del sistema.

I.- LA INTERCONEXION COMO ELEMENTO CLAVE DE LA REGULACION PARA LA COMPETENCIA.

En este entendimiento, la interconexión de redes de telecomunicaciones, en un régimen de pluralidad y de libre competencia, se configura como un elemento clave del sistema de regulación. Bien sea en el régimen de competencia plena, bien en el de transición hacia la competencia efectiva, el poder regulatorio debe asegurar el funcionamiento integral de las redes y servicios mediante el establecimiento de una serie de obligaciones que lo hagan posible, entre las cuales figura como primordial la de interconexión para garantizar el tránsito eficaz de la información a través de las redes que da lugar a los diferentes servicios de telecomunicaciones.

Es por ello que esta obligación- y todo el sistema que le es inherente.- forma parte ya del contenido común del nuevo Derecho d las telecomunicaciones y que se expresa con mayor o menor detalle o con mayor o menor rotundidad y eficacia en los diferentes ordenamientos actuales.

A.- CONCEPTO DE INTERCONEXIÓN DE REDES.

1.- Su reconocimiento normativo.

El Derecho internacional de las Telecomunicaciones, sobre todo a partir de la Organización Mundial del Comercio, el Derecho supranacional, en suma el Derecho Comunitario o el de otras organizaciones de este tipo, como asimismo la práctica totalidad de leyes nacionales incorporan la obligación y correlativo derecho de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones como uno de los aspectos regulatorios fundamentales.

En el Derecho Comunitario, la Directiva 97/33/CEE del Parlamento y del Consejo de 30 de junio (DOCE número L 295, de 29 de Octubre de 1997), sobre la interconexión en las comunicaciones para asegurar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de red abierta constituye el texto básico tendente a una armonización de los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión.

Anteriormente la Directiva ORA de 1990 había iniciado el esquema normativo de garantía en el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones en condiciones de equidad, libertad y no discriminación.

Otras Directivas posteriores hacen de la estructura de red abierta un presupuesto básico de un régimen jurídico común para la interconexión y entre las cuales cabe contar la directiva 97/51/CEE, de 6 de Octubre de 1997 por la que se modifican las directivas 90/387/CEE y 92/44/CEE del Consejo, a efectos de su adaptación a un entorno competitivo en el sector de las telecomunicaciones, complementan el régimen así establecido. Estas directivas tienen por objeto “la armonización de las condiciones necesarias para una interconexión abierta y eficaz a las redes públicas de telecomunicaciones y a los servicios de telecomunicaciones accesibles al público y para el acceso a tales redes y servicios”. Y todo ello dentro de “un marco reglamentario para garantizar en la comunidad la interconexión de las redes de telecomunicaciones y la interoperabilidad de los servicios, y para asegurar la prestación de un servicio universal en el contexto de unos mercados abiertos y competitivos”.

La Revisión 99 del Derecho Comunitario europeo incluye, dentro de la perspectiva del cambio regulatorio preconizado, una Directiva aprobada en Abril de 2002 sobre acceso a las redes de telecomunicaciones electrónicas y a la interconexión. Esta norma se estructura sobre dos ideas básicas: a) la persistencia de normas específicas sectoriales (normas ex ante) las cuales deben dar respuestas proporcionadas específicas y temporales a los problemas planteados en este ámbito durante el proceso de transición hacia la plena competencia efectiva. b) el reconocimiento de operadores dominantes en el mercado de las comunicaciones electrónicas, bien en su sentido tradicional, y particularmente cuando controlan recursos escasos o instalaciones esenciales, como en nuevos seg-

mentos (acceso al bucle local de abonado, acceso condicional digital, frecuencias radioeléctricas en caso de la telefonía móvil), lo que exige una remodelación de normas así como la imposición de otras nuevas que amplíen el marco normativo de la interconexión entre redes públicas de telecomunicaciones para evitar los estrangulamientos del mercado.

El Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), relativo a las Negociaciones sobre Telecomunicaciones Básicas de la Organización Mundial de Comercio (OMC), ratificado por la República Dominicana a través de la Ley General de Telecomunicaciones, No.153-98, establece que *"Cada Miembro se asegurará de que se conceda a todo proveedor de servicios de otro Miembro, en términos y condiciones razonables y no discriminatorios, el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, para el suministro de cualquier servicio consignado en su lista"*; (Considerando del Reglamento de Interconexión de redes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones).

2.- Concepto preliminar y básico de interconexión.

La idea básica que subyace en el concepto de interconexión es la de puesta en común, por parte de los operadores titulares, de sus respectivas redes e infraestructuras, de forma que la información transite por ambas redes estableciendo una comunicación global y completa entre los usuarios de cada una de ellas. En forma un tanto gráfica y simplista el regulador español, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha definido la interconexión como "la forma en que un operador utiliza y puede utilizar la red de otro operador".

Según la Ley General española de Telecomunicaciones de 1998, la interconexión es "la conexión física y funcional de las redes de telecomunicaciones utilizadas por el mismo o diferentes operadores de manera que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los servicios de los diferentes operadores. Estos servicios pueden ser suministrados por dichos operadores o por otros que tengan acceso a la red".[18]

En la Ley Dominicana 153/98 se define la interconexión de forma más precisa como la "unión de dos o más redes, técnica y funcionalmente compatibles, pertenecientes a diferentes operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, siendo el objeto de la unión transportar el tráfico de señales que se cursen entre ellas. La interconexión incluye los mecanismos comerciales y técnicos con arreglo a los cuales los proveedores de servicios conectan sus equipos, redes y servicios, para proporcionar a sus clientes, acceso a los clientes, servicios y redes de otros proveedores".

De estas definiciones puede extraerse ya una idea general sobre el concepto y la finalidad de la interconexión. Pueden apreciarse una serie de elementos básicos en la misma:

- Conexión entre redes. En estricto sentido el concepto referido afecta únicamente a las redes de telecomunicaciones pues parece obvio que sólo se interconectan redes y no servicios.
- La interconexión comporta una serie de operaciones de carácter técnico, jurídico, económico para asegurar el fin deseado de la interoperatividad de los servicios y la comunicación plena entre usuarios.
- La conexión es física y funcional entre las redes utilizadas por el mismo o diferentes operadores.
- La finalidad esencial es la comunicación entre usuarios.

18.- Según la ley actualmente vigente, la ley 32 de 2003, la interconexión es (Anexo, 14): "la conexión física y lógica de las redes públicas de comunicaciones utilizadas por un mismo operador o por otro distinto, de manera que los usuarios de un operador puedan comunicarse con los usuarios del mismo operador o de otro distinto, o acceder a los servicios prestados por otro operador. Los servicios podrán ser prestados por las partes interesadas o por terceros que tengan acceso a la red. La interconexión constituye un tipo particular de acceso entre operadores de redes públicas".

3.- Distinción con figuras afines.

a) Acceso.

La primera a establecer es entre acceso e interconexión propiamente dicha. Aunque ni el legislador comunitario ni los distintos legisladores nacionales han procedido a distinguir netamente entre estas dos modalidades, pudiera sustentarse la idea de que el acceso es el género y la interconexión es la especie. La obligación general que pesa sobre los agentes titulares de redes públicas es la de facilitar el acceso a la misma por parte de los demás operadores, prestadores de servicio o usuarios en las condiciones predeterminadas para el funcionamiento efectivo de los mercados. La interconexión es una modalidad de acceso referido únicamente a los titulares de redes públicas. De esta forma, el concepto de acceso a redes es mucho más amplio que el de interconexión propiamente dicho que se limita a establecer el marco de funcionamiento de las redes públicas. La particularidad de los titulares de las mismas en un mercado concreto puede imponer asimismo regímenes jurídicos diversificados, por ejemplo si uno de los titulares es calificado como operador dominante.

b) Alquiler de circuitos.

La exigencia de al menos dos titulares de redes públicas en la interconexión propiamente dicha excluye la figura o modalidad del alquiler de circuitos punto a punto que únicamente supone la utilización, por parte del arrendatario, de una red ajena. No existe dualidad de redes y por consiguiente no existe interconexión.

c) Reventa de capacidad.

La reventa supone la explotación comercial por el público de transporte de señales sobre circuitos alquilados, aunque incluya la conmutación, el tratamiento, el almacenamiento o la conversión de protocolo. La reventa de capacidad, que incluya estas operaciones no supone una dualidad de redes y titularidades distintas sobre las mismas que es propio de la interconexión. Más que una interconexión estaríamos, según algunos ordenamientos, en un supuesto de servicios de valor añadido.

d) Roaming.

La itinerancia o ***roaming*** si que supone interconexión en tanto en cuanto se produce entre redes distintas precisamente para establecer la comunicación en aquellos ámbitos donde una de las redes no tiene cobertura. Pero al mismo tiempo participa en cierta medida del concepto de acceso por parte de determinados usuarios a una red con cobertura, por cuanto el servicio que interopera no se hace a través de una red propia. El acuerdo de itinerancia es pues de carácter mixto y ha de contemplar ambas posibilidades.

B.- FUNDAMENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INTERCONECTAR.

De lo dicho hasta ahora se desprende cuál haya de ser el fundamento de la obligación de interconectar redes públicas que pesan sobre los operadores en un mercado abierto. Básicamente las reagrupamos como sigue:

- **Exigencia de interoperabilidad.** La pluralidad de redes y la proliferación de servicios no debe conducir a una estanqueidad en las telecomunicaciones. El ordenamiento garantiza la comunicación global y completa entre usuarios y en consecuencia la interoperabilidad de los distintos servicios en un marco plural.

- **Exigencia de universalidad.** Por las mismas razones, el sistema general de telecomunicaciones ha de ser considerado en su aspecto universal de manera que tengan acceso a un elemental y básico derecho a la comunicación todos los usuarios reales o potenciales. La universalidad de los servicios es su consecuencia y a ello coadyuva la necesidad de que las redes se interconecten llegando asimismo a todos los usuarios, con independencia del establecimiento concreto de un régimen paralelo de prestación del denominado servicio universal.
- **Exigencia de operatividad de los nuevos entrantes en el mercado.** La interconexión obligatoria es una directa consecuencia del principio de accesibilidad a las redes establecidas y garantía del derecho a una entrada efectiva en el mercado por parte de los nuevos operadores.
- **Exigencia de libre competencia efectiva.** Las reglas sobre interconexión garantizan el equilibrio en la actuación y operación de los agentes de telecomunicaciones en el mercado, siendo una elemental consecuencia derivada de una libre y efectiva competencia frente a la posición de dominio establecida por parte de ciertos operadores que tienen control suficiente sobre las instalaciones esenciales. El derecho a la interconexión es una garantía de la libre competencia.

Ha de observarse que las políticas de interconexión plasmadas en los textos del Derecho positivo atienden, como llevamos dicho, a las concretas estructuras de los mercados afectados. Y entre ellas, al mayor o menor desarrollo de las redes y servicios por un lado y, por otro, al mayor o menor grado de desenvolvimiento de una competencia efectiva.

En un periodo de transición o de consolidación de las reglas del mercado, una determinada configuración de la obligación – derecho de interconexión puede significar la congelación de la expansión y mejora de las reglas existentes o, por el contrario, el despilfarro de redes multiplicadas. Un punto de equilibrio se impone a las concretas circunstancias de los sectores contemplados en cada caso.

Como conclusión, el fundamento de esta obligación – derecho de interconexión, radica en el funcionamiento integral de todo el sistema de regulación económica para la competencia y el interés general. La interconexión ha de facilitar el acceso universal y óptimo de los usuarios a todos los servicios de telecomunicaciones en un marco de libre competencia efectiva que garantice los derechos y expectativas de todos los operadores y, finalmente, optimizando el uso racional y efectivo de los recursos escasos, en aras de una adscripción de pleno empleo de todos los elementos de la telecomunicación en el marco de una Sociedad de la Información en marcha.

La interconexión, en suma, es un objeto de especial atención del poder regulador en cada uno de los momentos de desarrollo del régimen general de las telecomunicaciones. Una política regulatoria adecuada, una seguridad jurídica materializada en un marco normativo previsible y estable en sus lineamientos esenciales es la condición ***sine qua non*** para la expansión, aumento de capacidad de las redes, mejora en la calidad y ámbito de cobertura de los servicios. Es un instrumento privilegiado del nuevo sistema de regulación.

C.- CLASES DE INTERCONEXIÓN.

Son variados los criterios que pueden manejarse para establecer y diferenciar las distintas clases de interconexión entre redes públicas de telecomunicaciones. Un primer criterio sería el de la naturaleza o carácter de las redes por interconectar, siempre y cuando ostenten el calificativo básico de redes públicas o abiertas al público (a otros operadores, prestadores y usuarios). Así, existe interconexión entre redes fijas y móviles, de cable y sobre frecuencias radioeléctricas, sate-

litales y terrestres etc. Un segundo criterio podría ser el referido al ámbito en el cual se produce la interconexión: entre redes locales; entre redes de larga distancia, entre redes locales y de larga distancia, o entre redes internacionales. Asimismo cabría contemplar la posibilidad de analizar la interconexión en relación a los diferentes servicios a que está afecta esa obligación en aquellos ordenamientos en los cuales la adscripción específica de red a un servicio determinado sigue presentando un carácter predominante. Por último, es posible distinguir, atendiendo al concepto y finalidad propios de la interconexión, entre una interconexión directa e indirecta y una conexión propia e impropia. El punto de vista aquí incorporado se refiere a la incidencia en la conexión efectuada de los prestadores de servicios que acceden a los usuarios de otra red, bien a través de sus propias redes (interconexión propia y directa), o a través de otras redes interconectadas cuando carecen de red propia (interconexión impropia e indirecta).

D.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA INTERCONEXIÓN.

Establecidos los planteamientos, cómodamente se advierte la problemática jurídica inherente a un marco adecuado de interconexión. Son diferentes los problemas como también las soluciones según el sistema general de regulación en que nos encontremos:

1.- Interconexión en un sistema de unidad de red y servicio público.-

En un sistema de unidad de redes y de servicio público existe interconexión obviamente pero sin que alcance el ámbito de alteridad y de relaciones jurídicas entre titulares diversos que es objeto de la actual regulación. En un marco de servicio público y en monopolio el carácter de red pública pierde relevancia quedando subsumido en la organización propia del servicio. La red –y en consecuencia las operaciones que sobre ellas se proyectan, incluida la interconexión- es un elemento de organización interna del servicio sin trascendencia fuera de esta ámbito. Ello no excluye que en algunos ordenamientos que distinguen diferentes servicios públicos en razón a la cobertura o ámbito de los mismos, como por ejemplo entre servicios públicos de larga distancia y servicios de telefonía local, como es el caso de algunos ordenamientos latinoamericanos, pueda vislumbrarse una problemática jurídica que trata de establecer un equilibrio entre los intereses contrapuestos de distintos titulares de redes. Pero, en todo caso, lo significativo es que el marco normativo se produce aquí en la esfera doméstica del concepto de servicio público y de la integración de todos ellos en el ámbito de la reserva estatal o de los poderes públicos.

Dada la habitual estructura tarifaria de precios no orientados a costos y consecuentemente de subsidios cruzados, el precio de la interconexión, con toda evidencia, es un problema menor que queda englobado dentro del régimen tarifario propio del servicio público. Todo ello desaparece cuando la liberalización desemboca en la titularidad múltiple sobre redes y servicios, con lo cual cambia radicalmente el escenario de la interconexión y de las demás obligaciones y situaciones jurídicas propias del sistema de regulación.

2.- Interconexión en un esquema de libre competencia.

En el sistema de libre competencia y de pluralidad de redes los problemas son distintos y abocan a soluciones asimismo diferentes. En un marco de libre mercado en principio las relaciones entre agentes titulares de redes públicas caen en el ámbito de la autonomía de la voluntad y de su máxima instrumentación: el contrato entre operadores. Sin embargo no ha de dejarse en el olvido la

circunstancia que justifica todo el sistema de regulación para la competencia que impondría determinadas limitaciones a este derecho a la libertad de contratación y que constituye justamente el marco normativo esencial de los actuales ordenamientos de telecomunicaciones en libre competencia. El sistema debe asegurar la autonomía de la voluntad, que es inherente al mercado, con la articulación de potestades administrativas atribuidas por Ley a los órganos de regulación, en orden a garantizar el funcionamiento integral de las redes y servicios de telecomunicaciones. Y es aquí justamente donde aparece paladinamente condensada la sustantividad de la interconexión como contrato entre partes y como objeto de una resolución vinculante del órgano regulador.

3.- Interconexión en un régimen de transición hacia la libre competencia efectiva.

Bajo el sistema de transición hacia la libre competencia o de gradual consolidación de la misma, la problemática jurídica fundamental se ciñe a las condiciones y factores estructurales de los mercados concretos en que se aplica y desenvuelve. El derecho – obligación de interconexión presenta perfiles distintos en función de la presencia de operadores dominantes o de instalaciones esenciales eventualmente constitutivas de barreras de entrada al mercado y de plena operatividad dentro de él. El marco normativo de la interconexión ha de contemplar necesariamente estas coordenadas garantizando el acceso en condiciones técnicas y jurídicas idóneas según los postulados básicos del sistema o régimen de red abierta. A medida que se eliminan estos factores de estrangulamiento en las reglas de mercado pueden surgir otros problemas inherentes a la misma idea, respecto de determinados elementos de las redes, como el bucle local de abonado o la persistencia de elevadas cuotas de mercado por los operadores dominantes que falsean o enmascaran el juego de una efectiva competencia. El sistema jurídico de interconexión debe contemplar todos estos aspectos, como es el caso de las formulaciones contenidas en la Revisión 99, y las directivas a que dió lugar de la Unión Europea y otros instrumentos normativos actuales.

E.- NATURALEZA Y RÉGIMEN DE LA OBLIGACIÓN DE INTERCONECTAR.

1.- La obligación y el derecho a la interconexión.

Constituye un elemento generalizado en el nuevo Derecho de telecomunicaciones la configuración de la obligación de interconectar las redes públicas como uno de los imperativos esenciales del sistema. En este sentido constituye una importante limitación del derecho a la libertad de empresa y a su sucedáneo la libertad de contratar libremente, con sujeción al Derecho común de las obligaciones. Existe de esta forma un básico y elemental derecho de la interconexión en los nuevos ordenamientos post-liberalización. Pero es preciso en este punto analizar cuál es el carácter, naturaleza, ámbito, contenido y ejecución de esta obligación genérica de interconexión de redes públicas.

2.- Los sujetos obligados.

En primer lugar, la obligación pesa sobre determinados agentes. Son los titulares de redes públicas los sujetos que hacen efectivo el derecho-obligación de interconectar. Así de esta forma quedan excluidas en principio las redes privadas, en su amplia acepción, por cuanto precisamente la característica común de estas supone su no disponibilidad al público en general. Una interconexión entre una red pública y otra privada supone en efecto la transmutación de esta última en red pública, en el sentido de estar abierta a todos los usuarios y operadores, a través de su acceso a la red pública en sentido estricto.

3.- Las excepciones a la obligación de interconectar.

Por otra parte la obligación de interconectar no es rígida e inamovible. Por las propias características ya señaladas del nuevo Derecho de Telecomunicaciones, y singularmente de su flexibilidad y adaptabilidad a las concretas situaciones de los mercados y sistemas de telecomunicación, un cierto margen de apreciación debe de ser reconocido para que la interconexión no constituya un lastre en el funcionamiento del sector.

Por esa razón la obligación general se complementa con una serie de excepciones a la misma; valga como ejemplo significativo de ello el Art. 22 de la Ley española General de Telecomunicaciones de 1998 al atribuir al órgano de regulación la potestad de limitar la obligación de interconexión de forma temporal, y caso por caso, cuando existan alternativas técnica y comercialmente viables a ella y cuando la interconexión pedida no pueda satisfacerse por insuficiencia o inadecuación de los recursos disponibles.

En todo caso, la resolución del órgano de regulación ha de ser motivada y públicada, en función de la transparencia exigida y del eventual control en sede judicial. Ello otorga una amplia discrecionalidad -controlada por los motivos de legalidad inherentes- al órgano regulador evidentemente y es causa en la práctica de dificultades iniciales en la negociación de los convenios de interconexión y en la adopción de acuerdos definitivos.

La interconexión ha de ser técnicamente posible y económicamente viable en función de los recursos y capacidades disponibles por parte del titular de red que soporta la obligación. No obstante, se piensa que la imperatividad de la interconectividad de las redes ha de servir para instrumentar y compensar debidamente, en su caso, estas dificultades iniciales. Esta circunstancia es la que se prevé en el párrafo segundo del Art.54 de la Ley Dominicana de Telecomunicaciones y según el cual “en caso en que aquel a quien se solicite una interconexión carezca de disponibilidad suficiente el solicitante podrá proveer las facilidades necesarias para que ella exista, las que se descontarán de los pagos futuros que deba efectuar de conformidad a lo que las partes acuerden”. Imprecisiones y defectos de redacción aparte, lo cierto es que la falta de capacidad o disponibilidad no debe erigirse como valladar frente a las solicitudes de interconexión, como viene constituyéndose significativamente en la práctica común del régimen de interconexión.

4.- Sobre el carácter y la naturaleza de la obligación de interconectar.

Es oportuno ahora conocer el carácter de esta obligación general. En este sentido sería conveniente hacer algunas precisiones aclaratorias según el tenor habitual en la doctrina administrativa. La obligación de interconectar es genérica y se recoge de forma clara y terminante en las leyes de Telecomunicaciones. Es una obligación, en consecuencia, susceptible de concreción en un instrumento jurídico adecuado, sea convenio, sea resolución regulatoria, en el cual aparezcan ya los elementos de toda obligación, tales como sujetos, objeto, contenido y otras circunstancias determinantes de la misma. Por ello sería conveniente incorporar en este punto la consideración de que en la Ley se contiene un deber, en cuanto regla inducida de comportamiento, indefinida e indeterminada, la cual se concreta en una obligación en sentido estricto. Se contrapone así el deber a la obligación, la cual queda incardinada en el marco de una relación jurídica como contrapunto de un correlativo derecho de carácter subjetivo y del que es titular otro operador.

Dentro del ámbito concreto de la estricta obligación de interconexión en el sentido que le venimos dando, debemos aludir a la contraposición existente entre una obligación general que se impone a los titulares u operadores de redes públicas, de aquellas otras obligaciones específicas que se atribuyen a los operadores dominantes o con peso significativo en el mercado. En suma, la obligación se articula en dos planos: por una parte en un régimen general por el cual dichos sujetos deben facilitar la interconexión y el acceso en condiciones transparentes, proporcionales y no dis-

criminatorias a todos los demás agentes del sector y, por otra, para el caso de las obligaciones especiales que pesan sobre ciertos operadores que ostentan la posición de dominio o similar. Entre estas obligaciones específicas cabe contar aquellas que se refieren a la adopción de sistemas específicos de contabilidad para controlar el cumplimiento de la orientación a costos, la de presentar ofertas de interconexión por referencia o en general la de facilitar la interconexión en puntos o nodos accesibles a los operadores accedentes. Ello es una manifestación más de lo que hemos denominado la asimetría regulatoria o trato diferenciado que se justificaría en el deseo de evitar abusos de posición dominante o de facilitar el acceso de otros operadores a las instalaciones esenciales.

En el Derecho dominicano existe el concepto de proveedor importante, que es el que "tiene la capacidad de afectar de manera importante las condiciones de participación (desde el punto de vista de los precios y del suministro) en un mercado dado de servicios de telecomunicaciones básicas, como resultado del control de las instalaciones esenciales o de la utilización de su posición en el mercado". No parecería que en principio exista un estatuto especial o diferenciado para los proveedores importantes o dominantes en materia de interconexión, al menos en los estrictos términos legales. No obstante, poniendo en relación este principio o definición con los generales de libre competencia y el propio concepto de interconexión, es posible que el principio despliegue sus efectos plenamente, como así se espera del reglamento de interconexión y las eventuales resoluciones del órgano regulador, en orden a establecer obligaciones específicas para este tipo de operadores. So pena de dejar flotante el principio de proveedor importante contenido en el Art. 1º de la Ley.

Asimismo el concepto de obligación aplicable al ámbito concreto en que nos encontramos no encuadraría otras posibilidades o situaciones jurídicas de los distintos sujetos intervinientes y presentes normalmente en las relaciones jurídicas de carácter regulatorio. Existen cargas y existen derechos subjetivos e intereses legítimos como efectos derivados de las normas. Por esa razón, la necesidad de que la interconexión se produzca, se articula a través de un esquema normativo de concretas y peculiares características, como expondremos a continuación.

Básicamente debemos entender que el deber genérico se va concretando a partir de una serie de operaciones sucesivas que tienen lugar entre las partes interesadas y entre éstas y el órgano de regulación en su caso. Por otro lado, la obligación progresivamente materializada se desdobla en una serie de obligaciones, tales como la obligación de contratar (que es más bien una carga en el sentido técnico jurídico, por cuanto de no cumplimentarse se parará el perjuicio determinado por el ordenamiento, esto es la imposición de una interconexión obligatoria por parte del órgano de regulación); la obligación de suministrar información y otras básicamente instrumentales, como la obligación de comunicar los acuerdos recaídos al órgano de regulación y otras varias que van concretando el régimen para la efectiva aplicación de las normas establecidas con carácter general y abstracto.

En consecuencia, ***prima facie*** los operadores de redes públicas, sobre los que pesa en principio la obligación general, pueden y deben negociar los acuerdos de interconexión. Así lo dice tanto el Derecho comunitario como la ley española de Telecomunicaciones de 1998 (Art. 54)[19] como la ley dominicana (Art. 56, párrafo primero). Solo en caso de no alcanzar el acuerdo o de que éste sea insatisfactorio a todos los intereses en presencia, interviene el órgano regulador en un plazo determinado para establecer una resolución sustitutiva del acuerdo entre las partes. En este caso la resolución sirve de marco de referencia contractual en el plano de una relación triangular entre las partes y órgano regulador, mediante la articulación respectiva de órdenes, actos de gravamen y

19.- Obligación reproducida en la nueva ley española de 2003 (Arts. 11 y 12.2).

declaraciones de derechos correlativos que se establecen en base al ejercicio de una típica actividad administrativa. El Derecho Dominicano, así lo reconoce en el párrafo 2º del Art. 56 de la Ley 153/58.

En suma estamos ante los dos elementos vertebrales del régimen de interconexión: el convenio o acuerdo entre partes y la resolución sustitutiva del órgano de regulación.

F.- PRINCIPIOS DE LA INTERCONEXIÓN.

Todo el régimen jurídico de la interconexión se fundamenta dentro de los principios de red abierta, mediante los cuales se garantiza el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones en manos de un operador normalmente dominante en condiciones tanto técnicas como jurídicas que posibilitan la apertura real y efectiva. Los principios de la red abierta, en suma, se aplican íntegramente, como es lógico, al régimen de interconexión. No obstante, en las sucesivas operaciones de concreción y detalle o adaptación que son propios del derecho de la regulación económica, los principios generales ostentan un perfil y contenido específicos en relación a las operaciones jurídicas en que se desenvuelve la interconexión. Los ordenamientos jurídicos recogen puntualmente estos principios que constituyen conceptos jurídicos indeterminados y que forman parte del contenido de la obligación de interconexión que es la base de todo el sistema normativo. Estos principios inspiran el desarrollo reglamentario y las actuaciones de la Administración como de cualquier otro aplicador del Derecho (partes, jueces o árbitros) y son elementos determinantes del contenido normativo de los contratos de interconexión o de las resoluciones administrativas dictadas al efecto.

Con independencia de los grandes principios, siempre presentes en cualquier manifestación y ejercicio del poder regulador, como son los de libre competencia y servicio público objetivo o interés general, existiría una serie de principios denominados funcionales y operativos particularmente presentes en las diferentes fases en las cuales se desenvuelve el régimen de interconexión.

Entre ellos distinguimos:

1.- Acceso igual - cargo igual. Es una manifestación específica del principio de igualdad por el cual el acceso a las redes públicas no debe discriminar a los accedentes y por el cual cualquier operación de red o prestación de servicio debe hacerse sin discriminaciones de precio y calidad al público en general (según Art. 1, definiciones, Ley Dominicana de Telecomunicaciones). La forma de cumplimentar este principio es diversa y alcanza tanto a la determinación de los precios de interconexión como a la posibilidad por parte de terceros de acogerse a convenios de interconexión suscritos y de carácter favorable, como a la obligación suplementaria que pesa sobre los operadores incumbentes de realizar ofertas de interconexión por referencia, debidamente desglosadas por elementos y precios o costos para cada uno de ellos etc.

2.- No discriminación. De carácter más amplio y que afecta a la necesidad de que todas las condiciones tanto económicas como jurídicas y técnicas de un contrato de interconexión o de una resolución vinculante no discrimine a los diversos agentes en presencia.

3.- Neutralidad. Mediante el cual se aplica al ámbito concreto de la interconexión la necesidad de que “el servicio debe prestarse teniendo en cuenta sus propios condicionamientos, sin distorsionar mediante discriminación o arbitrariedad el funcionamiento de otros mercados” (Art. 1 Ley 153-98). En el mismo orden de ideas pero con una mayor precisión el principio de neutralidad impone al operador incumbente o titular de la red a la que se accede, el permitir la interconexión en condiciones que no sean discriminatorias respecto de sus filiales participadas o empresas controla-

das, como manifestación de una práctica restrictiva de la competencia, habitual por otra parte en la práctica.

4.- Transparencia. Que en el ámbito de la interconexión se traduce por la obligación de comunicar a todos los posibles operadores interesados las condiciones generales de interconexión que sirvan como marco de referencia para un período determinado (oferta de interconexión por referencia) como también la publicidad de los acuerdos alcanzados y resoluciones recaídas, mediante la fe pública registral u otros medios de comunicación. Como también la comunicabilidad de las decisiones a adoptar y la participación de los interesados en cualquiera de ellas, que se verifica a través del trámite de audiencia o de participación en los procedimientos respectivos.

5.- Unidad funcional de las redes. Siendo el objetivo final de toda interconexión la de establecer una comunicación completa y satisfactoria entre usuarios, la pluralidad de redes desde el punto de vista de su titularidad se transmuta hacia una unidad funcional desde el punto de vista del usuario final. Existe un derecho general de éste a la comunicación y al servicio, lo que exige y justifica una vez más la obligación de interconectar.

6.- Proporcionalidad. La operación de interconexión en sus fases sucesivas no ha de ir más allá de lo estrictamente necesario para que la finalidad perseguida por el ordenamiento se alcance. Es un principio que se desdobla en una multiplicidad de aspectos entre los cuales cabe mencionar: la obligación del desglose de la oferta de interconexión; los precios orientados a costos con la aplicación de la formula de costos incrementales o marginales a largo plazo; la obligación de remunerar únicamente los elementos de red utilizados en la interconexión y no otros y otras prestaciones y sus costos asociados etc. Es el mismo principio de proporcionalidad el que sirve de fundamento para excepcionar la obligatoriedad general de interconexión, ciñéndose únicamente a las operaciones viables técnica y económicamente y con estricta sujeción a los fines y resultados de la operación contemplada.

El Reglamento dominicano de Interconexión en su art. 5 enumera una serie de principios que son básicos a la hora de desarrollar, interpretar y aplicar el régimen de la interconexión., y que viene a ser una síntesis de su regulación. Son los siguientes:

- **Acuerdo entre partes.** Destacando la primacía de la iniciativa de las partes y la intervención subsidiaria, en los márgenes de la ley, de la Administración reguladora.
- **Obligatoriedad.** Por cuanto la interconexión y el acceso en general constituyen una obligación que pesa sobre las operadoras de redes prestadoras de servicios, por su carácter de interés social.
- **No discriminación.** Que significa la aplicación de las mismas condiciones para todas las operadoras en régimen de igualdad, para no quebrantar el principio de libre competencia efectiva.
- **Sujeto obligado al pago**, o formulación del principio que la interconexión genera créditos a favor de quien pone a su disposición sus redes y sistemas.
- **Compensación recíproca**, por cuanto la interconexión se produce en un marco de relaciones jurídicas bilaterales y sinalagmáticas, que generan derechos y obligaciones para cada una de las partes implicadas.
- **Eficiencia** en el diseño de las operaciones desde el punto de vista técnico.
- **Acceso abierto**, que implica la predisposición de las redes para facilitar la interoperabilidad con las de otras operadoras en adecuadas condiciones técnicas, jurídicas y económicas.
- **Orientación de precios a costos**, y costos prospectivos o de futuro, de manera a asegurar la eficiencia de las operaciones y la competencia efectiva.

Se contemplan costos a valores de reposición y no de balance. En el concepto de costo se incluye una tasa de retorno razonable.

- **Eliminación de cláusulas abusivas en los contratos**, que supongan una desnivelación en la posición jurídica d las partes y en la compensabilidad de sus obligaciones.
- **Acceso igual** mediante paridad de discado y trato no discriminatorio, para garantizar el derecho del usuario a la libre elección de operadora (Art. 30 Ley 153- 58).
- **Desagregación *(unbundling)*** de elementos, de manera que el utilizador de la red interconectada pague únicamente por los elementos o segmentos utilizados en la interconexión.
- **Calidad del servicio**, que comporta el aseguramiento de un mínimo de facilidades y estándares en la provisión de los servicios y de las operaciones de la interconexión. (Art. 13)
- **Continuidad**, de forma que quede garantizada la prestación regular y continua a que las operaciones de interconexión dan lugar. Ello comporta unos compromisos mínimos en cuanto a interrupciones por averías, fallas y compensaciones, en su caso, entre operadoras interconectadas. (Art. 14)

II- EL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN

La manifestación primera de la libertad de mercado se traduce en la libertad de contratar y en la preponderancia de la autonomía de la voluntad como técnica jurídica correspondiente. Por esa razón, el sistema prevé primero el libre ejercicio de la libertad contractual para establecer la interconexión. Acuerdo de singulares características no obstante y no por entero ajeno al interés regulatorio, que se manifiesta en diversas ocasiones.

A.- RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL PARA NEGOCIAR ACUERDOS DE INTERCONEXIÓN EN EL DERECHO POSITIVO

La interconexión debe ser objeto de una negociación entre las partes que concluya felizmente en un acuerdo o contrato de interconexión. Así se reconoce ampliamente en el derecho positivo.

El Derecho comunitario europeo así lo reconoce en el Art. 3.1 de la Directiva 97/33/CEE: “los mecanismos técnicos y comerciales relacionados con la interconexión serán objeto de acuerdos entre las partes interesadas”.

El cuarto protocolo anexó al tratado OMC también parte de semejante principio al establecer un marco previo de negociación para la interconexión obligatoria.

Las diferentes leyes nacionales por lo común no eluden el aspecto contractual de la interconexión con carácter previo. Y así el Art. 22.2 de la Ley de Telecomunicaciones española de 1998 cuando dice: “los acuerdos de interconexión se celebrarán libremente entre las partes”.[20]

Análogamente la Ley dominicana recoge el principio en el párrafo 1 de la Ley 56: “los convenios de interconexión se harán libremente negociados por las partes y se guiarán por lo establecido en los reglamentos correspondientes”. Art. 5.a) Reglamento de Interconexión de Redes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

20.- Art. 11.2 LGT española 32/2003.

Esta es en consecuencia una característica común del nuevo Derecho de Telecomunicaciones en línea de consonancia con los presupuestos formales y materiales en que se desarrollan las actividades de telecomunicación. Por su objeto, su finalidad, sus elementos y su posición en relación al ejercicio de potestades administrativas atribuidas a los órganos de regulación, el contrato de interconexión presenta un perfil ciertamente singular en el panorama de la contratación privada. Por ello habremos de aludir subsiguientemente a las notas que lo caracterizan, a sus elementos, a su contenido, a la vida del contrato y a su ejecución e interpretación.

B.- CONCEPTO DEL CONTRATO DE INTERCONEXIÓN.

El contrato de interconexión es aquel que tiene lugar entre titulares de redes públicas de telecomunicación y de servicios públicos y que tiene por objeto el que se produzca la interconexión entre ellas mediante operaciones de conexión lógica y funcional para permitir el tránsito de la información a través de ellas y satisfacer la comunicación completa entre usuarios.

C.- CARACTERES.-

1.- Previo. El acuerdo de voluntades de redes a interconectar se configura como previo a cualquier intervención pública sustitutiva de la voluntad de las partes. Ello es consecuencia de la esencial característica de la obligación de interconexión en tanto que reconducible a las reglas jurídicas del mercado con carácter prevalente.

2.- Normado. La autonomía de la voluntad no es ilimitada. El acuerdo por alcanzar deberá incorporar el contenido reglamentario que el ordenamiento determina. Ello tiene consecuencias indudables de cara al poder de disposición de las partes y a la aplicación del Derecho por parte de Administraciones regulatorias, jueces o árbitros, puesto que el contenido reglamentario es insoslayable al tener la naturaleza de derecho imperativo y por consiguiente indisponible para las partes. La parte reglamentaria se constituye en contenido obligatorio, de dos formas distintas: bien mediante normas precisas y delimitadas, bien marcando una serie de puntos que necesariamente habrán de incluirse en el contrato de interconexión, entre los cuales cabe señalar lo relativo a la descripción de las operaciones en que consiste la interconexión, los nodos y elementos de acceso, las contraprestaciones económicas y jurídicas y otras similares. El fundamento de estas exigencias puntuales de contenido radica en la necesidad de proteger a los titulares de redes accedentes obligando a incluir necesariamente determinados apartados en el contrato de interconexión, como una manifestación típica de la tutela frente a operadores dominantes. Por otra parte, esta función de fijación de contenidos se opera, en el más moderno Derecho de las telecomunicaciones, a través de la oferta de interconexión por referencia que los operadores dominantes deben presentar y que es susceptible de modificación por el poder regulador.

3.- Intervenido. En el sentido de que el contrato de interconexión queda sometido a la potestad del órgano regulador, bien para modificar determinadas cláusulas con carácter excepcional y con el objetivo de salvaguardar la libre competencia, bien en orden a su interpretación y ejecución, bien a su sustitución mediante una resolución vinculante, para el caso de que no se alcance dicho acuerdo o éste sea insatisfactorio. En algunos ordenamientos además la autoridad de regulación interviene en la fase de negociación de los acuerdos con carácter de mediador o de conciliador, para facilitar el acuerdo entre las partes

4.- De contenido mixto. En el sentido ya apuntado de que el acuerdo contiene una parte reglamentaria y otra directamente contractual.

5.-Consensual. El acuerdo de interconexión se perfecciona por el consentimiento de ambas partes y desde el momento en que éste se produce. La exigencia de aprobación formal por parte del órgano regulador en algunos ordenamientos no puede estimarse a ciencia cierta como una circunstancia que vaya en contra del carácter consensual esencial.

6.-Oneroso. El acuerdo tiene por objeto un conjunto de prestaciones mediante precio, el denominado precio de la interconexión, formado por una serie de componentes precisos y delimitados por el ordenamiento aplicable.

7.-Bilateral. En tanto en cuanto produce derechos y obligaciones para ambas partes.

8.-Sinalagmático. En razón de que esos derechos y obligaciones se instrumentan con carácter recíproco para cada una de ellas.

D.- NATURALEZA.

En el contrato de interconexión los titulares proceden a poner en común las respectivas infraestructuras permitiendo que el tráfico circule entre las redes interconectadas. Teniendo en cuenta que la finalidad última de la interconexión es que respecto del usuario final las redes interconectadas funcionen como un todo -principio de unidad funcional de la red- esta característica esencial incide directamente sobre la naturaleza del convenio de interconexión, que deberá tener en cuenta el tipo de prestaciones recíprocas que figuran como contenido propio del contrato.

Caben diferentes enfoques desde el punto de vista de la naturaleza de este contrato Y ellos varían en función de la valoración de los distintos elementos que concurren. Así es posible considerar el contrato: como una comunidad de bienes, como una servidumbre, como un contrato de sociedad en un sentido amplio o un contrato parciario en el que la participación se efectúa a través de uno solo de los asociados, como un contrato de arrendamiento, como un contrato de transporte en sentido amplio, como una compra venta, un contrato de suministro o un usufructo. Todos estos aspectos han sido considerados por la Doctrina, tratando de realzar algún elemento que permita configurar el contrato de interconexión como alguna de estas categorías. La reflexión final conduciría a rechazar cada una de estas figuras por no resultar plenamente aplicativas a un acuerdo que por su propio objeto, finalidad y operaciones que comporta es difícilmente asimilable a cada una de las figuras expuestas. Se trataría así de un contrato alojado sin más en la cómoda y prolífica categoría de los ***sui generis***. Ha de pensarse no obstante que la asimilación a una u otra de las categorías acuñadas por el Derecho de las obligaciones tiene su importancia puesto que en caso de lagunas o vacíos interpretativos, será el régimen aplicado al concepto o categoría asimilado el que finalmente se aplique con carácter supletorio. Debe prevalecer la idea de que el contrato de interconexión es un contrato complejo en el que inciden tipos de contratos diferentes, y todos ellos han de ser invocados con la finalidad de regulación supletoria señalada. Entre ellos, singularmente, el contrato de suministro, el de compraventa, arrendamiento de cosas y societario. Y todo ello sin perjuicio de la regulación sustantiva en tanto que contrato ***sui generis***.

E.- ELEMENTOS DEL CONTRATO.-

1.- Personales.

Las partes del contrato son los titulares de redes públicas que han de ser objeto de la interconexión. En principio solo los titulares de redes públicas son los sujetos del acuerdo, aunque es des-

tacable que algunos ordenamientos prevean la interconexión y por consiguiente la obligación que pesa sobre los titulares de redes a las que se accede, por parte de prestadores del servicio público telefónico.

Los titulares de redes a interconectar son respectivamente el titular de la red establecida, también llamado, por una penosa traducción, el incumbente y el titular de la red accedente, solicitante de la interconexión para poder operar en el mercado. En principio, los titulares de redes privadas o de redes no disponibles para el público en general no pueden interconectarse con las redes públicas o disponibles al público como hemos tenido ocasión de apreciar.

En relación a los sujetos de un contrato de interconexión preciso es tener en cuenta que los titulares respectivos ostentan posiciones diversas en relación al mercado. Aludimos aquí al caso de los titulares de una red pública dominante que comportará la aplicación de un estatuto especial comprensivo de derechos y obligaciones distintas a los de cualquier otro operador de red pública. La distinta posición de las partes predetermina la situación procesal en orden a la iniciación del procedimiento, mediante solicitud de la parte accedente y la eventual intervención sustitutoria del órgano regulador.

2.- Reales.

El objeto de la interconexión está constituido por el conjunto de operaciones físicas, lógicas y funcionales que consiguen el efecto pretendido de que los usuarios puedan comunicarse entre sí o acceder a los distintos servicios que se prestan a través de las redes interconectadas. El objeto determina en buena medida el contenido puesto que esa serie de operaciones constituyen aspectos bien diferenciados dentro del contrato de interconexión, o de la resolución dirimente sustitutiva del órgano regulador o bien del laudo arbitral recaído bajo las circunstancias de sumisión a la Ley común de Arbitraje o de arbitraje especial desempeñado por algunos órganos de regulación (Derecho español y peruano singularmente).

3.- Accidentales.

Los acuerdos de interconexión pueden contener una serie de elementos de este carácter cuando se establecen condiciones, modos y términos, según el Derecho común de las Obligaciones. En el bien entendido de que estos elementos no pueden impedir el desenvolvimiento libre de la competencia estando sujetos a la intervención reguladora. Son frecuentes los plazos establecidos para cada una de las operaciones que integran el contenido obligacional del contrato, y que se establecen en función de la adecuación de la capacidad de las redes o de otros sistemas de evaluación del tráfico, facturación, medición etc., y que por su propio carácter constituyen uno de los contenidos primordiales del contrato de interconexión.

F.- La formación del contrato.

La negociación de un contrato de interconexión no se presenta en la práctica como una tarea fácil. Existen dificultades tanto técnicas como económicas, como, en un sentido amplio, estructurales, por la distinta posición de las partes y por el control que ostentan sobre las redes e infraestructuras consideradas como instalaciones esenciales. Por estas y otras razones la negociación no es cómoda, por lo que el ordenamiento prevé una serie de mecanismos para facilitar el marco de la negociación entre las partes.

En primer lugar se trata de establecer de la forma más expeditiva y completa posible un marco de negociación, sobre todo en el supuesto más común en que es inevitable la presencia de un ope-

rador calificado como dominante. La reticencia inicial a negociar por parte de éste, la negativa de suministrar información o de facilitar el acceso solicitado son circunstancias que justifican, entre otras, la intervención del órgano regulador y en general del ordenamiento, imponiendo obligaciones precisas al operador al que se solicita la interconexión.

El ordenamiento, como hemos visto, impone determinados contenidos obligatorios. Y en este sentido también contribuye a fijar el marco de la negociación, la obligación que pesa sobre los operadores dominantes en numerosos ordenamientos, para establecer el marco de oferta de interconexión por referencia. Finalmente la negativa u obstrucción a la negociación se plasma en una intervención positiva del órgano regulador, bien en la fase de negociación, bien concluida ésta, mediante el dictado de una resolución vinculante con carácter subsidiario y sustitutivo del acuerdo entre las partes.

Por ello hemos de distinguir varias fases en la negociación de un acuerdo de interconexión:

a) La fase de negociación.

La negociación normalmente se inicia a solicitud de parte interesada, la cual ha de estar en posesión del título habilitante oportuno para operar redes o prestar servicios, en su caso. Existen por lo general plazos perentorios para llevar adelante esta negociación, pudiendo el solicitante acudir al órgano regulador para que intervenga de la manera que hemos visto anteriormente. Existen como decimos notables dificultades tanto técnicas como económicas y jurídicas en una negociación de interconexión. Las partes deben ejercer unas estrategias precisas y el órgano regulador quedar en una posición vigilante para que se alcancen finalmente esos acuerdos sin menoscabo del interés público subyacente y de las expectativas y derechos de las partes.

En cada una de las dificultades surgidas ya en la fase de negociación, las partes tienen distinto poder para llevar adelante los acuerdos. En primer lugar es preciso describir las obligaciones de carácter físico y lógico en que consiste la interconexión proyectada. Es necesario, en consecuencia, identificar los puntos o nodos a través de los cuales se va a producir. Y ya en este primer momento surgen dificultades por la diferente visión que tendrían sobre la misma los operadores en presencia. Por estrategia comercial el operador dominante tratará de acomodar los nodos de interconexión a la capacidad y estructura de su red, tratando de reducir los nodos o puntos de interconexión. Por el contrario, los operadores de acceso desean la máxima disponibilidad de nodos para facilitar la elección y la adecuación de toda la operación a sus propias necesidades. Otras cuestiones que pueden paralizar desde el inicio la negociación son las relativas a la capacidad de las redes y la posibilidad de absorción del tráfico generado a partir de la interconexión y otras derivadas de la misma y como son la preconfiguración de sistemas idóneos de facturación y pagos, reparación de averías y otras cuestiones derivadas de una exigencia mínima de calidad en los servicios prestados a través de las redes interconectadas.

Sustancial discrepancia entre las partes suscita el precio de la interconexión, vinculada a interpretaciones diversas del concepto de costo. Los operadores de acceso tratarán de que no se contemplen sino aquellos componentes directamente relacionados con la operación prevista, considerando los costos en su proyección de futuro en función de la eficiencia económica, como costos incrementales a largo plazo. Por el contrario, los operadores de la red pública a la que se accede, tratarán de imponer los costos totales de producción, entre los cuales se incluyen los costos históricos, incluso aquellos que eventualmente son producto de la obsolescencia o la ineficiencia. El ordenamiento debe fijar equilibradamente para todos los intereses en presencia los costos de interconexión.

Son numerosas pues las cuestiones que se suscitan en una negociación de interconexión, agravadas por la circunstancia de la diferencia de posición que ostentan las partes. Por esa razón, la

intervención reguladora se ciñe a facilitar esta negociación en base a diferentes instrumentos, entre los que cabe contar:

1.- Oferta de interconexión por referencia.

Constituye en algunos ordenamientos europeos y latinoamericanos una oferta de carácter anual o bianual que deben públicar los operadores dominantes y en la que se establecen las condiciones prefijadas para los acuerdos de interconexión con otros operadores. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la OIR no es una oferta en el sentido preciso, que significaría el perfeccionamiento del contrato tras la adhesión de la otra parte, sino un marco de referencia para la negociación, toda vez que existen en la OIR muchos elementos aun no determinados. La OIR es a la vez un marco de referencia para que el regulador ejerza las potestades conferidas en orden a la fijación de contenidos mínimos a incluir en los correspondientes contratos o que sean objeto, en su caso, de la resolución vinculante dirimente del conflicto entre las partes en una operación de interconexión.

En el Derecho dominicano, si bien no existe una oferta de este tipo, de carácter general y como obligación de las operadoras dominantes o con peso significativo en el mercado, toda operadora requerida de interconexión debe formular una oferta de interconexión en la que se contienen una serie de elementos que identifican perfectamente la operación que se acomete. (Art. 6). Tiene una finalidad informativa y negociadora, pero no parece que tenga efecto vinculante. Estaría más en el terreno de una invitación a negociar y constituye un marco de referencia tanto para la fijación de las posiciones de las partes, como para la posible intervención del órgano regulador en el ejercicio de sus potestades dirimentes.

2.- Contenidos mínimos obligatorios en el contrato.

Dada la diferente posición de las partes de cara a la negociación, la ley y reglamentos de desarrollo imponen una serie de contenidos o puntos mínimos que deben ser incluidos en la negociación

3.- Posibilidad de intervención mediadora o conciliadora.

Con el mismo objetivo de facilitar la negociación el órgano de regulación tiene reconocido de forma expresa en algunos ordenamientos la posibilidad de intervenir en esta fase con carácter de mediador o de conciliador, esto es mediante el ejercicio de facultades de autocomposición en la conclusión de acuerdos por las partes. Otros ordenamientos excluyen esta posibilidad para no interferir en la decisión vinculante eventual del órgano regulador, aunque es innegable la utilidad de esta intervención en esta fase del contrato.

4.- Sujeción a plazos determinados para concluir las diferentes fases de negociación.

La fase de negociación está sometida al cumplimiento de determinados plazos, de forma que si éstos expiran sin llegar a un acuerdo, el regulador intervenga a solicitud de parte o de oficio para establecer la obligación concreta d interconexión, satisfaciendo de esta forma el interés general en el funcionamiento integral del sistema de telecomunicación.

5.- Reconocimiento de derechos a las partes para una eventual imposición de una resolución vinculante.

Es el elemento determinante de cierre del sistema, mediante el cual la obligación de interconexión o de acceso queda asegurada, tanto en interés de las partes como del interés general en el funcionamiento de redes interconectadas.

b) La conclusión y perfeccionamiento del contrato.-

Como hemos tenido ocasión de apreciar por tratarse de un contrato consensual se perfecciona por el mutuo consentimiento. En el supuesto, no demasiado frecuente como es obvio, de contra-

tación a distancia regirán las respectivas normas aplicables que determinan el momento y lugar de la concurrencia de voluntades.

Algunos ordenamientos introducen la aprobación expresa por parte del regulador para que el acuerdo alcance eficacia. En otras ocasiones, de mayor frecuencia, únicamente se establece la obligatoriedad de comunicar al órgano regulador los acuerdos alcanzados y la inscripción en un registro público para conocimiento de otros operadores reales o potenciales. La comunicación al órgano y la inscripción no tienen carácter constitutivo y su fundamentación descansa en la necesidad de salvaguardar el principio de transparencia y de publicidad.

En el Derecho dominicano se prevé que "celebrado un convenio de interconexión de redes públicas de telecomunicaciones, deberá ser sometido por las partes al órgano regulador para su consideración". Esta comunicación tiene por objeto la de poner en conocimiento, incluso a través de un periódico de amplia circulación nacional, el acuerdo alcanzado para que cualquier afectado que acredite un interés legítimo y directo pueda hacer las observaciones que considere en el plazo de treinta días calendario. Igualmente, el órgano regulador en su toma en consideración del acuerdo comunicado podrá hacer, dentro de un plazo perentorio de 10 días, cualquier observación si considera que el convenio es violatorio de las normas vigentes, reenviándolo con su dictamen a las partes contratantes para su modificación y nuevo sometimiento (Art. 57 Ley 153-98).

Es clara en consecuencia la determinación en el sentido de no conferir carácter constitutivo a la aprobación del órgano regulatorio, siendo las partes las que conservan en todo momento el poder derivado de la autonomía de la voluntad. Si las partes no introdujesen las modificaciones referidas habría que pensar en una intervención sustitutiva del órgano regulador en los términos del artículo 56, en el ejercicio de una típica potestad administrativa, en las condiciones legales y reglamentarias.

G.- El contenido del contrato.

El concreto contenido de un contrato de interconexión se deja a la autonomía de la voluntad de las partes, con la limitación señalada de que existe un derecho cogente o imperativo que se habrá de incorporar necesariamente al mismo como contenido típicamente reglamentario. Es así que debemos distinguir en principio un contenido obligatorio de otro facultativo.

> El Reglamento español de interconexión y numeración, desarrolla ampliamente ambos tipos de contenidos en los arts. 8.1 y 8.2. Por otra parte, justo es destacar que el acuerdo de interconexión alcanzado podrá ser objeto de modificación por el órgano regulador cuando el mismo lesione gravemente las condiciones de competencia, en los términos del Art. 22.2 último párrafo de la LGTEL española de 1998.[21]
>
> El Reglamento de Interconexión de la RD establece en su art. 7 un contenido mínimo para todo contrato de interconexión, que engloba los aspectos técnicos, económicos y jurídicos en que se desdobla la operación global de Interconexión. Debe observarse que se trata de un índice d materias que necesariamente deben figurar en los contratos y que el ordenamiento considera esenciales para que la operación se desarrolle con eficacia y total salvaguardia de los derechos y expectativas de las partes implicadas. Dentro de cada epígrafe de este contenido mínimo las partes usan de su autonomía negocial, con sujeción en todo caso a la Ley y los principios que disciplinan la Interconexión en el Derecho dominicano.

21.- Análogo precepto, con algún matiz en el Art.11.4 de la ley de telecomunicaciones vigente de 2003 y a falta, en el momento de redactar esta nota, del correspondiente desarrollo reglamentario.

1.- Clases de contenidos por su origen y naturaleza.

Por ello y sintetizando la clase de contenidos por su origen podemos delimitarlos de la manera siguiente:

- **Contenido reglamentario.** Constituido por normas y preceptos completos integrantes del derecho imperativo presente en los reglamentos de aplicación.
- **Contenido facultativo.** Derivado de la autonomía de las partes, bien a través de una negociación abierta y directa, bien sobre una oferta de interconexión por referencia.
- **Contenido de inclusión obligatoria** aunque a desarrollar por las partes en el marco del ordenamiento. Aludimos con ello a las menciones o puntos obligatorios a incluir dentro de un contrato de interconexión y que definen la estructura mínima de su contenido aunque deberán ser desarrollados negocialmente entre las partes (Arts.8.1 y 8.2 del Reglamento español de Interconexión y numeración)
- **Contenido impuesto** puntualmente, en su caso, por el órgano regulador en base a las potestades modificatorias atribuidas por el ordenamiento jurídico, con el objetivo de salvaguardar la libre competencia.

2.- Clases de contenidos por su objeto y funcionalidad.

Desde el punto de vista de su objeto y funcionalidad, los contenidos responden a la clasificación antes establecida sobre los diferentes aspectos técnicos, económicos y jurídicos que componen la operación de interconexión en su conjunto.

Con la salvedad de que esta distinción es didáctica, pero un punto artificial en el bien entendido de que todas las partes del contrato tienen un neto carácter jurídico, la operación de interconexión se desglosa en una serie de obligaciones y derechos que contemplan, en primer lugar, los aspectos técnicos implicados en el concepto de conexión física, lógica o funcional. En segundo lugar, los elementos económicos vinculados al precio y a la determinación de los costos que finalmente lo aplican como asimismo de los otros precios a sufragar o repartir entre las partes con ocasión del uso o disposición de infraestructuras físicas o de sistemas de facturación, medición o cobro y que se instrumentan como operaciones auxiliares de las propias y específicas de la interconexión propiamente dicha. Finalmente, la operación comporta un plano jurídico en el sentido de presentar la imputación de responsabilidades en la gestión de las redes interconectadas, las cláusulas de revisión de las condiciones del contrato o las vías de resolución de conflictos en interpretación o ejecución del mismo. Dentro del apartado jurídico también debe englobarse lo relativo al tratamiento de los datos e información suministrados y la reserva de confidencialidad o de uso limitado de los mismos.

Desde esta perspectiva el contenido del contrato abarca el conjunto de condiciones técnicas, económicas y jurídicas que constituyen la operación en sí misma.

El Art. 8 del Reglamento Español de Interconexión describe las cuestiones que con carácter mínimo y obligatorio deberán formar parte del contrato de interconexión, y que son las siguientes:

- Los principios generales aplicables
- La descripción de los servicios de la interconexión objeto del acuerdo.
- Las contraprestaciones económicas.
- Las características técnicas y operativas de la interconexión incluidas las medidas relacionadas con el cumplimiento de los requisitos esenciales y las medidas a adoptar para garantizar el mantenimiento del acceso a las redes públicas de telecomunicaciones disponibles al público, en situaciones de fuerza mayor.

- Las condiciones del establecimiento y del desarrollo de la interconexión.

a) Aspectos técnicos. Fundamentalmente la operación prevista consiste en determinar los puntos en los cuales la conexión física ha de producirse. Estos puntos o nodos concretos de interconexión son los que permiten la transferencia efectiva de tráfico que se colecta y que se hace posible a través de la red interconectada. Este es uno de los contenidos esenciales de las ofertas de interconexión de referencia y como observamos uno de los puntos o aspectos determinantes de la operación. En segundo lugar, será preciso establecer los estándares de tráfico y las rutas alternativas en caso de avería o de otras circunstancias que impidan o dificulten el tránsito de la información. En este capítulo ha de preverse también la utilización de las infraestructuras físicas en su caso como elemento auxiliar integrado dentro de la operación global de interconexión. Finalmente, será necesario introducir el eventual redimensionamiento de las redes en función de su capacidad para absorber el tráfico generado por la interconexión y la inherente imputación a las partes de los costos derivados de la misma.

b) Aspectos económicos. Punto álgido en todo acuerdo de interconexión es el relativo a la determinación del precio. Esta dificultad surge de dos circunstancias bien determinadas: en primer lugar, por la definición de los elementos o componentes que forman parte del mismo; en segundo lugar, por la valoración de esos componentes mediante la determinación de costos.

Son varios asimismo los elementos a remunerar: el uso de la red o redes interconectadas o el tráfico generado. La remuneración por uso de la red puede ser establecida por tiempo, por una cantidad alzada, o por un sistema mixto que tenga en cuenta el tráfico y la operación en sí misma considerada.

Dentro de los componentes del precio de interconexión también habrá que contemplar la posibilidad de remuneración por el uso de instalaciones o infraestructuras físicas, como un arrendamiento complementario al contrato de interconexión propiamente dicho. Igualmente, y en el caso de que no se haya alcanzado una eliminación del déficit de acceso, una componente esencial del cargo o precio de interconexión puede estar constituido por el recargo transitorio que se establece en función de la persistencia de subsidios cruzados y que pesan sobre el operador dominante. El principio general de orientación a costos ha de ir eliminando progresivamente esta estructura tarifaría heredada, por lo que se considera que el recargo de interconexión por este concepto ha de estimarse como meramente transitorio. Es el supuesto de la disposición adicional 14 de la Ley española de Telecomunicaciones de 1998 que permite establecer este recargo a Telefónica en tanto que operador dominante y durante un periodo de tiempo limitado.

Por otro lado, el cálculo del cargo por acceso ha de valorarse en función de una determinada estructura de costos. Por regla general en este punto también las posiciones de las partes suelen estar encontradas. Los operadores dominantes establecidos pretenderán incorporar en el precio de interconexión los costos históricos tanto fijos como variables con una buena imputación de costos generales, lo que finalmente produce una elevación en el precio de interconexión. Por el contrario, los accedentes o entrantes prefieren introducir únicamente los costos variables ceñidos exclusivamente a la operación de interconexión prevista con una pretensión subyacente en muchos casos de aprovechar los nichos o simplemente de descremar el mercado.

Es por ello que la regulación establece ciertas normas para equilibrar ambas posiciones, lo cual se hace con ayuda de diversos instrumentos y mecanismos entre los que cabe contar: el principio general de orientación a costos, la obligatoriedad de separación de cuentas entre los diferentes servicios prestados por un operador dominante, el desglose de los componentes

del precio y de los elementos que concurren en la operación de interconexión y que son objeto de remuneración, con la finalidad de que el titular de la red accedente tenga la posibilidad de sujetarse únicamente a aquellos que son indispensables a la misma; finalmente, la sugerencia u obligación de contemplar únicamente los costos incrementales a largo plazo que presuponen una vinculación directa con la interconexión prevista y la correspondencia con la eficiencia expresada mediante la fórmula del costo marginal.

Dentro de un periodo limitado, los ordenamientos establecen disposiciones adicionales o transitorias para que, en ausencia de sistemas de contabilidad precisos, los precios de interconexión se hagan con arreglo a tarifas impuestas por el órgano de regulación según parámetros y referencias determinadas (normalmente en relación a las tarifas o precios de interconexión aplicados en un entorno geográfico similar al del país concernido).

Como complementos de las condiciones económicas el contrato ha de incluir las cláusulas o fórmulas de indexación y adaptación a los valores monetarios vigentes en un momento determinado como asimismo las revisiones por cambio o alteración de los elementos determinantes del precio.

Finalmente es necesario determinar en qué forma se va a facturar y cobrar los cargos y otros gastos derivados de la interconexión y que forman parte indispensable de un contrato de interconexión.

La formación del precio es aspecto primordial en todo proceso de interconexión, ya sea en la fase de negociación, ya sea en la de intervención dirimente del órgano de regulación. Por esa razón, los ordenamientos de telecomunicaciones suelen ser muy prolijos a la hora a de determinar los componentes del precio, sus clases, su estructura, la evaluación de costos y la imputación de usos, de manera que solo se pague por aquello que se utiliza, según una estructura desagregada de los costos. Los órganos de regulación tienen atribuidas facultades instrumentales para establecer, vigilar, controlar y aplicar sistemas precisos de contabilidad, con el objetivo de que los precios no reflejen distorsiones en su formación o incluyan subsidios cruzados. De ahí la obligación de llevar contabilidades separadas y de proceder a auditorías periódicas o a instancia de los órganos de regulación.

En el Derecho dominicano, los precios en principio son libres, no discriminatorios, formados mediante desglose y reflejando una estructura de costos prospectivos (art. 18.1 y 18.2 del Reglamento de Interconexión).

Existen diversas categorías de cargos (art. 18.3) según sea la modalidad de acceso a las redes o de uso de las mismas. Son éstos, el cargo único(por una sola vez por concepto de costos específicos para el establecimiento de una interconexión determinada); cargos fijos, (por concepto de recuperación de costos fijos generados por interconexión de otra operadora); cargos variables (retribuyen costos variables por uso o en concepto de servicios auxiliares y suplementarios); cargo de acceso (pago de los montos relacionados al tráfico entrante y saliente de la red conectada en proporción a unidades de tiempo o capacidad de red requerida).

Se incluyen (art.19, pautas económicas para el calculo de estos cargos) aquellos principios contables y de valoración que habrán de regir mientras no esté en vigor el reglamento de Tarifas. Estas pautas o parámetros materializan el sentido que se da en una operación de interconexión en libre competencia a los costos y a la formación de los precios para que no tengan efectos disfuncionales sobre el mercado (imputación de costos directos por utilización; valor de reposición de activos, recuperación de costos comunes; valores de mercado o independientes en lugar de los valores de balance para determinar los factores de depreciación de activos; prohibición de costos históricos).

c) **Aspectos jurídicos.** En el plano estrictamente jurídico el contrato de interconexión ha de contemplar la imputación de responsabilidades frente a proveedores, terceros y usuarios, y el régimen del uso de los bienes inmateriales incluidos, tales como los datos e informaciones confidenciales o los derechos de propiedad industrial o intelectual, así como las denominadas cláusulas de confidencialidad para el uso de la información transmitida en ocasión de la negociación de un contrato de interconexión. Finalmente, y dada la intrínseca conflictividad de todo contrato de interconexión, justo y conveniente es marcar las vías de solución de los conflictos que sobrevengan en interpretación y ejecución del mismo o de la eventual modificación por la concurrencia de circunstancias aleatorias tanto económicas como administrativas. Cualquier solución alternativa de diferencias deberá acomodarse a las determinaciones del Derecho aplicable y ha de tener en cuenta como es lógico el Derecho imperativo o cogente y el ejercicio de las potestades públicas por parte de las Administraciones intervinientes.

H.- La novación, modificación y revisión de los contratos de interconexión.

Una vez perfeccionado el contrato de interconexión, éste despliega sus efectos plenamente entre las partes (***Lex intern partes, res inter alios acta,*** etc.), dejando aparte el supuesto retenido por algunos ordenamientos que únicamente otorgan plena eficacia al contrato de interconexión una vez que éste ha sido objeto de aprobación por el órgano de regulación. En realidad, estaríamos en estos casos ante una transmutación del carácter y naturaleza del contrato de interconexión al atribuir eficacia constitutiva al acto de aprobación. Es por esa razón que la tendencia que se consolida en el Derecho común de las telecomunicaciones es la de otorgar plena virtualidad al contrato desde que éste se perfecciona. La intervención del órgano de regulación que conoce y considera un contrato suscrito entre las partes únicamente tendría como objeto la invitación a modificar el contenido cuando se estima que es contrario a la legislación vigente o encubre prácticas restrictivas de la competencia (supuestos del Derecho español y del dominicano).

La modificación eventual de un contrato, su novación o actualización, seguirán en consecuencia las pautas marcadas por el derecho común de las obligaciones y de los contratos. Sin embargo, la intervención del órgano regulador instando la modificación, introduce un matiz de importancia en el régimen de modificación de los contratos de interconexión. La cuestión estribará entonces en conocer cuál es la eficacia de las instrucciones dictadas por el órgano regulador. Se trata simplemente de resoluciones y actos administrativos con la fuerza propia y bajo los presupuestos y requisitos de legalidad que les atribuye el ordenamiento.

Muy brevemente podemos sintetizar las posibilidades de modificación de un contrato de interconexión de la manera siguiente:

1.- **Modificación por las propias partes.** Bien sea siguiendo los procedimientos establecidos en el contrato acerca de su revisión, adaptación, actualización de elementos tales como precios u otros cualesquiera, bien por actos posteriores al contrato de carácter novatorio, que se someterán a lo dispuesto en el ordenamiento común.

2.- **Modificación por intervención del órgano de regulación.** Expresamente los ordenamientos de telecomunicaciones confieren potestades a estos organismos para instar a las partes a modificarlo cuando se estima que contraviene la legalidad vigente o incurre en prácticas restrictivas de la competencia. Es el caso del artículo 22 .2, párrafo 2º de la Ley española de 1998 que literalmente dice “Excepcionalmente, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá dictar instrucciones a las partes que hayan celebrado un acuerdo de interconexión, instándolas a su modificación, cuando su contenido pudiera amparar prácticas contrarias a la competencia o resulte preciso para garantizar la intero-

> perabilidad de los servicios". Un caso similar es el recogido en el art. 57 de la Ley dominicana cuando prescribe que el órgano de regulación podrá solicitar modificaciones en el contrato después de la puesta a consideración, cuando prevea contravenciones a la legalidad vigente.

El Reglamento de Interconexión vigente desarrolla este punto (arts. 24 y 25) imponiendo a las partes la obligación de comunicar al órgano de regulación los contratos suscritos, a fin de observaciones. Estos contratos serán objeto de publicidad para que los interesados legítimos puedan formular observaciones. En todo caso, el INDOTEL deberá considerar el contrato y formular observaciones y modificaciones, cuando se contravengan los términos de la ley o impliquen cláusulas restrictivas de la competencia.

Los contratos sin observaciones, o con las modificaciones introducidas, se inscribirán en un Registro de Contratos de Interconexión, que tendrá carácter público.

Pudiera pensarse, a la luz de estos preceptos, que el contrato de interconexión en la RD no tuviera efectos sino a partir de la aprobación del regulador. De esta forma la aprobación tendría carácter constitutivo. El art. 24.3 resuelve esta cuestión al disponer que los contratos serán operativos a partir de su notificación al INDOTEL, salvo las modificaciones ulteriores si hay observaciones.

I.- Interpretación y ejecución del contrato de interconexión

Dejando sentada en consecuencia la eficacia de un contrato de interconexión válidamente suscrito por las partes, su interpretación o ejecución y el establecimiento de las consecuencias que se deriven de su incumplimiento se habrán de llevar a cabo en la forma prevista en el derecho común. Será pues competente la jurisdicción civil para entender de los litigios en interpretación o ejecución por sujeción al derecho sustantivo y procesal de orden privado.

Diversas circunstancias sin embargo empañan -o al menos matizan-conclusión tan clara y consecuente con la íntima naturaleza privada de un contrato de interconexión. Vale la pena recordar que éste es un contrato con importantes contenidos reglamentarios y sometido a la potestad de supervisión y control del órgano regulador en pro de la salvaguardia de la libre competencia. Su finalidad sobrepasa el mero interés particular que se materializa a través del ejercicio de la libertad contractual. Aún con carácter excepcional puede ser modificado por el órgano regulador o éste puede dictar las instrucciones oportunas para que las partes lo modifiquen. El incumplimiento de estas órdenes o instrucciones puede acarrear la imposición de sanciones que el ordenamiento suele calificar como faltas graves o muy graves.

El problema radica aquí en determinar el orden jurídico que resulta de aplicación en la interpretación o ejecución del contrato así formado y perfeccionado. Si ha de ser el ordenamiento civil y la jurisdicción civil correspondiente o el ordenamiento jurídico-administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa.

La solución varía en los diversos ordenamientos con arreglo al régimen general de separación de jurisdicciones. En principio, nada puede objetarse a que los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas de regulación, las resoluciones o instrucciones se reconduzcan a la naturaleza propia de los actos administrativos en cuanto a la ejecutividad, ejecutoriedad y control judicial de legalidad. La configuración del incumplimiento de estas órdenes, actos o instrucciones como falta o infracción sancionable por el propio órgano de regulación, confirmaría esta postura. La cual tendría a su favor además la lógica impecable de que la Administración persigue el inte-

rés general con sujeción al principio de legalidad y no está habilitada -sin grave quebranto del principio de tutela judicial efectiva y de la separación de poderes- para resolver conflictos ***interprivatos***, dando fuerza obligatoria por sí misma a los contratos entre particulares. Esto no obstante, existe una marcada tendencia en atribuir a la Administración reguladora potestades que en principio irían más allá de su estricta función en el orden civil y que se concretan en:

1) Potestad para la interpretación o ejecución de los contratos de interconexión.

Como ejemplo de esta tendencia, el art. 25 de la LGT española de 1998 que expresamente establece: "de los conflictos relativos a la ejecución e interpretación de los acuerdos de interconexión y de los producidos en el acceso a las redes públicas de telecomunicaciones, conocerá la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Esta, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de seis meses a partir del momento en que se pida su intervención, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva. La resolución adoptada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones será recurrible en vía contencioso-administrativa".[22]

La intervención del organismo regulador tiene carácter dirimente pero no arbitral en sentido estricto- por cuanto seria necesario convenio libre entre partes y demás requisitos exigidos por la ley de arbitraje aplicable- se extiende a todos los elementos y contenidos del contrato y que son objeto de la controversia entre las partes y no sólo a los que son consecuencia del ejercicio de potestades por el órgano regulador o a los contenidos normativos o impuestos.

Por otra parte, la resolución es de naturaleza administrativa y controlable en y por las causas y procedimientos establecidos para la jurisdicción contenciosa-administrativa. Esto refuerza indudablemente la postura de que no estamos ante una función arbitral de la Administración, sino de una simple potestad sujeta en consecuencia al Derecho público.

En el derecho dominicano se reconoce la facultad que tiene el órgano de regulación (art. 68 g de la Ley 153-98) para dirimir los diferendos de acuerdo con las leyes y reglamentos. Nada se indica acerca de si ésta facultad dirimente es de carácter arbitral en sentido propio o es una simple potestad sujeta al derecho administrativo. Podría interpretarse o entenderse que se trata más bien de este segundo supuesto por cuanto la potestad de dirimir es atribuida directamente por la Ley, no surge de un convenio entre partes y está sometida a la legalidad administrativa y al control de los tribunales contencioso-administrativo. En nada empece, por el contrario, que los diferendos puedan someterse a arbitraje con aplicación de la ley común, en los supuestos que lo permita este ordenamiento (convenio arbitral válido entre partes, arbitrabilidad de la controversia, naturaleza del laudo final de la resolución recaída).

El Reglamento de Interconexión RD es más explícito y considera la intervención del INDOTEL, bien a solicitud de alguna de las partes y de oficio, o bien por impugnación de un tercero en los supuestos del art. 25 del Reglamento. (Art. 22)

Bajo la primera mención el INDOTEL interviene en el curso de la negociación, ante dilaciones injustificadas, cuando la operadora requerida se niegue a facilitar la interconexión solicitada y cuando razones de interés público o de salvaguardia de la competencia aconsejen la intervención del órgano regulador.

22.- Esta potestad de intervención para resolver el conflicto entre las partes constituye uno de los elementos típicos del régimen de interconexión de redes y se reconoce asimismo en la nueva ley de 2003. (Art. 14.1)

2) Ejercicio de facultad interpretativa o ejecutoria de carácter arbitral por el órgano de regulación.

La posibilidad de encomendar la solución de las controversias surgidas con ocasión de la interpretación o ejecución del contrato de interconexión al propio organismo regulador y con sumisión a las normas del arbitraje común, aunque con importantes especialidades (que afectan a los plazos, a la pre-constitución del tribunal, o a la insustituibilidad de los miembros recusados, como es el caso del derecho español), como importante mecanismo de solución de controversias derivadas de un contrato de interconexión también aparece prevista, aunque no sin dificultades interpretativas y de aplicación en el Derecho español de telecomunicaciones.

Debemos dejar aquí debidamente consignado que esta actividad arbitral no es en ningún caso una actividad administrativa, por su naturaleza, presupuestos, requisitos, procedimiento y efectos radicalmente diferentes a los que se atribuyen a una potestad administrativa. La decisión final constituye un laudo y como tal susceptible del control de legalidad establecidos en los casos, por los motivos y con arreglo a los procedimientos marcados en la legislación de arbitraje (recurso de nulidad) ante la jurisdicción civil.

Efectivamente, la posibilidad de que el órgano regulador acumule como un Jano bifronte, ambas funciones no está exenta de problemas, aunque ambas funciones sean perfectamente diferenciables, partiendo del hecho incontestable de que una potestad pública es irrenunciable y vinculante y el arbitraje es siempre – so pena de entrar en el campo de la inconstitucionalidad- una institución voluntaria que despliega sus efectos a partir de un convenio específico entre las partes.

3) Interpretación o ejecución de un contrato de interconexión por medio del arbitraje común.

La interpretación o ejecución de un contrato de interconexión puede también ser objeto de un arbitraje, bien institucionalizado, bien ad hoc, según lo establecido en la legislación común. La principal exigencia es que exista un convenio válido entre partes y una controversia arbitrable, es decir en los márgenes del derecho dispositivo. La presencia de reglamentos y derecho imperativo en general no es en principio excluyente de la arbitrabilidad del litigio siempre y cuando los árbitros apliquen en toda su extensión el derecho vigente so pena de incurrir en nulidad por afectación del orden público o simplemente por extralimitarse en sus atribuciones que, en buena lógica, no pueden ir más allá de los límites del derecho de disposición de las partes.

J.- Revisión de los contratos de Interconexión.

Por lo general, como todo contrato, los que tienen por objeto la interconexión de redes públicas son revisables por las partes, bien por determinarlo así el contrato, bien por la concurrencia de circunstancias que lo determinen, bien por intervención del órgano de regulación.

Los cambios de circunstancias, técnicas, económicas y jurídicas, hacen que las cláusulas de revisión sean consustanciales a los contratos de interconexión, máxime en un sector de tan rápida trasformación por factores tecnológicos, estructurales, económicos o políticos. Pero deben separarse los supuestos de revisión de los contratos que tienen lugar en aplicación de las cláusulas establecidas de los supuestos de revisión impuestos por la Administración reguladora en el ejercicio de las facultades conferidas por el ordenamiento y enderezadas a la satisfacción del interés general.

En el Derecho de la RD la revisión viene a constituir una cláusula de estilo, que se infiere del contenido mínimo establecido. El Reglamento de Interconexión impone no obstante que la revisión se hará en todo caso en un periodo que no será inferior a dos años desde su firma y notificación o de sus modificaciones posteriores. En caso de desacuerdo para la revisión pactada, se prevé la intervención del órgano de regulación en el uso de sus potestades dirimentes, de conformidad al art. 23 del Reglamento (Art. 25.6).

III.- LA RESOLUCIÓN VINCULANTE DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN

A.- CONCEPTO

Los ordenamientos de telecomunicaciones actuales, dentro del esquema de regulación económica para la competencia, atribuyen expresamente a los órganos de regulación una típica potestad administrativa para dictar, en las condiciones marcadas por la Ley, una resolución en materia de interconexión que vincule a las partes y produzca el efecto pretendido con el deber u obligación general de interconexión de las redes, como uno de los principios esenciales del sistema.

La intervención en este caso del órgano regulador es de grado máximo y procede a sustituir, en su caso, el acuerdo que debió existir entre las partes. El fundamento de tal potestad es claro: no puede dejarse a la entera libertad de las partes el cumplimiento de una obligación fundamental en el funcionamiento de todo el sistema de telecomunicaciones en competencia. Respetuoso el ordenamiento con la regla de mercado y la libertad de contratación que de ella deriva en primer lugar, no puede dejar pasar por alto la satisfacción del interés general subyacente en el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones.

Por ello -entre otras razones- el sistema establecido es simple y contundente: se respeta, estimula y facilita la autonomía de la voluntad y se interviene en sustitución de ésta para salvar el funcionamiento integral de las telecomunicaciones en un entorno de competencia.

B.- RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO.

De esta forma, el principio es reconocido ampliamente por todos los ordenamientos de telecomunicaciones que se adscriben al nuevo régimen. Entre ellos cabe señalar el Derecho Comunitario europeo y el Cuarto Protocolo anexo al Tratado de la OMC, en lo que respecta a los instrumentos internacionales y la claridad y expresividad con que se decantan los ordenamientos nacionales, en transposición de algo que ha devenido elemento primordial de lo que ya puede considerarse como un Derecho Común de las Telecomunicaciones actuales.

Son así los dos principios o elementos vertebrales, a los que en numerosas ocasiones hemos hecho referencia y que estructuran el nuevo Derecho de las Telecomunicaciones en competencia, los que justifican la presencia de una potestad para hacer efectiva la obligación de interconexión, bajo condiciones que aseguren las expectativas y derechos de las partes y en definitiva el cumplimiento del interés general cifrado en el funcionamiento integral de las redes y la interoperatividad de los servicios.

En el bien entendido de que la actitud vigilante del regulador como asimismo la simple existencia de esta potestad facilitará la negociación entre las partes que es el fin primero contemplado en el ordenamiento. Es una defensa tanto de aquellos operadores que son objeto de especial protección en los estadios de instalación o de transición hacia la libre competencia, como de los intereses de los usuarios finales y en suma de todo el entramado de relaciones que supone el desarrollo y aplicación del nuevo Derecho.

La intervención pública en el supuesto concreto ahora contemplado y que se materializa en una resolución vinculante -de distinta nomenclatura en el panorama del Derecho Comparado (mandato de interconexión, servidumbre de uso y explotación, resolución dirimente, etc.)- tiene una connotación muy particular y que es necesario, en todo caso resaltar. Tratamos de definir a continuación de manera sintética las características de la misma.

C.- CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN DIRIMENTE Y VINCULANTE DEL ÓRGANO REGULADOR.

1.- **Subsidiaria**, puesto que sólo tiene lugar en defecto del contrato de interconexión que suscriban las partes a través de una libre negociación. Únicamente para el supuesto de que ésta no tenga lugar en los perentorios plazos marcados por la Ley o de que no se logre de forma satisfactoria, o de que aún alcanzado el acuerdo, determinados aspectos sean considerados violatorios del orden jurídico vigente o atentatorios a la libre competencia, se producirá la resolución o acto administrativo del regulador y tendente a llenar el vacío producido en el sistema por la falta de definición de las partes. En suma: prioridad al mercado y a los instrumentos jurídicos que éste pone en marcha, e intervención subsidiaría y sustitutiva por parte del órgano regulador.

2.- **De carácter público**. Huelga decir que el acto o resolución recaídos constituyen el resultado del ejercicio de una potestad administrativa y en consecuencia son auténticos actos administrativos, de peculiar fisonomía y naturaleza, sometidos al control de legalidad y a la jurisdicción contencioso administrativa. La distinción opera netamente respecto a otras actuaciones posibles, en algunos ordenamientos, en los cuales el órgano regulador puede producir actos que caen bajo el dominio del Derecho privado, como sería el caso de aquellos que permiten la actuación de los órganos de regulación como instituciones arbitrales y sumisión a la Ley de Arbitraje común. Los laudos arbitrales así producidos estarían excluidos de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.- **Necesaria**. Al formar parte del objeto de una potestad administrativa resulta obvio que ésta es irrenunciable y que como tal se configura como necesaria en los supuestos y circunstancias exigidos por la Ley y desarrollados por los reglamentos.

4.- **Dirimente**. El órgano regulador al imponer una resolución obligatoria entre las partes resuelve sobre relaciones en principio jurídico privadas y sometidas a la Ley de autonomía en la contratación. En cierto modo dirime o arbitra un conflicto inter-privatos, al resolver sobre pretensiones de las partes. Esta circunstancia ha hecho reflexionar a cierta doctrina que se ha decantado por la atribución de una potestad arbitral en manos de la Administración y configuradora de una actividad arbitral así mismo como una categoría básica de la actividad administrativa. El problema planteado es sin duda de amplio calado puesto que existen imperativos constitucionales que determinan el fin de la actuación administrativa en cumplimiento de los intereses generales y no para resolver conflictos, bajo una acepción plenamente jurisdiccional entre particulares. El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio general de sumisión de la Administración a la legalidad vigente constituirían asimismo importantes obstáculos para la categorización como arbitral de esta función de los organismos reguladores. La intervención reguladora está enderezada al cumplimiento de la Ley y la satisfacción del interés general pero no al de componer intereses o con-

flictos entre particulares. Con el objeto de deslindar esta función resolutoria pública de la eventual función arbitral, en estricto sentido, de los organismos de regulación, preferimos hablar en este caso de una actividad dirimente resolutoria del órgano de regulación con sujeción al típico esquema del Derecho Público Administrativo.

5.- **Imprescindible y proporcional**. La intervención regulatoria, por las razones que llevamos antedichas, y por el imperativo sustancial de todo el sistema, únicamente debe tener lugar enderezada a la consecución del interés general. Por ello deberá estar orientada al respetar al ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en cuanto que por esta vía se alcancen acuerdos válidos y no atentatorios de las reglas de la libre competencia. En suma, en nuestra opinión, deberá limitarse a cubrir aquellos aspectos o normativas que no han sido objeto de acuerdo parcial entre las partes interesadas directamente en la interconexión. Siempre y cuando ello sobrevenga en los límites en que actúa y opera la autonomía de la voluntad en el sistema de regulación para la competencia.

D.- NATURALEZA.

Sentada la naturaleza inequívocamente administrativa de la resolución sustitutiva a cargo del órgano regulador, con entera sujeción al régimen jurídico que de esa circunstancia dimana, sería conveniente examinar alguna de las particularidades del acto administrativo producido.

Puede consistir tanto en un acto de gravamen como en un acto declarativo de derechos por cuanto sustituye un entramado de relaciones entre las partes titulares de redes públicas. En el bien entendido de que las relaciones así establecidas tienen su origen, causa y fundamento en una decisión administrativa y no en un contrato entre partes. No estamos en presencia de ningún contrato en consecuencia, lo cual servirá para teñir de manera singular el régimen de interpretación y de ejecución de ese conjunto de relaciones, derechos y obligaciones respectivas que se contienen en una resolución diriménte pública sobre interconexión.

Se trataría de un acto que llevaría el formato de una orden concreta e individualizada por la cual se imponen reglas de conducta a los operadores, las cuales imponen obligaciones o limitan derechos en aplicación del ordenamiento general y del específico para el sector de las telecomunicaciones.

E.- PROCEDIMIENTO.

Por tratarse en consecuencia de una típica decisión administrativa rige para su adopción el procedimiento administrativo común o el específico para el sector y con arreglo al cual deberán finalmente dictarse las resoluciones pertinentes.

El procedimiento se inicia a instancia de parte o de oficio. En virtud de la primera posibilidad cualquier solicitante de la interconexión fallida en su fase contractual puede impetrar la intervención del órgano regulador transcurridos los periodos y plazos determinados en la Ley. La diferencia con el arbitraje propiamente dicho resulta aquí manifiesta por cuanto como es sabido, sólo la concurrencia de consentimientos de las partes en un convenio es generadora de la función arbitral en su estricto sentido. Por otra parte el convenio arbitral debe versar sobre materia arbitrable, esto es, sometida a la libre disponibilidad de las partes, lo que excluye en principio los contenidos del Derecho imperativo o cogente. Aún concurriendo la voluntad de ambas partes el arbitraje solo se dará cuando las partes manifiesten inequívocamente su decisión de someterse a esta vía espe-

cífica de solución de conflictos y no a otra.

La intervención del órgano regulador según la legislación de la RD se hará en todo caso de conformidad a un procedimiento, establecido en el Art. 23 del Reglamento de Interconexión.

En síntesis exponemos las fases de este procedimiento:

Iniciación.- Puede hacerse bien a solicitud de parte interesada, bien de oficio, bien por intervención de terceros, según determina el Art. 22.

La solicitud de parte interesada deberá establecer una oferta de referencia, con los contenidos que son propios de una oferta de esta clase. Estimamos que debería seguir el orden de la Oferta de Referencia, caso de que existiere, de la operadora requerida, destacando las discrepancias, con el apoyo documental e interpretativo necesario para quedar bien definida la posición de la parte solicitante de la intervención del órgano regulador.

Réplica.- La solicitud se traslada a la otra parta para contestación (réplica). Se produzca o no esta réplica, corresponde al INDOTEL la facultad de convocar a las partes a una audiencia, a la cual podrán aportar cuantos documentos y alegaciones consideren pertinentes, con carácter preclusivo para los trámites ulteriores.

Determinación preliminar.- El INDOTEL establece una determinación preliminar, que se basará en la fijación de los puntos de controversia (equivalente a las instancias interlocutorias de los procesos de arbitraje, tales como fijación de la causa o acta de misión). A partir de este momento el INDOTEL puede iniciar una investigación ulterior para ampliar o esclarecer las cuestiones o producir las pruebas que sean necesarias. Se le reconoce un amplio poder de instrucción de la causa, como es propio de todo proceso de carácter arbitral.

Terminación.- En un plazo de sesenta días el INDOTEL emitirá la decisión que contenga los términos y condiciones de una interconexión definitiva. Que es fin normal del procedimiento, aunque también exista la posibilidad de que las partes adopten un acuerdo que ponga fin a la controversia.

La intervención dirimente del órgano regulador finaliza, normalmente, con la decisión final, por la que se imponen las condiciones de la interconexión definitiva. Esta resolución es de obligado cumplimiento, a salvo el recurso contencioso que pueda interponerse de conformidad a la legislación vigente.

Otras formas de terminación del procedimiento son posibles, tales como el desistimiento de parte interesada, el allanamiento o el acuerdo transaccional, como específicamente recoge, entre otras el Reglamento de Interconexión dominicano (art.23.9).Pero ello debe hacerse con las debidas cautelas en base a la consideración de que el órgano regulador es el garante de la ley y de la libre competencia, por lo que es posible su intervención para la salvaguardia de estos principios. La mención es explícita en el Reglamento de Interconexión RD (arts. 24 y 25.4) facultando al órgano de regulación para hacer observaciones al acuerdo alcanzado, bien de oficio, bien a instancia de terceros.

F.- OBJETO.

Por lo demás, y con carácter general, la intervención reguladora dirimente puede tener lugar respecto de varios tipos de controversias o conflictos, todos ellos bajo la cobertura legal imprescindible:

1.- Conflictos relacionados con los acuerdos de interconexión y acceso y en los que los obligados a permitirla no lo hagan voluntariamente (Art. 24.1 y 25 Ley General de Telecomunicaciones española de 1998 [23] y Art. 56 Ley dominicana).

2.- En los supuestos en los que las partes no alcancen un acuerdo de interconexión en condiciones satisfactorias (Art. 24.1 y 25 Ley española,1998, Art. 19.2 y 22 del Reglamento español de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Art. 56 párrafo 2º Ley dominicana de Telecomunicaciones, letra g del Art, 78 de la misma Ley).

3.- En los conflictos relativos a la ejecución o interpretación de los acuerdos ya alcanzados (Art. 25 Ley española de Telecomunicaciones de 1998), lo que supone una intervención dirimente ceñida a los términos previamente establecidos en un contrato válido entre las partes. El problema radicaría aquí en conocer si esta suerte de remisión es obligatoria o permitiría la encomienda de solución de esos conflictos al arbitraje propiamente dicho. Nosotros pensamos que es posible esta segunda, con la obligada exigencia de respeto al Derecho imperativo y al orden público en general.

G.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

La solicitud de una parte para iniciar el procedimiento es un acto imprescindible, dejando aparte los supuestos de actuación de oficio, ya que la previa existencia de una controversia o conflicto actúa como presupuesto de procedibilidad para la intervención reguladora (así lo ha interpretado la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones española) puesto que necesariamente se exige acudir previamente a la negociación entre partes, lo cual no tiene lugar, y por ende tampoco la controversia, si ninguna de las partes solicita de la otra la interconexión.

En el Derecho de la RD la cuestión aparece mas explícitamente concretada al posibilitar ampliamente la intervención de oficio del órgano regulador, de conformidad art. 22 del Reglamento de Interconexión, incluso en aquellos supuestos en que existiría en principio un interés de parte, como son las dilaciones indebidas en la negociación o la negativa a proceder a la interconexión solicitada. No parece que haya distinción en el enunciado de este artículo al establecer las posibilidades de intervención de INDOTEL respecto de una negociación u operación de interconexión.

H.- MEDIDAS CAUTELARES.

En el curso del procedimiento la autoridad de regulación se verá abocada a tomar medidas cautelares o provisionales que aseguren el resultado del procedimiento tanto a instancia de parte como de oficio y que podrán consistir en órdenes de cesación o de imposición de condiciones o garantías para evitar o paliar los efectos de daños producidos en el funcionamiento normal de las telecomunicaciones. Y todo ello con sujeción a la Ley de procedimiento aplicable, como tiene reconocido entre otros el ordenamiento español (Art. 31 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

23.- Art. 14.1de la nueva ley 32/2003.

I.- DERECHO APLICABLE.

El órgano regulador actuante interviene, como Administración que es, bajo la cobertura legal y con sujeción al principio de legalidad y buscando la satisfacción del interés general. No es un árbitro, ni materialmente, ni funcionalmente. Su intervención no dirime en el sentido jurisdiccional una controversia entre las partes sino que compone los intereses de estas dentro en todo caso de la ley y de la capacidad de la Administración.

Una buena prueba de que el órgano regulador debe atenerse al respeto al principio de legalidad y a la satisfacción ***prima facie*** del interés general esta en el precepto contenido en el reglamento relativo a la Interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración de España y con arreglo al cual el órgano regulador deberá dirimir los conflictos teniendo en cuenta entre otros, criterios como el interés de usuario, la promoción de la competencia, el fomento de las ofertas innovadoras o la necesidad de mantener el interés público, la igualdad en el acceso -o la necesidad de mantener un servicio universal. Son estos objetivos marcados por la Ley los que priman sobre la satisfacción o composición pura entre intereses entre particulares.

UNIDAD DIDACTICA 11
CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. LAS OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- El concepto y la justificación de las obligaciones de servicio público.

I.- EL SERVICIO UNIVERSAL

A.- Sentido y significado del servicio universal en el sistema de regulación para la competencia y el interés general.

B.- Problemática de la implementación del servicio universal.

C.- El origen y progresivo reconocimiento del servicio universal.

D.- Justificación del régimen del Servicio Universal: del servicio público en monopolio a la competencia y los servicios de interés general.

E.- Concepto del servicio universal. Su carácter eminentemente dinámico.

1.-Características y elementos de la definición de Servicio Universal en su acepción común.

2.- Concepto dinámico del servicio universal.

F.- Servicios y prestaciones incluidos en el servicio universal.

G.- Beneficiarios.

H.- Sujetos obligados a la prestación.

I.- Financiación del servicio

1.- Determinación de la carga económica.

2.- Reparto de la carga económica

J.- Sobre la naturaleza del servicio universal

II.- SERVICIOS OBLIGATORIOS

III.- OTRAS PRESTACIONES OBLIGATORIAS

INTRODUCCIÓN.- El concepto y la justificación de las obligaciones de servicio público.

El epígrafe contiene la exposición de diversos servicios y obligaciones que examinados de cerca no presentan ciertamente un plano de homogeneidad de cara a englobarlos en una categoría única, pese a que tanto la legislación como la doctrina los trata conjuntamente.

En efecto, en aquellos ordenamientos, como los europeos y algunos latinoamericanos, que han avanzado ya en la línea de instalación y de consolidación de un sistema de regulación económica para la competencia, en el que se ha procedido a sustituir, tras la liberalización, la idea rectora del servicio público en su sentido formal, existen determinadas actividades y servicios que no son -ni pueden- ser cubiertos por el mercado, en la forma satisfactoria que exige el interés general. La ley y la doctrina por lo general prefieren hablar en ese supuesto de obligaciones de servicio público, en lugar de servicios públicos en sentido pleno, toda vez que en esos ordenamientos el servicio público reservado al Estado y formalmente organizado ha dejado de existir como tal categoría jurídica.

La consideración genérica de obligaciones de servicio público, en tanto que rasgo común a todos ellos no alcanza para encuadrar en una sola categoría, supuestos tan heterogéneos en su finalidad, justificación y régimen jurídico como el servicio universal, o auténticos servicios públicos de carácter auxiliar o englobados en otros servicios públicos, como son los que corresponden con la seguridad o la investigación, o incluso los servicios que con carácter social y público se destinan al cumplimiento de los fines y objetivos de la Sociedad de la Información.

Destaquemos ahora, en primer lugar el conjunto de elementos de servicio que se incluyen dentro de la categoría del servicio universal, como uno de los aspectos ya típicos de la acción reguladora para la competencia y que imprime carácter al sistema (**I**) para analizar después los servicios obligatorios,(**II**) y finalmente los que se corresponden con determinados fines de la Sociedad de la Información, en relación sobre todo a la Educación, la Salud y la Cultura y que aparecen desglosados de toda organización servicial propiamente dicha (**III**).

I.- EL SERVICIO UNIVERSAL

A.- SENTIDO Y SIGNIFICADO DEL SERVICIO UNIVERSAL EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA Y EL INTERÉS GENERAL.

Uno de los contenidos típicos de la acción reguladora en los sectores despublificados es la provisión del denominado servicio universal, configurado ***prima facie*** como una obligación de los agentes del sector en un ambiente de libre competencia.

Si bien en su formulación básica la obligación de prestar el servicio universal -y del sistema implantado para hacerla efectiva sin distorsionar al propio tiempo el mercado- responde a una idea simple en apariencia, su implementación, con justicia y eficacia, constituye una operación compleja en su justificación, determinación y desarrollo.

La temática del servicio universal se inscribe en una perspectiva que trasciende a la mera descripción de los mecanismos legales y reglamentarios a través de los cuales se determina presta

y financia el servicio universal. Porque, en definitiva, el servicio universal, su filosofía, aplicación y desarrollo se insertan plenamente en el plano de la justificación de los fines del Estado social y democrático de Derecho como garante de servicios públicos entendidos como necesidades colectivas indispensables para el conjunto de los ciudadanos en un entorno en el que la sociedad ha recobrado la iniciativa y la responsabilidad en la satisfacción de esas necesidades a través del mercado.

Estemos o no ante una reformulación de la vieja y eficaz idea de la ***publicatio*** de actividades por el Poder público y del servicio público que le es inherente, el Estado debe encontrar la fórmula de recambio para satisfacer esas aspiraciones y derechos de la ciudadanía, sin romper para ello las reglas de mercado previamente asumidas por el sistema de regulación para la competencia.

Cómo cohonestar sin causar desequilibrios esas dos exigencias presentes en el sistema, la de atender las necesidades mínimas en servicios indispensables y la de promover y mantener las reglas de la libre competencia, constituye el máximo reto del Estado regulador.

Reavivar –e incluso actualizar- la imagen del ciudadano menesteroso (en felicísima expresión de **ERNST FORSTHOFF**) que solicita un mínimo de bienes y servicios necesarios para configurar un mínimo de calidad de vida, es tarea preceptiva también en el nuevo sistema. Y hacerlo dentro de las coordenadas de un mercado penetrado por fuertes intereses constituye una sutil obra de ingeniería jurídica y económica, sometida a los vaivenes del ser y del deber ser del Poder público en las sociedades organizadas contemporáneas.

En suma se trata de armonizar lo público y lo privado haciéndoles no solo complementarios sino concurrentes. Este es en definitiva el norte y disyuntiva del Estado regulador. Y uno de los retos más perentorios a los que conduce el progresivo desmantelamiento -de las fórmulas más que de los fines- del Estado del bienestar.

El problema es común a otras áreas que conforman el núcleo de las necesidades básicas de la población tales como acueductos, energía, transporte, etc., aunque es en el sector de las telecomunicaciones donde se dan las circunstancias más propicias para que se experimente y se proyecte la fórmula que permita acuñar dispositivos válidos para su aplicación generalizada a otros sectores y que concilien las exigencias implícitas en todo sistema de regulación para la competencia que sea consecuente.

Pese a las resistencias iniciales y a un problemático punto de partida en la carrera hacia la plena y efectiva libre competencia por la presencia de fuertes barreras de entrada y de desenvolvimiento en el sector y de otros condicionantes de estrangulamientos de los mercados en el tránsito hacia una competencia ideal, existe en el ámbito de las telecomunicaciones una base y una realidad suficientes para acometer la realización del interés general y del interés particular presente en la lógica del mercado.

Más aún: se trata de uno de los contenidos típicos de la acción reguladora del Estado que obliga a una actitud constructiva, vigilante e imaginativa a la par que flexible, del órgano regulador.

B.- PROBLEMÁTICA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL SERVICIO UNIVERSAL.

La temática propia del servicio universal responde a una premisa simple: la garantía por parte del Poder público de una serie de servicios mínimos en condiciones de precios y calidad aceptables para todo el conjunto de la población, con independencia de su localización geográfica o socioeconómica.

Tal es la descripción generalizada que se contiene en numerosas leyes nacionales de telecomunicaciones del presente así como en instrumentos y normas de carácter internacional o supranacional.

> El libro azul de la UIT sobre "Políticas de telecomunicaciones para las Américas" reconoce en el punto 48 como "uno de los objetivos de la legislación de telecomunicaciones debe ser la provisión de un servicio universal de telecomunicaciones al público, o por lo menos, que el público usuario tenga la posibilidad de acceder a un servicio de telecomunicaciones a un costo razonable. El órgano regulador debe considerar detalladamente las formas de cumplir dichas disposiciones legales fundamentales"
>
> La legislación europea también considera el servicio universal como uno de los ejes centrales de la nueva ordenación de las telecomunicaciones y lo tiene manifestado en numerosos documentos e instrumentos normativos, como indicamos más adelante (C).

Pero, aún bajo la simplicidad de la idea que subyace dentro del contenido del servicio universal no se nos ocultan los problemas que se derivan de los diferentes enfoques que de la misma se pueden dar en distintos entornos concretos sobre aspectos claves, como la identificación del servicio (cuáles son los que se incluyen dentro de la definición), sobre su contenido, las formas de prestarse, los sujetos obligados a hacerlo y su financiación. Y todo ello dentro del marco general de mercado, para que las cargas que su prestación supone para el obligado y la financiación prevista no distorsionen o falseen la competencia y el principio general de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Se trata en definitiva de saber cual es la justificación del servicio universal, qué es y cuáles son sus contenidos, cómo se presta y financia, los principios que dominan su regulación explotación y desarrollo, los mecanismos de eficacia y las cautelas que se han de adoptar para que su implementación se acomode plenamente a los esquemas y principios del sistema de regulación (neutralidad, no discriminación, igualdad de cargas, etc.); en fin, cuáles son las tendencias que se vislumbran en el panorama del derecho comparado y en las perspectivas de la Sociedad de la Información.

C.- EL ORIGEN Y PROGRESIVO RECONOCIMIENTO DEL SERVICIO UNIVERSAL.

Aunque se diga que la obligación de asegurar el servicio universal es de origen comunitario europeo – lo es, sin duda en este entorno en cuanto a una definición política y formulación jurídica- la idea del servicio universal es de origen anglosajón y más concretamente norteamericano y surgió como consecuencia del control ejercido por la FCC sobre los monopolios de facto de la **ATT**. La obligación del servicio universal se mantiene -y amplía- en la Ley estadounidense de 1996, orientada a la prestación de ayuda a sectores sociales desfavorecidos y centrada en el concepto de conectividad universal y al suministro de acceso en hospitales, universidades y centros de cultura y educación.

Con mayor precisión y enfoque dentro del sistema regulatorio, la británica **Telecommunications Act** de 1981 había erigido el principio del servicio universal como rector en materia de ordenación tras la despublificación y posterior privatización del **Post Office** (Art. 3º)

En Europa el concepto aflora en el informe de la Comisión de 1992 (SEC (92(1048, de 21 de Octubre, sobre la situación del sector de servicio de telecomunicaciones) previsto ya el desenlace liberalizador que había de culminar con la adopción de la Directiva de competencia plena en 1995 y del marco regulatorio inherente a la nueva situación creada. Aunque su reconocimiento

pleno se hace en la Directiva sobre interconexión y servicio universal y sus respectivas modificaciones.

La preocupación europea por el servicio universal surge como planteamiento político para asegurar el propio proceso de liberalización emprendido y el principio de cohesión presente en los Tratados ante la inminencia de la entronización de la competencia plena en el sector y la consecución del mercado único a que aboca la transformación política e institucional de la Unión en el tratado de **Maastricht**. Se recoge así el argumento de los operadores entonces monopolistas que perseguían el mantenimiento de una intervención fuerte y una desmonopolización pautada para asegurar las prestaciones básicas de telefonía y correlativamente la expansión, fortalecimiento y mejora de las redes de telecomunicaciones en manos de esos operadores bajo la impronta de los servicios especiales o exclusivos. Con todo cabe decir que la temática -y la problemática- del servicio universal aparece ya estructurada a partir de los instrumentos del Derecho comunitario y concretamente en relación a los puntos neurálgicos: identificación del servicio, contenido, obligación de prestación y financiación.

Pero la primera comunicación de la Comisión sobre el servicio universal es de 1993 (COM (93(543 de 15 de Octubre) desarrollando el servicio universal en un entorno competitivo con el propósito de garantizar un nivel básico en su prestación.

Otros documentos en relación al servicio universal fueron:

- ***Directiva ONP 95/62/EC del Consejo sobre la aplicación de la ONP a la telefonía local***
- Documento básico fue asimismo el ***Libro Verde sobre las Infraestructuras de Telecomunicaciones*** en cuanto a la cobertura y metodología de costos involucrados en la prestación y financiación del servicio universal.
- La última Directiva de la UE sobre el servicio universal es la ***Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Servicio Universal). DOCE L 108/51 de 24 de abril de 2002***.

En España, bajo el régimen del monopolio y aún después, la universalización del servicio y en consecuencia la expansión de las redes constituía una de las obligaciones del concesionario incorporada en el título habilitante (contrato de concesión) para la gestión del servicio y que en este aspecto se consideraba como un contrato-programa vinculado a los planes nacionales de telecomunicaciones.

La Ley general de telecomunicaciones de 1998 definía el servicio universal en términos semejantes a los del derecho europeo destacando las notas de calidad, accesibilidad y asequibilidad del servicio y confirmando atribuciones al Gobierno para revisar el contenido que inicialmente se concreta en la telefonía básica, cabinas públicas y guías. El obligado a prestarlo hasta el año 2005 es Telefónica según las disposición transitoria 6ª acudiéndose en definitiva al sistema de reparto a través de un fondo multilateral.[24]

24.- El servicio universal ha quedado reforzado en su regulación según la nueva ley de Telecomunicaciones española de 2003 (art.22) aunque no cambian sus elementos esenciales ni su finalidad y naturaleza, obviamente.

D.- JUSTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DEL SERVICIO UNIVERSAL: DEL SERVICIO PÚBLICO EN MONOPOLIO A LA COMPETENCIA Y LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL.

Para poder explicar y justificar la problemática regulatoria del servicio universal preciso es que hagamos una breve comparación entre el sistema de servicios públicos el monopolio y el sistema de regulación para la competencia, tras la liberalización.

1.- En relación al primero de ellos la universalización del servicio es nota definitoria del servicio público (una de las reglas de oro junto a los de continuidad igualdad y adaptabilidad) y obligación por consecuencia que forma parte del típico contenido concesional otorgado para la prestación del servicio.

> La obligación de extender universalmente el servicio se establece en España a partir de cláusulas programáticas incluidas en los contratos de concesión sucesivos tanto en 1924 como en 1946 y 1992 y por remisión a planes nacionales de telecomunicaciones y a normas sobre la expansión de los servicios en el medio rural.
>
> En América Latina, determinados contratos de concesión en la época del estadio intermedio de transición hacia la libre competencia plena, en países como Perú, Argentina, Bolivia Venezuela, la universalización del servicio aparece condicionada al cumplimiento por parte de los concesionarios de los planes de expansión y mejora de las redes y servicios dentro del esquema funcional de la denominada concurrencia regulada o limitada que otorgaba exclusividad temporal de los servicios en contraprestación al cumplimiento preciso de los planes de expansión.

La estructura de costos correspondientes al servicio público en monopolio (básicamente el monopolio natural con costos marginales decrecientes) junto a opciones políticas incorporadas al mantenimiento de subvenciones cruzadas y regímenes tarifarios que mantenían fuertes déficits de acceso en los operadores locales, posibilitaba este tipo de implementación del servicio universal como una de las consecuencias del monopolio.

Sin embargo, por diversas razones, la experiencia no fue del todo satisfactoria y las tasas de penetración de los servicios básicos de telecomunicaciones en América Latina y otros muchos países fueron débiles y constituyeron una de las causas que motivaron y aceleraron el cambio de sistema. En Europa, aunque ello redundó en un desequilibrio de costos y de inversiones, el cual fue heredado por el nuevo sistema de regulación tras la liberalización, el servicio universal fue uno de los focos de debate y atención preferente del legislador de telecomunicaciones, particularmente desde el punto de vista del principio de cohesión en el Derecho comunitario.

2.- En el sistema del servicio público en competencia o de regulación sobre la base de los servicios de interés general se desvanece el círculo doméstico de la relación concesional. El hecho clave de la nueva ordenación radica en la externalización de las obligaciones para asegurar las competencias y el interés general, que se imponen a los operadores ***ex lege*** y no ya, normalmente, ***ex contractu.***

El problema principal radica aquí en la identificación de los servicios que han de formar parte del contenido mínimo del servicio universal; la identificación en sí mismo del operador u operadores que están obligados a prestarlo así como las condiciones y precios; y finalmente el establecer un sistema de financiación adecuado.

Guiados por el paradigma de la libre competencia -libre acceso al mercado, libre empresa, libre contratación- los operadores viejos y nuevos, buscan la mayor rentabilidad para sus inversiones no incurriendo en los costos hundidos a que abocaba el sistema de universalización del servicio bajo los esquemas del monopolio.

La progresiva integración en la Sociedad de la Información no permite el que determinados ciudadanos por sus condiciones dejen de participar en ella tanto por razones de política y justicia como por imperativos propios de los presupuestos de esa nueva sociedad que exige máximo acceso a las fuentes de la información, evitando uno de los obstáculos mayores consistentes en la denominada fractura digital entre los que poseen y los que no poseen la información como bien económico fundamental. Se hace necesario pues regular el servicio universal en la doble perspectiva de satisfacción del interés general y en el de promoción y mantenimiento real y efectivo de los mercados

E.- CONCEPTO DEL SERVICIO UNIVERSAL. SU CARÁCTER EMINENTEMENTE DINÁMICO.

La Unión Europea define el servicio universal como el mecanismo que garantiza el derecho de todo ciudadano a disponer de unas telecomunicaciones determinadas, a un precio asequible, con independencia de su ubicación geográfica y con unas condiciones de calidad determinadas.

Con pocas variantes ésta es la definición recogida por la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998 y que es la propia del Derecho comunitario: conjunto definido de servicios de telecomunicaciones de una calidad determinada accesibles a todos los usuarios, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible.[25]

La Ley 153/98 de la República Dominicana (Art 3 a (i) define el servicio como “la garantía en áreas rurales y urbanas de bajos ingresos, de la posibilidad de acceso a un servicio mínimo y eficaz de telefonía, a precios asequibles mediante el libre funcionamiento de los mercados y la utilización de los mecanismos previstos en la presente Ley”.

Por lo general, los ordenamientos de telecomunicaciones conciben como esencialmente dinámico el concepto del servicio universal, sujeto en consecuencia a revisiones periódicas sobre su alcance y sobre su contenido.

1- Características y elementos de la definición de Servicio Universal en su acepción común.

Las características y elementos definitorios del servicio universal son en consecuencia los siguientes:

- Disponibilidad en tanto que haya capacidad técnica del operador para prestarlo.
- Asequibilidad de forma que se garanticen precios mínimos asumibles por todos los ciudadanos en régimen de igualdad.
- Accesibilidad en cuanto comporta la garantía de acceso a las redes y sistemas de telecomunicaciones con independencia de la ubicación geográfica y del status socioeconómico de los usuarios reales o potenciales.
- Calidad, sobre la base de un mínimo estandarizado de condiciones de prestación del servicio.

25.- Según el art 22 de la nueva ley española 32 de 2003, párrafo 1 “se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.”

La nota más controvertida en su planteamiento y en las soluciones que se le dan es la que se corresponde con el concepto de asequibilidad. Es comúnmente admitida por las legislaciones pero da lugar a interpretaciones y contenidos no necesariamente coincidentes dado su carácter genérico.

Se entiende que es asequible el precio de los servicios enmarcados bajo la rúbrica del servicio universal de manera que sea asumible por los beneficiarios a los que va dirigido. Pero, dada por un lado la heterogeneidad de los beneficiarios previstos en función de los distintos criterios manejados, como por otra parte el carácter cambiante y evolutivo también en la asumibilidad de los precios, el concepto de asequibilidad es ciertamente uno de los criterios más difíciles de aplicar dado su carácter extremadamente vago.

Son los reglamentos y las resoluciones de los órganos de regulación los instrumentos que tratan de precisar, mediante técnicas indirectas, la fijación de la asequibilidad en un entorno determinado.

Entre estos criterios cabe mencionar los contenidos en el Reglamento español de las Obligaciones de Servicio Público:

- Garantía de oferta suficiente de teléfonos de uso público a precio uniforme.
- Cuota reducida de altas en el servicio garantizando la eficacia de la accesibilidad, eliminando conceptos como los de extrarradio y similares.
- Precios de servicios en zonas de alto costo (rurales esencialmente) razonablemente comparables a los de zonas urbanas.
- Planes especiales dirigidos a colectivos determinados
- Asequibilidad garantizada también en los planes generales o por servicios dentro del servicio universal (Art.5 del Reglamento citado).

De la definición y las notas se desprende paladinamente el amplio margen de apreciación existente en el entendimiento de los conceptos jurídicos indeterminados que suponen cada una de esas notas definitorias en relación a los diversos y concretos sistemas y ordenamientos en presencia. Ello exige la necesidad correlativa de su concreción para su aplicabilidad. El debate sobre el servicio universal está servido. Y así ha sido entendido en la Unión Europea y en el Derecho comparado a la hora de identificar los servicios base incluidos en la definición, sus posibles beneficiarios, los requisitos y condiciones para su prestación, las técnicas de financiación o las modalidades de supervisión y control de las obligaciones, sustantivas e instrumentales, para su correcta implementación.

2.- Concepto dinámico del servicio universal

En este punto preciso es dejar constancia de que el propio concepto de servicio universal está sujeto, esencialmente, a los cambios tanto tecnológicos, como estructurales y de mercado, sociales y económicos del concreto ámbito en el que se implementa.

En consecuencia, se trata de un concepto esencialmente cambiante y evolutivo. La inclusión de nuevos servicios en las listas iniciales es una previsión común tomada por los ordenamientos y que otorgan a los gobiernos y órganos de regulación la facultad de revisar periódicamente los servicios que forman parte en cada momento del servicio universal (España, Art. 37, 1.a LGT de 1998[26]).

26.- Se incluye de entrada, en la nueva ley española de Telecomunicaciones, dentro del contenido del servicio universal el acceso a Internet, como ya había hecho la Ley sobre Servicios de la Sociedad de la Información.(Art. 22)

Otra modalidad de revisión distinta aparece implícita en los planes anuales que delimitan y proyectan el servicio universal así como los objetivos y medios de llevarlos a cabo. Este sería el supuesto entre otros de los diferentes proyectos previstos en el capítulo III de la Ley 153/98 dominicana.

El servicio universal debe evolucionar con el progreso económico y social. En cierto modo podemos aventurar que forma parte del mismo. Lo que hoy puede considerarse como algo lejano e incluso utópico e inalcanzable puede ser algo imprescindible y básico mañana.

De manera general se ha considerado que con una elevada tasa de penetración de los servicios, superior al 75%, éstos alcanzan ya el carácter de imprescindibles en un entorno determinado y por consiguiente susceptible de ser encuadrados dentro del concepto genérico y acomodaticio de servicio universal.

La importancia del ámbito de cobertura del servicio universal se desprende del hecho de que una visión poco generosa o audaz, ralentiza la entrada y establecimiento de la libre competencia y dificulta el establecimiento y construcción de la Sociedad de la Información profundizando la brecha y las desigualdades entre usuarios con acceso y sin él, a la información (lo que se denomina la fractura digital).

Cabe entender que la universalización es nota inherente a todos los servicios públicos; mientras que el servicio universal únicamente significa o comprende un determinado número de servicios, perfectamente identificados, bien por resolución de la autoridad de regulación, bien a través de los planes y proyectos concretos que se establezcan, fórmula esta especialmente extendida en los países de América Latina y en concreto en la República Dominicana.

F.- SERVICIOS Y PRESTACIONES INCLUIDOS EN EL SERVICIO UNIVERSAL.

Este ha sido el ámbito de mayor controversia en el pasado, suscitada en torno a los puntos siguientes:

- Limitación a servicios básicos entre los que se incluye por antonomasia el servicio telefónico o ampliación para la incorporación de nuevos servicios o tecnologías (Internet).
- Acceso telefónico o servicio abierto con prestaciones accesorias (guías, cabinas públicas, etc.).
- Limitación de beneficiarios a través de criterios de localización geográfica o de situación socioeconómica o discapacitados, o ampliación a otros beneficiarios tales como universidades, hospitales, escuelas y otros centros de cultura.
- Implementación en zonas rurales y marginales o centros urbanos delimitados.

La respuesta a estos interrogantes en cuanto a la extensión de sujetos destinatarios del servicio universal ha sido, como es lógico entender, muy variada en función del grado de desarrollo de las redes y servicios en un país determinado, la penetración de la telefonía, el grado de avance en la construcción de la Sociedad de la Información, la mecánica y disponibilidad de los instrumentos de planificación económica general y sectorial etc.

Así, mientras en USA el servicio universal aparece orientado hacia las capas más desfavorecidas mediante una política de subvenciones que ha resultado insatisfactoria por insuficiente en muchas ocasiones, la Ley de 1996 atribuye la supervisión sobre la insatisfacción y la remisión de las nece-

sidades del servicio universal a la FCC la cual recibe el mandato legal de revisar el concepto de conectividad universal extendiéndola a servicios esenciales para la educación, la sanidad y la educación públicas así como el acceso a Internet.

En el Reino Unido se considera dentro del servicio universal la conexión a la red fija telefónica básica, los datos a baja velocidad y el fax. Se busca atender paquetes de servicios a bajo costo y hacer frente a los problemas de desconexión en impagados por insuficiencia de capacidad económica.

La Unión Europea es sumamente restrictiva en la consideración del contenido del servicio universal con el objeto de no obstaculizar o de gravar en demasía el acceso de los nuevos entrantes al mercado. La Directiva 97/3/EC incluye dentro de él tanto el acceso a redes como el uso de las mismas mediante servicios telefónicos en la modalidad fija, excluyendo por el momento a móviles, datos e Internet. Por el contrario incorpora dentro de su contenido guías telefónicas actualizadas y teléfonos fijos de prepago.

En España inicialmente se contiene dentro del servicio universal los siguientes rubros:

- Conexión a la red telefónica pública fija y acceso a la prestación del servicio telefónico fijo disponible al público.
- Confección y distribución de una guía telefónica impresa.
- Una oferta suficiente de teléfonos públicos en el dominio público en todo el territorio nacional.
- La equiparación de los usuarios discapacitados o con necesidades sociales especiales, al resto de los usuarios. (Ley General de Telecomunicaciones de 1998, Art. 22 de la LGT 32 de 2003).

G.- BENEFICIARIOS

Son designados mediante la determinación del área de cobertura geográfica y demográfica necesaria para materializar la obligación de prestación del servicio universal, facilitando o promoviendo la eficacia de las políticas regulatorias.

> En algunos supuestos, como los reflejados en la Directiva 97/33/CE, se exigiría un número de habitantes en las demarcaciones geográficas como mínimo para la obligación de prestación del servicio universal.
>
> En España, según el Art. 37 1.a de la LGT de 1998 y el Art. 13 del Reglamento del Servicio Universal la obligación que recae sobre los operadores que lo prestan se plasma en la satisfacción de las solicitudes razonables de conexión a la red telefónica fija y de acceso a los servicios disponibles para el público, dentro de la telefonía fija.
>
> En las leyes británicas, el acceso universal queda garantizado mediante la obligación de satisfacer toda demanda razonable.
>
> En USA, los beneficiarios se inscriben dentro de colectivos socioeconómicos desfavorecidos, mediante la técnica de las subvenciones, y respecto de hospitales, universidades y centros de educación, criterio éste no asumido por el momento por el Derecho Comunitario europeo.

H.- SUJETOS OBLIGADOS A LA PRESTACIÓN

Una vez determinados los servicios que forman parte en cada momento del servicio universal y cuya garantía asume, por imperativo consustancial al sistema, el Poder público, la siguiente tarea consiste en designar el operador u operadores que han de llevarlo a cabo.

Son variados los sistemas de determinación del sujeto responsable de la prestación, pero básicamente se pueden reconducir a los siguientes:

- Designación previa ex lege normalmente contenida en disposiciones adicionales o transitorias de la Ley General de Telecomunicaciones. Este es el supuesto de la LGT española de 1998 (D.T. 3ª) que designa a Telefónica en tanto que operador dominante como obligado a prestar el servicio universal hasta el final del año 2005[27]. De análoga forma la ley francesa de 1996 designa a **France Telecom** como obligado a este servicio (Art. 35.1 de la Ley de Reglamentación de las Telecomunicaciones)
- Designación directa por el regulador apoyándose para ello en una serie de criterios ofrecidos por la reglamentación general. También normalmente basándose en los operadores históricos o dominantes o titulares del bucle local de abonado.
- Designación por propia voluntad del interesado en prestar el servicio. Este es el supuesto del Art. 21.1 del Reglamento español sobre obligaciones de servicio público para identificar al operador responsable a partir de la expiración del periodo en que opera Telefónica
- Designación implícita en la propia calificación de operador dominante o con peso significativo en el mercado, de forma potestativa por el órgano de regulación.
- Designación mediante licitación pública (Art.35 LGT española de 1998, Art. 23.2… de la ley de 2003) de entre todos los operadores que contribuyen a la financiación del servicio universal o que han manifestado su deseo de prestarlo.
- Designación mediante licitación pública con carácter principal y con sujeción a las condiciones y requisitos establecidos en proyectos específicos que se elaboran al efecto. Tal es el caso de la legislación dominicana (Art. 44.1 de la Ley 153-98) que determina que "los proyectos serán adjudicados por concurso público al oferente calificado que solicite menor subsidio, calculado sobre bases homogéneas preestablecidas y contendrán indicación de zonas de servicio; calidad de servicio; tarifa máxima aplicable en su caso; plazos de prestación del servicio y penalidades por el incumplimiento"
- El procedimiento de concurso para la designación del prestador del servicio universal, sobre la base del menor subsidio aparece bastante extendido en América Latina (legislación chilena y otras). El operador designado en todo caso ha de prestar el servicio bajo las condiciones establecidas en la reglamentación, las resoluciones adoptadas para la licitación y la oferta, en su caso, así como por las condiciones establecidas en la orden de convocatoria del concurso.

27.- El concepto de operador dominante -denominado operador con poder significativo de mercado en la actualidad- es uno de los aspectos más relevantes también de la nueva ley de 2003 que sustituye el criterio formal de calificación por un criterio material. (Exposición de Motivos de la ley).

I.- FINANCIACIÓN DEL SERVICIO

Es la subsiguiente operación en la implementación del servicio universal. Establecido en qué consiste y quién ha de prestarlo, el paso siguiente consiste en la determinación, primero del costo que supone esa prestación e inmediatamente después del reparto de la carga económica que éste representa -en su caso- para el prestador obligado.

1.- Determinación de la carga económica.

Partiendo de la base de que, en principio, la prestación del servicio universal significa una carga para el operador que lo presta, será preciso cuantificar la misma con arreglo a una serie de mecanismos generalmente incluidos dentro de la definición del costo neto de prestación.

Según el Derecho comunitario europeo y los ordenamientos que lo trasponen, la cuantificación del costo neto soportado por cada operador se realizará atendiendo a la diferencia entre el ahorro a largo plazo que obtendría un operador eficiente si no estuviera sometido a las obligaciones del servicio universal y los ingresos directos e indirectos que le produce la prestación, teniendo en cuenta los beneficios no monetarios que se derivan de la prestación del servicio universal (Art. 27.1 del Reglamento español del Servicio Universal y otras obligaciones de carácter público). El cálculo del costo neto constituye una operación ciertamente compleja puesto que incluye conceptos económicos como los de operador eficiente, con el objeto de que la carga asumida sea real y no grave o distorsione el sistema general de competencia.

2.- Reparto de la carga económica.

Cuantificada la carga, ha de procederse a su reparto entre los operadores designando los que han de contribuir a ello y la forma en la que se producen los correspondientes traspasos.

El reparto de la carga aparece justificado desde el doble punto de vista a) mantener las condiciones de competencia efectiva en el mercado y b) aplicando un principio general del Derecho Público cual es la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas. Esta operación deberá hacerse sobre la base de un delicado equilibrio para que la eventual carga no constituya una desventaja competitiva real para todos los operadores intervinientes en el mercado (Directiva 97/33/CE Art. 5.4).

En cuanto a los mecanismos para efectuar el reparto de la carga caben al menos, de forma simplificada y teórica, tres sistemas:

1.- Financiación como gasto general del Estado y por consiguiente asumido por los contribuyentes en general. Posición ésta manifiestamente incompatible con la naturaleza y finalidad del gasto en un sistema de regulación de mercado.

2.- Financiación como gasto inherente en exclusiva a los operadores del sector.

3.- Únicamente se contemplan como contribuyentes a los operadores de redes públicas y de servicios telefónicos disponibles al público. Este es el supuesto de la Legislación española en transposición de la Directiva 97/33/CE o de los operadores que prestan servicios de telecomunicaciones entre Estados (incluidos los que no son Common Carriers), que es el supuesto de la legislación USA, sección 254.4.d de la Ley de Telecomunicaciones de 1996.

A su vez la carga se distribuye entre los operadores que son designados contribuyentes por la legislación aplicable, mediante alguno de los siguientes sistemas:

a) **Reparto bilateral.** El operador prestador se resarce del costo neto, una vez evaluado, mediante un recargo en el componente de los precios de interconexión. Este ha sido un mecanismo con frecuencia utilizado durante el periodo de transición a la libre competencia, marcado por la presencia de operadores dominantes/incumbente normalmente aquejados de fuertes déficits de acceso por el desequilibrio tarifario existente como consecuencia de la persistencia de subsidios cruzados entre servicios. La parte del precio de interconexión vendría a compensar este déficit, entendiéndose que solamente es aplicable y útil en una situación de desequilibrio por no haberse producido el rebalanceo tarifario conducente a la orientación a costos que exige la libre competencia efectiva

b) **Reparto multilateral.** Mediante el cual los contribuyentes aportan a un fondo o depósito, normalmente gestionado por el organismo regulador, de carácter multilateral, con arreglo a una serie de criterios previamente establecidos. El Fondo asigna directamente al operador con carga económica derivada de la prestación las cantidades compensatorias de dicho costo.

> Este es el sistema preferido en el Derecho Comparado y recomendado por la Directiva 97/33 Europea.
>
> En España existe el **Fondo Nacional del Servicio Universal de las telecomunicaciones** que ha sido creado por el Art. 39/2 de la LGT.(art. 24. 3 LGT 32/2003)
>
> En Francia se creó el "**Fond du Service Universel des Télécommunications**" y con denominaciones similares en la mayoría de los países europeos. La figura del Fondo también prevalece entre los sistemas adoptados en los países de América Latina.

Como tal, el Fondo presenta indudables ventajas sobre los mecanismos bilaterales en orden a promover y a asegurar una efectiva competencia entre operadores, teniendo carácter autónomo y siendo configurado como un depósito, una cuenta o un fideicomiso sin personalidad jurídica, constituyéndose su administración y control como una de las funciones típicas de los organismos de regulación.

No obstante, la legislación española prevé (Art. 33.4 del Reglamento del Servicio Universal) la posible supresión de este Fondo por el Gobierno, y su sustitución, si es necesario, por un mecanismo de compensación directa entre operadores.[28]

En la República Dominicana la Ley 153-98 se adscribe al sistema multilateral al crear en su Art. 49 el Fondo para la financiación de proyectos de desarrollo el cual será administrado por el órgano de regulación.

J.- SOBRE LA NATURALEZA DEL SERVICIO UNIVERSAL

La más consciente doctrina que ha analizado el sistema de regulación económica para la competencia ha enfatizado el aspecto correspondiente al servicio universal para destacar una de las notas más significativas en la configuración del nuevo sistema de ordenación y del nuevo Derecho de las telecomunicaciones.

28.- El Art. 24.3 de la ley 32/2003 dispone al efecto la compensación directa entre operadores cuando la magnitud del coste no justifique los costes de gestión del Fondo.

Para algunos, el servicio universal y otras obligaciones impuestas a los operadores de telecomunicaciones, fuera ya de la relación doméstica o de sujeción especial a través de la figura del servicio público, significa el paradigma de la pervivencia de esta idea dentro de las nuevas coordenadas de ordenación y explotación. Para otros por el contrario el servicio universal y otras obligaciones en la misma línea forman parte de un nuevo planteamiento en que necesariamente hay que ubicar la transformación operada por el nuevo esquema de regulación.

Entre ambas posturas una combinación extensa de matices presenta el tema de la naturaleza jurídica de esta clase de categorías como uno de los centros del debate de la nueva fisonomía del Estado regulador, no exento de una profunda carga ideológica.

Podemos sintetizar de la manera siguiente las posturas:

1.- Las obligaciones del servicio público obedecen fielmente a la vieja idea –fuerza del servicio público formal adaptado a las nuevas circunstancias. Es una herencia del antiguo sistema y que cuenta para su justificación y desarrollo la- por otra parte- imprecisa y cambiante noción del servicio público en su sentido tradicional. Esta es la postura de la doctrina francesa, fundamentalmente, y también de una parte de la española y que destaca en todo caso la dimensión servicio público en la acción reguladora del Estado actual. Es el nuevo servicio público de los nuevos tiempos. Y con todas las connotaciones de su contenido esencial en tanto que servicio público de carácter objetivo o funcional o de carácter material, eliminado el aspecto de la declaración de servicio público o ***publicatio***.

2.- Servicio virtual o impropio. Esta postura engloba dentro de esta categoría doctrinal el conjunto de obligaciones de servicio público entre las cuales cabe contar fundamentalmente la específica del servicio universal como garantía asumida por los poderes públicos frente a los ciudadanos. El servicio público impropio (de la doctrina italiana) o servicio público virtual (de una cierta doctrina francesa) se correspondía con el título de intervención que la Administración utilizaba para la ordenación de concretos sectores sometidos a una fuerte reglamentación, imponiendo las condiciones precisas, muy similares a las del servicio público formal a través de la técnica autorizatoria. Eran los sectores de taxis, centrales lecheras, enseñanzas y otros afines en los que los rasgos esenciales de ordenación estaban conformados, en primer lugar, por la ausencia de ***publicatio*** o asunción de titularidad por el Poder público y en segundo lugar por la presencia de autorizaciones o licencias de carácter operativo y que establecían una relación jurídica continuada, continente de prestaciones muy similares a las de los servicios públicos tradicionales.

3.- Las obligaciones de servicio público no se corresponderían con un sistema previo de tal naturaleza. Son simplemente obligaciones que pesan sobre los operadores del sector en razón a los imperativos propios del nuevo derecho para la regulación económica. La legitimidad del título de intervención opera ***ex lege*** como materialización de uno de los principios dominantes, para satisfacer necesidades colectivas.

II.- SERVICIOS OBLIGATORIOS

Con la obligación de prestar el servicio universal no se cierra el capitulo relativo a los servicios o prestaciones mínimas garantizadas por el Estado, al margen o en sustitución del mercado.

La normativa europea (Directiva 98/10/CEE) excluye de la categoría genérica del servicio universal a otros servicios de interés general, que en razón a sus características y a las finalidades perseguidas por el ordenamiento quedan fuera del sistema de implementación propio del servicio universal.

Son los denominados servicios obligatorios de la Ley francesa de 1996 y de la española de 1998, Art. 36.b de la LGT[29]. Y cuya disponibilidad y accesibilidad han de ser aseguradas por el Poder público. Se trata de servicios de telecomunicaciones muy diferentes por su propia estructura y régimen. Entre ellos cabe contar los relativos a la seguridad de las personas, de la seguridad pública y de la protección civil (Art.40.2 a de la LGT) y servicios obligatorios para garantizar la suficiencia de la oferta de servicios avanzados de telecomunicaciones (Art. 40.2 b LGT). Entre los primeros se incluyen una heterogénea lista de servicios tales como los de acreditación de fehaciencia del contenido de mensajes y que incluiría por consiguiente el telex, telégrafos, buro-fax u otros servicios similares y los servicios que son propios de la protección civil y de la seguridad de las personas y entre ellos particularmente los de urgencia a través del número 112.

Tienen en común estos servicios su adscripción a funciones propias del Poder público, dato sin más justificativo de la exclusión de su gestión por particulares. En realidad, y según nuestro entender, estos servicios obligatorios son servicios auxiliares englobados en la estructura organizativa, prestacional y financiera de otros servicios públicos de carácter principal, tales como la acreditación de la fehaciencia en mensajes o la seguridad en sus variadas manifestaciones. Son servicios conexos y no servicios públicos de telecomunicaciones autónomos en los que las redes de telecomunicaciones prestan su colaboración y desempeñan un papel accesorio o auxiliar por lo que finalmente han de considerarse como servicios integrados dentro de los servicios principales. Su prestación, en consonancia con lo dicho, corre a cargo de la Administración titular de los servicios principales y su financiación se cubre, correlativamente, a través de los presupuestos de esas administraciones.

Distinta naturaleza tienen aquellos servicios enumerados en el Art.40.2.b de la LGT en tanto que servicios avanzados de telecomunicaciones como el acceso a líneas susceptibles de arrendamiento digital, el acceso a la red digital de servicios integrados y los servicios de correspondencia pública marítima

En realidad estamos aquí ante auténticos servicios públicos de telecomunicaciones de carácter subsidiario o sustitutivo del mercado cuando no se produzcan y presten a través del mismo, pudiendo las autoridades convocar concursos para la adjudicación de los títulos habilitantes para la prestación de estos servicios obligatorios así como para la recepción de los fondos establecidos para el efecto. Aun en el caso de que esta licitación resulte desierta, el regulador podrá proceder a la designación directa de los operadores obligados. Su financiación corre a cargo de las tasas y contribuciones específicas previstas por la utilización de recursos escasos, tales como la numeración y la utilización del dominio público radioeléctrico.

Tanto por su finalidad como por su forma de prestarse, como su régimen obligatorio, estos servicios tienen toda la consideración de servicios públicos de telecomunicaciones en la funcionalidad de las exigencias propias de la Sociedad Global de la Información.

29.- La ley de telecomunicaciones de 2003 ha eliminado los servicios obligatorios de telecomunicaciones, sustituyéndolos en parte por obligaciones de servicio público, que pesan en principio sobre los agentes que operan libremente en el mercado. A falta del correspondiente desarrollo reglamentario, la nueva ley introduce una cierta coherencia en la regulación de las obligaciones de servicio público, eliminando los servicios de carácter obligatorio que eran en realidad auténticos servicios públicos formales (asumidos, prestados y financiados bajo un régimen de servicio público). Vid Art. 25 de la ley 32/2003.

III.- OTRAS PRESTACIONES OBLIGATORIAS

El Poder público se reserva la facultad de establecer y exigir otras prestaciones por parte de los agentes operantes en el sector en materias de defensa, seguridad pública y por la extensión de los nuevos servicios a la educación, a la sanidad y a la cultura así como por razones de cohesión nacional.

Mientras que las primeras constituyen autenticas obligaciones –con el límite de la salvaguardia de la libre competencia, el equilibrio económico del título habilitante y la aplicación de los principios básicos de no discriminación- a nuestro entender no son más que facultades insertas dentro de un normal ***jus variandi*** dentro de la especial relación establecida por el título habilitante, sin financiación específica y siempre que se mantenga el equilibrio financiero.

Por el contrario, las obligaciones en materia de extensión de nuevas tecnologías y servicios y que se imponen a los operadores dominantes y a los que tengan reconocido derecho de ocupación de la propiedad pública o privada se inscriben más bien dentro del concepto de asimetría regulatoria, bien como contrapartida a los privilegios de ocupación del dominio público y privado, bien mediante específicos sistemas de financiación propios de los servicios obligatorios de carácter general.

La consecuencia de todo ello es que la puesta en marcha por el sistema de regulación económica de los mecanismos para la satisfacción de necesidades colectivas no satisfechas por el mercado es amplia y variada en relación a las técnicas concretas dispuestas para ello.

UNIDAD DIDACTICA 12
EL CONTENIDO DE LA ACCION REGULADORA. MANEJO Y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS ESCASOS

SUMARIO

Introducción

I.- EL ESPECTRO RADIOELECTRICO.

Introducción.

A.- Regulación del espectro.

B.- El título de intervención sobre el espectro radioeléctrico. La naturaleza jurídica de las frecuencias radioeléctricas.

C.- Diferentes usos del dominio público radioeléctrico.

D.- Funciones reguladoras en relación al espectro radioeléctrico.

E.- La Administración reguladora del espectro.-

II.- LA NUMERACION COMO RECURSO ESCASO OBJETO DE REGULACIÓN

A.- Concepto y funcionalidad del recurso de numeración en el sistema de regulación para la competencia.

B.- Situaciones jurídicas a que da lugar el recurso escaso de numeración

a.- Derecho a los recursos de numeración.
b.- El derecho a la elección y selección del operador
c.- Conservación del número telefónico

C- La cuestión en el Derecho dominicano

III.- COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES

A.- Las razones para la regulación del uso compartido de infraestructuras y de los derechos de paso inherentes.

B.- Los puntos de interés regulatorio.

C.- Concepto y elementos de la operación de compartición de infraestructuras.

D.- Lineamientos para un régimen de compartición de infraestructuras y derechos de paso.

Introducción

Una de las más novedosas y típicas competencias de los organismos reguladores en telecomunicaciones y que como tal forma parte integrante de lo que constituye la llamada actividad reguladora, es la administración, gestión, y adjudicación de recursos escasos; aunque se aprecie ya con nitidez suficiente la tendencia en crear órganos reguladores para algunos de estos recursos, como el espectro de frecuencias radioeléctricas, fenómeno que se apunta ya en Europa (Francia, España según ley 2003).

Entendiendo por tales recursos escasos aquellos que siendo esenciales para la operación de las redes y provisión de los servicios, su carácter limitado impone la adopción de reglas para un uso adecuado de los mismos, en régimen de disponibilidad, optimización, no discriminación y plena y satisfactoria utilización.

Hoy por hoy estos recursos escasos están marcados, como ocurre en general para los servicios públicos que han sido objeto de despublificación formal, por el signo de un mercado que se constituye y evoluciona constantemente en virtud de la efectiva instalación dentro del mismo de los distintos operadores. Esta circunstancia exige que los recursos escasos en posesión o detentados por los operadores ex-monopolistas o dominante de alguna manera sean compartidos o utilizados conjuntamente por los demás, so pena de desvirtuar profunda y gravemente las reglas de la libre competencia. La justificación de una acción reguladora decidida adjudicando de manera adecuada y no discriminatoria los recursos escasos en telecomunicaciones se alzaría sobre los dos grandes paradigmas del nuevo sistema de la ordenación, como hemos visto en otras ocasiones. Por un lado, se trata de promover, instalar y mantener una efectiva y real competencia entre operadores, permitiéndoles el acceso equitativo a dichos recursos escasos (salvo en aquellos supuestos en que la propia naturaleza del recurso impida la compartición o uso por más de un operador o titular). Por otro lado, preciso es tener en cuenta que todos los recursos de telecomunicaciones deben ser puestos a disposición de los distintos operadores de forma proporcional y equitativa que favorezca un pleno empleo de los mismos en aras de la satisfacción de necesidades colectivas amparadas bajo la noción del servicio universal u otros servicios obligatorios.

La consecuencia de todo ello es inmediata: se precisa una regulación para garantizar el uso no discriminado y sin distorsiones y el reparto equitativo o compartición o uso conjunto de estos recursos para salvaguardar la libre competencia como las demás obligaciones propias de una concepción material o funcional de servicio público.

La competencia de los organismos reguladores aparece así directamente encaminada, por su propia especificidad, a la gestión y administración de los recursos escasos o instalaciones esenciales de las telecomunicaciones.

Entre ellos- y hoy por hoy-cabe consignar el espectro radioeléctrico, las infraestructuras físicas de telecomunicaciones incluidos los derechos de paso y utilización del dominio público diario y la numeración.

En las tres categorías señaladas late en definitiva la misma idea: son recursos que por su propia naturaleza y su afección a la operatividad de redes y provisión de servicios han de ser gestionados sobre la base de excluir una titularidad privada sobre los mismos, siendo reconocida por los ordenamientos una potestad, normalmente en manos de los organismos reguladores, para su gestión y adecuada utilización.

Sin embargo, pronto han de aparecer entre ellos las diferencias en cuanto al régimen específico de su gestión, aunque podamos apreciar una línea tendencial en el régimen establecido y que se cifra en la casi universal aceptación de la naturaleza de estos recursos como dominio público, cuya administración se reserva el Estado o los poderes públicos de que se trate (frecuencias radioeléctricas como dominio público estatal, espacio físico por donde discurren las infraestructuras como dominio municipal y numeración como espacio público excluido de la titularidad privada y administrado y gestionado por el Estado a través normalmente de los organismos reguladores).

Examinémoslos por separado.

I.- EL ESPECTRO RADIOELECTRICO.

INTRODUCCIÓN.

El espectro radioeléctrico o espectro de frecuencias radioeléctricas es un bien que tiene el carácter de recurso natural sobre el que se sustentan los servicios y actividades de telecomunicaciones en una gran medida. Constituye en sí mismo un bien sobre el que incide una intensa regulación.

Varias son las cuestiones que desde el punto de vista jurídico o de regulación se relacionan con la administración y gestión del espectro, como uno de los contenidos principales de esta acción reguladora del Estado. En primer lugar es necesario presentar las razones que la fundamentan, cuál es el sentido de la presencia del Estado como Poder Público en la regulación del espectro y su uso por parte de los operadores y demás usuarios; en segundo lugar, es preciso analizar la forma y naturaleza de este bien, desde el punto de vista jurídico, y sobre cuya categorización se asienta el régimen jurídico de explotación y uso; en tercer lugar, habrá que examinar los aspectos concretos en los que se materializa la acción reguladora, habida cuenta de la diversidad de elementos que lo componen y de los diferentes usos que sobre él se proyectan; y finalmente, desde el punto de vista regulatorio, en general, interesa conocer sobre quién recae la titularidad de este tipo de competencias.

A.- REGULACIÓN DEL ESPECTRO.

1.-Razones para la regulación.

Tradicionalmente el espectro de frecuencias radioeléctricas ha sido objeto de regulación debido a que forma parte de las redes de telecomunicaciones adscritas o necesarias a la prestación de los servicios de telecomunicación y a que constituye el elemento de una amplia provisión de actividades de todo tipo (entre las que cabe incluir tanto las encaminadas a la satisfacción de necesidades públicas de los organismos públicos, como del público en general, y en actividades incluso que no llegan a ser categorizadas como servicios públicos en estricto sentido, tales como las actividades de radioaficionados, uso de banda ciudadana o uso especial no privativo).

En el esquema actual de la regulación subsiguiente a la liberalización de las telecomunicaciones y la entronización progresiva de un sistema de libre competencia, el espectro radioeléctrico sigue acaparando, acaso con razones añadidas, el interés del poder regulador. Podemos ofrecer en síntesis las siguientes:

a) Razones de interés público predominante. En cuanto el espectro es utilizado para fines de defensa nacional o seguridad pública y constituye un elemento indispensable para la provisión de servicios públicos de difusión.

b) El espectro como medio de provisión de otros servicios públicos. A su vez el espectro radioeléctrico constituye el medio para la provisión de otros servicios públicos, tales como la protección de la navegación aérea o marítima y la seguridad de la vida humana en sus variados aspectos. Los servicios de telecomunicaciones en general y el espectro en particular se consideran como elementos auxiliares de otros servicios públicos que los integran así dentro de su organización y régimen jurídico.

c) El espectro como elemento integrado en el establecimiento de redes y la provisión de servicios de telecomunicaciones. Normalmente con carácter privativo, cuando la utilización de las bandas de frecuencias se ejerce de forma excluyente, en la provisión de servicios tales como la telefonía móvil celular, el bucle inalámbrico de abonado, los enlaces por microondas o las redes de transporte de banda ancha y redes satelitales.

d) Fines de investigación y experimentales. Como en los servicios propios de radioastronomía y de investigación espacial y en general en todos aquellos usos del mismo con carácter experimental para su aplicación en las diversas áreas de conocimiento.

e) Usos no lucrativos. Entre los que cabe contar los sistemas de radioaficionados y banda ciudadana.

Las posibilidades del espectro como elemento de comunicación crecen a medida que surgen o se perfeccionan las tecnologías existentes y se amplían las bandas existentes o se aprovechan mejor y por mayor número de usuarios y de proveedores. Esta circunstancia introduce complejidad en el esquema regulatorio, que tiene que hacer un esfuerzo de anticipación o de rápida asimilación a las nuevas tecnologías, incompatibles con la regulación existente o no necesariamente contempladas en la misma.

2.- Características y circunstancias que inciden en su regulación.

a) El espectro como un recurso valioso y escaso. Sin duda, que por estas razones apuntadas, el espectro es ya de por sí un recurso valioso para los fines públicos y para los privados, que ha de atraer en consecuencia la acción reguladora por parte del Estado. Pero la característica esencial que postula una intervención del Estado en la regulación del espectro es la consideración del mismo como un elemento consustancialmente escaso, el sentido de que un determinado rango de frecuencias, en una zona geográfica puede estar adscrito a un servicio determinado para transmitir o recibir información. El espectro es un bien escaso en la medida de que es un recurso limitado que solo permite, en ciertos elementos o partes del mismo, un uso exclusivo o privativo. Esto, unido a la exigencia común de todo esquema de regulación de promover y garantizar la libre competencia en la provisión de redes y servicios y de velar por los intereses de usuarios, arbitrando o dirimiendo los conflictos eventuales que puedan surgir entre los diversos agentes que pueblan el escenario moderno de las telecomunicaciones, puede dar la idea mas completa, no solo de las razones para una regulación del espectro, sino del sentido y alcance de la misma.

Esta consideración, pese al esfuerzo notable en la ampliación de las posibilidades de uso del espectro como consecuencia del imparable perfeccionamiento de las tecnologías (sistemas PCS, VSAT, banda anchan etc.) introduce en la regulación el imperativo de que el recurso escaso ha de administrarse con equidad y no discriminación para no afectar el equilibrio de fuerzas que están en el mercado, con el objeto de garantizar el libre e igualitario acceso al mismo y la permanencia en él en circunstancias no distorsionantes, así como para la satisfacción de las necesidades que

se adscriben al interés general (servicio universal, obligaciones de servicio público).Todos estos factores inciden en la regulación del espectro y deberán ser tenidos en cuenta en la perspectiva unitaria del sistema de regulación encompetencia.

b) Mayores posibilidades en el uso del espectro y aumento de operadores. Las potencialidades en el uso del espectro y la pluralidad creciente de agentes operadores en el sector obligan a una acción reguladora enérgica y eficiente por parte del ordenamiento para obtener el uso optimizado e igualitario del bien escaso e indispensable que constituye en las telecomunicaciones el espectro radioeléctrico. La posibilidad de conflictos entre los agentes y operadores entre sí o con los usuarios, en su más amplia acepción, y la necesidad de asegurar en todo momento los objetivos y principios del sistema completo de regulación, exigirían también una intensa acción reguladora por parte del Estado.

Las características técnicas acentúan este carácter del espectro radioeléctrico como recurso escaso (limitación del uso provechoso u óptimo entre determinadas bandas de frecuencias; distintas capacidades de transmisión para determinados servicios, etc.) lo que al propio tiempo le convierte en un bien jurídico disputable, entre distintos servicios, entre diversos titulares de redes o entre distintas Administraciones. El papel del regulador es esencialmente planificador, administrador, vigilante y dirimente de los conflictos que se puedan suscitar, con la mira puesta en el uso óptimo y racionalizado del mismo y el aseguramiento de los principios inherentes al sistema en su conjunto.

Todas estas razones y circunstancias, a las que cabría añadir otras no menos interesantes y acaso decisivas, derivadas del uso del espectro en cuanto colisionan con el ejercicio de otros derechos (protección y control de emisiones radioeléctricas, imposición de servidumbres y de limitaciones a la propiedad en un amplio sentido) las que refuerzan y diversifican la acción reguladora del Estado sobre el espectro radioeléctrico y de esta forma ha sido entendido por la práctica totalidad de ordenamientos.

El problema -ahora esencialmente jurídico- es encontrar la categoría adecuada o la técnica o el título para la intervención del Estado sobre el espectro.

B.- EL TÍTULO DE INTERVENCIÓN SOBRE EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS FRECUENCIAS RADIOELÉCTRICAS.

Pese a que en ocasiones se hayan previsto títulos asentados sobre la mera intervención policial, o sobre un eventual derecho de propiedad privada sobre las frecuencias, o se haya hecho intervenir la noción de servicio público como elemento asociado a su provisión y prestación, es lo más cierto que en el panorama actual de los ordenamientos predomina la consideración del espectro como bien de dominio público, de cuya administración, gestión y control se encarga el Estado. La fórmula se repite en las leyes nacionales de telecomunicaciones de diversos países con asombrosa uniformidad, pese a que se hayan suscitado en numerosas ocasiones violentas críticas o persistentes reparos a la misma, derivados sobre todo del carácter de inapropiabilidad del espectro como bien, o de las dificultades en compatibilizar esta categorización con el uso eficiente y libre del espectro en un esquema de funcionamiento idóneo del mercado.

La calificación como bien de dominio público, cuya administración y control en líneas generales corresponde al Estado implica- o más bien explica- las notas de un régimen jurídico basado esencialmente en la insusceptibilidad de apropiación por parte de particulares, y en la garantía de un uso eficiente y no discriminatorio del mismo.

Pero esta calificación, recogida ampliamente en los ordenamientos actuales, dista mucho de ser admitida pacíficamente por la doctrina más eminente, enfrentándose a tendencias cada vez más persistentes que sitúan al espectro en la posibilidad de ser apropiado bajo esquemas privados o al menos sin la rigurosa calificación y régimen que la etiqueta dominio público supone.

El dominio público como título reconocido.

Una vez que es comúnmente admitida la necesidad de la regulación del espectro radioeléctrico, los ordenamientos han basado la intervención sobre la figura del dominio público y atribuyendo las competencias respectivas a organismos neutrales. Así la Directiva 90/388/CEE establece que "la atribución de frecuencias y la vigilancia de las condiciones de utilización han de ser realizadas por una entidad independiente de los organismos de telecomunicaciones" (PTOS). El mismo tratamiento de bien de dominio tiene en la legislación española en el título V de la LGT de 1998 que provenía ya del Art. 7 de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones de 1987.

Con análogo sentido, o acaso más contundentemente, en el Derecho dominicano, el espectro radioeléctrico constituye un bien de dominio público del que la garantía en la administración y uso eficiente es uno de los objetivos generales de la Ley 153-98 (Art.3, g).

El Derecho dominicano contrapone una definición física y una jurídica del espectro de frecuencias radioeléctricas. Calificado como un recurso natural ilimitado(art. 6) desde un punto de vista físico el espectro abarca las ondas electromagnéticas entre 9 KHZ y 3000 GHZ y el espacio por donde se propagan tales ondas sin guía artificial (sin cable) y al mismo tiempo es medio de transmisión y recepción de los Servicios de Radiocomunicaciones (Art. 6 Proyecto de R.)

La definición jurídica hace del espectro un bien de dominio público, patrimonio del Estado, inalienable e imprescriptible, cuya administración, gestión y control se encomienda al INDOTEL (Art. 3).

Sin perjuicio de que pudiera parecer redundante la atribución de lo que son atributos de todo dominio público, tales como la inalienabilidad o la imprescriptibilidad, pudiera asimismo entenderse que existe una asimilación entre patrimonio del Estado y bien de dominio público, que no siempre, en estrictos términos, se da, como es bien perceptible.

Esta calificación del espectro como bien de dominio público se ha enfrentado en el pasado y también en el momento presente a una polémica que cuestiona básicamente esta naturaleza, encendiendo así un debate sobre la mejor forma de proceder a la regulación de las ondas y frecuencias radioeléctricas en un ambiente de libre competencia.

En síntesis, las críticas que se han vertido sobre esta calificación provienen fundamentalmente de la circunstancia de que dadas las características de las ondas hertzianas y de la energía electromagnética, el régimen jurídico dimanante de la concepción o categoría del dominio público resulta inadecuado, sin que por otra parte sea preciso proceder a la demanialización, puesto que sólo el uso de las frecuencias radioeléctricas tiene interés y es objeto de regulación.

En segundo lugar se cuestiona si la energía electromagnética constituye una cosa o bien susceptible de apropiación. Por ello se ha intentado calificar el espectro como ***res nullius***, ***res comunes omnium***, patrimonio común de la humanidad o bajo la impronta de la libertad de las ondas y consiguiente posibilidad de propiedad privada sobre las mismas. En este sentido se sostiene que en régimen de libre competencia la regulación y explotación del espectro de frecuencias podría desenvolverse perfectamente siempre que se creasen derechos de propiedad adecuados sobre el mismo. La gestión pública de la explotación del espectro en base a procedimientos públicos no resulta apropiada por la falta de mecanismos que permitan conocer la relación entre coste y beneficio de la dedicación de determinadas frecuencias a unos servicios y no a otros.

Es así que con independencia de la calificación en base a un título de propiedad, la regulación intensa del Poder público sobre el espectro se hace a partir de la consideración de que éste constituye un bien escaso cuya gestión y administración se reserva el Estado, sin llegar por consiguiente a la configuración como dominio público en estricto sentido. Tal es la previsión que prevalece en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 227/1988 en la que básicamente se atiende a la finalidad atendida en la regulación del espectro, y que radica únicamente en la exclusión del bien afectado del tráfico jurídico privado, mediante la imposición de una serie de reglas exorbitantes al ordenamiento privado. En suma, viene a decirse, no es necesario llegar hasta la calificación de dominio público para justificar y explicar el título de intervención del Estado sobre las frecuencias del espectro radioeléctrico. Basta para ello encuadrarlo dentro de la reserva general que para los recursos esenciales establece el Art. 128.2 de la Constitución Española. En cierto modo ésta viene a ser la posición de la Ley General de Telecomunicaciones española por cuanto se elude específicamente en ella tanto la calificación frontal de que las ondas constituyen esa categoría jurídica como por la ausencia de una definición legal.

Para otros, en todo caso, el espectro radioeléctrico constituiría un dominio público especial o virtual ya que en realidad no estamos en presencia de un bien o cosa sino ante el ejercicio de una actividad humana.

Desde el punto de vista técnico el espectro radioeléctrico es “aquella parte del espectro electromagnético que abarca desde los 9Khrtz hasta los 3.000 Ghrtz y cuya utilización para aplicaciones de radiocomunicaciones esta regulada por acuerdos internacionales celebrados en el marco de la Unión Internacional de Telecomunicaciones”.

Es justo advertir al mismo tiempo que el régimen jurídico que se deriva de la calificación como bien de dominio público no se acomoda exactamente cuando se trata del dominio público radioeléctrico. En efecto, las notas que lo caracterizan (inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, catalogación e inventario, facultad de deslinde, imposición de servidumbres y policía demanial) no van a tener todas plena aplicación en el ámbito analizado.

Por su específica configuración, las ondas hertzianas no pueden ser apropiables en un sentido estricto y por consiguiente no podrían alienarse de la misma manera que se ejerce el derecho de apropiación sobre cosas o derechos tangibles. Sólo el principio de la imprescriptibilidad podría tener sentido respecto de las ondas en razón a que por los mismos argumentos no sería posible la posesión que está en la base, junto con el justo título, para la adquisición de su propiedad mediante el transcurso del tiempo que marca la legislación civil.

Bien es cierto no obstante que, en lo que se refiere al requisito o principio de la catalogación o inventario se cumple perfectamente con los instrumentos de planificación establecidos para las ondas y a partir de los cuales se ordena y se procede a la asignación y distribución de las bandas y sub-bandas, tales como el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias y los planes técnicos para la radiodifusión y televisión. Aunque en buena lid no se trata aquí de catálogos de bienes a incluir bajo la titularidad de la Administración sino de criterios de distribución de las ondas por servicios y otras aplicaciones y que se dirigen a lo que es fundamental dentro de la regulación del espectro, esto es, la regulación por los usos de esas frecuencias en relación a los correspondientes servicios y actividades.

Otro tanto cabría decir de la facultad de deslinde o de reintegro posesorio que si bien son facultades inherentes a todo dominio público, encajan mal dentro del régimen establecido para las ondas puesto que faltaría en este caso tanto la calificación de las mismas como bienes inmuebles, como la estricta colisión entre bienes de distintas titularídades. El expediente se explica mejor acudiendo simplemente a que solamente se adjudica el uso de las frecuencias excluyendo cualquier relación dominical, por lo que el bien revierte a su titular cuando cesa el período o son incumplidas las condiciones establecidas para el mismo.

Siendo en consecuencia un dominio público muy especial, es de aplicación aquí la vieja teoría de la escala de la demanialidad que comporta la existencia de diversos regímenes jurídicos dentro de la categoría genérica del dominio público.

De forma indirecta se incluye la calificación de las ondas como dominio público en la legislación francesa (Art. 32 del ***Code de Postes et Télecommunications***) precepto que podría ser interpretado como una declaración de dominio público de las ondas. Más tarde, la Ley de 17 de Enero de 1989 relativa a la libertad de comunicación introdujo un nuevo Art. 20 más claro y que disponía que "la utilización por los titulares de una autorización de frecuencias radioeléctricas disponibles sobre el territorio de la República constituye un modo de ocupación privativo del dominio público del Estado"

En los Estados Unidos, la ***Radio Act*** imponía a todas las empresas del sector la obligación de transmitir en las bandas de frecuencias a ellas destinados por el Departamento de Comercio. Con ello se iniciaba ya una cierta configuración de los poderes de la Administración sobre el uso de las frecuencias radioeléctricas bajo la exigencia de una autorización previa. Principio que es ratificado por la Radio Act de 1927.

La posibilidad de reconocer a los particulares derechos de propiedad y exclusión de terceros sobre las hondas radioeléctricas ya había sido afirmada por los Tribunales en el asunto (***Tribune co. versus Oak Leaves Broadcasting***) resolviendo un problema de frecuencias en base al principio ***prior in tempore potior in jure.***

C.- DIFERENTES USOS DEL DOMINIO PÚBLICO RADIOELÉCTRICO.

En relación a los diferentes usos que pueden hacerse de las frecuencias, así serán los títulos que habilitan para ello. Constituye un criterio aceptado universalmente el que distribuye estos usos de la manera siguiente:

- **Uso común general**: Se trata de un uso generalizado por todos los ciudadanos indistintamente y sin que el uso de unos interfiera o impida el de los demás. En el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias las destinadas a este tipo de uso realmente carecen de importancia pues son pocas las que para ello se reservan. Normalmente algunas aplicaciones industriales científicas y médicas y otra utilización de los distintos componentes del espectro con potencia igual o inferior a la que está explícitamente consignada en el cuadro.

  Por su propia naturaleza, el uso común general carece de regulación, no exigiéndose título habilitante y consignando únicamente la obligación general de los usuarios en no producir interferencias que dificulten o menoscaben el uso por otros ciudadanos.
- **Uso común especial**: El uso sigue siendo común y abierto a todos en principio aunque, y en ello radica la diferencia, existe una mayor intensidad en el uso de las frecuencias y que éste se adscribe a actividades sin contenido económico (Real Decreto español de 1989, que aludía a fines de mero entretenimiento u ocio). Normalmente los ordenamientos se decantan en este supuesto por la exigencia de título habilitante consistente en una mera autorización administrativa. En consecuencia el título es estrictamente reglado y se concede en precario y sujeto a la revocabilidad abierta por parte de la Administración autorizante.
- **Uso privativo**: La nota diferencial radica aquí en el carácter exclusivo y excluyente con que se otorga y su afectación a un servicio o a una red de telecomunicaciones. Es en definitiva el auténtico uso propio de la explotación de los sistemas de telecomunicaciones, lo cual entraña una diferente manera de abordar su regulación.

Por tratarse de un uso particularmente intensivo de un bien categorizado como de dominio público, el título habilitante propio es el de una concesión demanial de carácter administrativo en cuanto significa la trasferencia desde la Administración de una facultad inexistente en principio en el particular solicitante. Las legislaciones, entre ellas la española vigente, retienen otros títulos para el uso privativo del espectro. Entre ellos (**LGTEL**) la afectación demanial y la autorización administrativa. Según el art. 63.2 de la **LGTEL** de1998 podría otorgarse el derecho de uso privativo mediante autorización administrativa cuando concurran todas las circunstancias siguientes:

- Que la utilización del referido dominio se lleve a cabo para la prestación de servicios de telecomunicaciones distintos de los disponibles al público en general o para la explotación de redes de telecomunicaciones no públicas.
- Que exista información suficiente que permita constatar que la oferta de dominio público supera a la demanda previsible.
- Que dicha información permita determinar que, por razón del espacio geográfico o el fin a que se destina, no existen problemas técnicos o económicos para el uso de dicho dominio.

En el Derecho de la RD, el actual Proyecto de Uso del espectro Radioeléctrico (**RUER**) adopta un punto diferente en la clasificación de los usos del espectro.

Se distingue en él:

Un uso principal, equivalente a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, mediante la transmisión, emisión y/o recepción de las ondas electromagnéticas para fines específicos de telecomunicaciones. Las principales aplicaciones son la radiocomunicación terrenal, la radiocomunicación marítima, la radiocomunicación espacial y la radioastronomía (Art. 10).

Usos secundarios, referidos a aplicaciones científicas, médicas o industriales (IMC) con asignaciones precisas en el Cuadro de Atribución de Frecuencias y sin fines de telecomunicaciones.

Situaciones especiales, en supuestos de emergencia, declaradas por el Poder Ejecutivo, en las que el INDOTEL asume el control de las telecomunicaciones del país. (Art.12. 1 y 13.1 RUER)

A su vez, el Art. 13.1 determina que “para los efectos del presente reglamento, los servicios de radiocomunicaciones se clasificarán en:

* Servicio fijo
* Servicio móvil
* Servicio de radiodifusión (sonora y televisiva)
* Servicio de radiodeterminación
* Servicio de frecuencia patrón y señales horarias
* Servicio de radioastronomía
* Servicio de ayuda a la meteorología
* Servicio de exploración de la Tierra por satélite
* Servicio de investigación espacial
* Servicio de operaciones espaciales
* Servicio entre satélites
* Servicio de seguridad
* Servicio de radioaficionados

La afectación demanial supone un acto de reparto de competencias entre distintos titulares de dominio público, lo que supone un uso especialmente adscrito al desarrollo de determinados servicios, redes o actividades propias de las Administraciones públicas.

En relación al procedimiento para otorgar las concesiones o autorizaciones o licencias para los diferentes usos del espectro, la problemática jurídica planteada se ciñe a dos ideas básicas:

A la existencia o no de limitación de frecuencias, rigiendo por lo general el concurso o licitación en el primer caso y la adjudicación directa para todos conforme al orden de presentación de las solicitudes, en el segundo.

La coordinación con el otorgamiento de otros títulos habilitantes para operar redes o prestar servicios y que son independientes del título que habilita únicamente para su uso. Siendo dos actividades distintas por su naturaleza, por las autoridades otorgantes, por los efectos y procedimientos, la tendencia general consolidada es la de utilizar el régimen de procedimiento único para los dos tipos de títulos de manera que se asegure la necesaria coordinación entre ellos.

D.- FUNCIONES REGULADORAS EN RELACIÓN AL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO.

Aunque no acabe aquí la potencialidad -y tampoco la problemática- del despliegue normativo y de efectos jurídicos en general de esta calificación del espectro, en lo que ahora nos concierne, la acción reguladora se diversifica en una serie de cometidos que podemos simplificar de la manera siguiente:

1.- Función de reglamentación general. Consiste en la producción de las normas inherentes al uso del espectro, en sus variadas bandas y subbandas, las normas y criterios técnicos de su utilización, las normas sobre protección de las instalaciones y de los aparatos y sistemas utilizados para no causar interferencias.

2.- Función de planificación previa y general. Consistente en el establecimiento del cuadro de atribución de bandas de frecuencias para la provisión de los diferentes servicios y actividades. En realidad esta función es más amplia que la de una mera planificación, puesto que se trata de una función que comporta elementos de reglamentación, de aplicación y de planificación de las bandas y usos del espectro, tendente a optimizar su uso y asegurar una gestión equilibrada e igualitaria. Se desdobla, por un lado, en el plano internacional, mediante la atribución de bandas a países, por el organismo con competencia internacional para ello en virtud de los **Tratados UIT** y por otra, en el plano nacional mediante el establecimiento del **Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias** con detalle pormenorizado de los diferentes usos y aplicaciones del espectro de frecuencias.

> En el Derecho de la RD, el Proyecto de Reglamento de Uso del Espectro Radioeléctrico RUER) dispone en el art.19.1: “Para los efectos de garantizar el uso racional y eficiente del espectro radioeléctrico en el país, INDOTEL elaborará un Plan Nacional de Atribución de Frecuencias, designando bandas de frecuencias específicas para su utilización por uno o más servicios de radiocomunicaciones, el cual será sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo y, será de conocimiento público”.

Esta labor se complementa con una planificación adecuada del uso del espectro en el futuro que tanga en cuenta el avance tecnológico, el crecimiento de la demanda o el previsible desarrollo de las redes y servicios de telecomunicaciones dentro del previsible desarrollo general.

3.- Función de aplicación. Consistente en la adjudicación mediante los títulos jurídicos habilitantes para ello, de las diferentes bandas adscritas a los servicios y demás actividades de telecomunicaciones. Es una típica función administrativa en consecuencia, que variará en su contenido y régimen jurídico en función del uso adjudicado (exclusivo, compartido, común, especial, experimental) mediante otorgamiento de concesiones, licencias o autorizaciones, y en su caso las correspondientes afectaciones demaniales, si interviene respecto de Administraciones públicas titulares de dominio público.

La función de aplicación se desarrolla mediante el otorgamiento de títulos que autorizan el uso de las frecuencias radioeléctricas, según las determinaciones de la Ley, los reglamentos respectivos y el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias. Estos títulos pueden ser concesiones demaniales, autorizaciones o licencias y están sujetos a la potestad del órgano de regulación competente en materia de radiocomunicaciones.

El objeto del otorgamiento del título, para las correspondientes bandas o subbandas de frecuencias previamente delimitadas en los instrumentos de planificación es la asignación a un titular de la parte del espectro cuyo uso se autoriza.

En el Derecho de la RD el artículo 21 del Proyecto de RUER, dispone:

> 21.1. Será competencia exclusiva del Consejo Directivo del INDOTEL la asignación de frecuencias, por medio de licencias, a los solicitantes de concesiones o inscripciones en el Registro Especial correspondiente, de servicios de radiocomunicaciones, cuando las respectivas solicitudes sean aprobadas.
>
> 21.2. Cada asignación de frecuencia deberá inscribirse en el Registro Nacional de Frecuencias, el que será de conocimiento público
>
> Artículo 25. Autorizaciones requeridas.Los servicios de radiocomunicaciones requerirán de una licencia extendida por el Consejo Directivo del INDOTEL, que autoriza el uso del medio de transmisión constituido por el espectro radioeléctrico. Dependiendo de la naturaleza de su prestación u operación, según se especifica en el Reglamento de Concesiones, inscripciones en Registros Especiales y Licencias para prestar Servicios de Telecomunicaciones en la República Dominicana, requerirán adicionalmente de una concesión o de inscripción en el registro especial correspondiente.

4.- Función de inspección y de control. En consecuencia con el fin de asegurar las obligaciones y derechos contenidos en los títulos de aplicación, las funciones de inspección y control, incluyendo el monitoreo, están enderezadas al propósito de velar en todo momento por la recta aplicación del ordenamiento jurídico. (Capítulo V del Proyecto de **RUER** en el Derecho de la RD).

5.- Función de coordinación. Se ejerce tanto respecto de organizaciones internacionales, para asegurar el uso eficiente y sin interferencias de las aplicaciones atribuidas, como respecto de organismos y Administraciones nacionales que tienen asignadas por el ordenamiento competencias compartidas o incidentes en el uso de las frecuencias.

6.- Función sancionadora. Como eventual consecuencia de la función de vigilancia y de control y de aplicación general del ordenamiento, que es una, como sabemos, típica función dentro de la regulación. (Capítulo VI Proyecto RUER en RD, que incluye posibilidad de medidas cautelares)

7.- Otras funciones. Las funciones concretas en que se fragmenta la competencia reguladora general no terminan con este enunciado. Es preciso tener en cuenta además la importante función de asesoramiento o de difusión de la información respecto del objeto de la regulación, dentro del esquema de Administración participativa o permeable a las iniciativas de los particulares que es también una característica general de la regulación de las actividades y servicios de telecomunicaciones en la hora presente. Como también, la función dirimente para resolver, en sede

administrativa o arbitral estricta, según el alcance concreto que de esta función se hace en los diversos ordenamientos, los conflictos suscitados entre particulares por la utilización del espectro.

Entre ellas debemos incluir, la función de imponer servidumbres o limitaciones de derechos a los predios colindantes a estaciones radioeléctricas, con fines de protección del espectro (art. 42 Proyecto **RUER** en RD).

Y por último, cabe consignar la función recaudatoria de tasas cánones y demás derechos de carácter económico con que se gravan en los diferentes ordenamientos el uso del espectro, las asignaciones o los títulos para explotarlo en cualquiera de sus modalidades, y que bajo diferentes regímenes (afectación o no afectación de ingresos a gastos, destinación de los ingresos obtenidos a la financiación en exclusiva o no de los organismos encargados de la regulación, ingreso en el erario público sin distinciones, cánones únicos o por periodos de tiempo, cánones o tasas por títulos o por actividades, etc.).

En el Derecho de la RD, el Proyecto de RUER, establece el devengo del denominado DU, o derecho anual de uso de las frecuencias asignadas, y cuyo cálculo se hace en base a la Unidad de Reserva Radioeléctrica. La función de recaudación de esta tasa es encomendada al INDOTEL. Su finalidad se adscribe, en un esquema de afectación de ingresos a gastos, a fines de regulación, control y administración del espectro. (Capítulo VII)

Artículo 29. Establecimiento y destino del pago del Derecho de Uso (DU)

> 29.1. A partir de la fecha de la Resolución del Consejo Directivo del INDOTEL que otorgue una nueva licencia o la renueve o autorice una modificación de una licencia vigente, el titular de dicha licencia estará sujeto al pago del derecho anual de uso del espectro radioeléctrico.
>
> 29.2. Los fondos recaudados por este concepto serán destinados a sufragar los costos, en los que debe incurrir INDOTEL, para el cumplimiento de sus funciones relacionadas con la gestión y el control del espectro radioeléctrico.

Artículo 32. Valor de la Unidad de Reserva Radioeléctrica (URR)

> 32.1. La Unidad de Reserva Radioeléctrica (URR) es el patrón de referencia para determinar, en forma objetiva y no discriminatoria, el derecho anual por uso del espectro radioeléctrico, sobre la base del ancho de banda ocupado por una emisión radioeléctrica y por su zona de cobertura.
>
> 32.2. El valor de la URR será fijado y reajustado mediante Decreto del Poder Ejecutivo, en base a la propuesta elaborada por el Consejo Directivo del INDOTEL.

E.- LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA DEL ESPECTRO.-

Por último cabe presentar el titular de la función reguladora, es decir el organismo que tiene otorgada por el Ordenamiento la competencia para llevar adelante las funciones de regulación sobre el espectro de frecuencias radioeléctricas.

1.- Los diversos factores que condicionan la configuración del órgano de regulación en los diversos ordenamientos.

El problema radica aquí en examinar, dentro de un ordenamiento determinado, cuáles son las razones- técnicas, políticas, financieras, institucionales - que postulan a favor de la atribución de competencias en este orden de ideas a un organismo o Administración, dentro del existente cuadro de Administraciones, o bien asignando estas funciones a organismos de nueva creación.

Varios factores han de destacarse como concurrentes en la atribución de estas competencias sobre el espectro a los organismos propios de la Administración Central o a la Administración especializada y sectorial o para ejercer una repartición vertical en sus competencias, asignándolas a diversos organismos.

Entre ellos habría que sopesar la naturaleza que la función reguladora tiene en el seno de un ordenamiento determinado. Si la regulación ***in genere*** del espectro constituye un aspecto de política y por ende, es atribuible a órganos del Poder Ejecutivo o de la Administración central, la regulación en sentido estricto, en tanto que aplicación del ordenamiento o ejecución de las políticas generales, correspondería a órganos específicos de regulación.

Igualmente otro factor que puede pesar a la hora de efectuar una u otra asignación de competencias es el relativo a la estructura política territorial. Diversas competencias incidentes sobre el espectro pueden ser consideradas como propias del ámbito de actuación de órganos o entes descentralizados, que en su caso ha de compartir con el Estado; como también existe la posibilidad de ejercer competencias en ese sentido a nivel territorial descentralizado.

O por ultimo considerar, que la regulación del espectro, en todas sus implicaciones, a los que no son ajenos los fenómenos de Convergencia entre las Telecomunicaciones propiamente dichas, el mundo informático y el Audiovisual, exigirían la presencia de organismos que unificasen competencias habiéndose de encomendarse, en consecuencia, a organismos de regulación independientes y separados de otras Administraciones reguladoras de telecomunicaciones, en general.

2.- Tipología de órganos de regulación en materia de espectro radioeléctrico.

Con este cuadro, resultaría posible diseñar- a pesar del entorno cambiante connatural al mundo de las telecomunicaciones y de su regulación- una tipología o clasificación de órganos con competencia regulatoria en materia de espectro radioeléctrico.

a) Órganos de regulación instalados en la Administración General del Estado. Tanto la planificación, como la aplicación y demás funciones subsumidas en la regulación general del espectro estarían adscritas al Gobierno o a la Administración General (Ministerio), como es el caso entre otros, de Colombia.

b) Órganos de regulación de carácter sectorial e independiente de la Administración General, como es el supuesto en el que las funciones inherentes a la regulación del espectro son atribuidas a organismos de regulación de las Telecomunicaciones. Prima en este caso la consideración del espectro en su aspecto de red o elemento infraestructural, como esencialmente vinculado a las telecomunicaciones

c) Órganos de regulación autónomos y separados tanto de la Administración General como de los organismos con competencias especiales en materia de telecomunicaciones. Sería el caso entre otros de ciertos países europeos como el reino Unido o Francia, con el ART.[30]

30.- En España la nueva ley general de telecomunicaciones de 4 de Noviembre del 2003 ha creado la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones que se constituye así en un nuevo órgano de regulación para el espectro radioeléctrico, de forma separada a la del órgano de regulación de las telecomunicaciones, (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

d) Órganos que comparten competencias en relación al espectro radioeléctrico.

Bien por el tipo de funciones en que se manifiesta la actividad reguladora general (atribuyendo algunas de ellas a la Administración Central o General, y otras, normalmente de aplicación o sancionatorias o de inspección o de control, a los organismos reguladores de telecomunicaciones), bien por la materia en que es susceptible de desdoblarse la función reguladora general sobre el espectro, (redes e infraestructuras a una Administración; contenidos en el medio audiovisual a otros organismos). Sistema éste último aplicable, entre otros, en España en donde un reparto de competencias queda establecido como consecuencias del reparto constitucional entre el Estado y las Comunidades Autonomías en materia de medios de comunicación social, que afecta a los contenidos de los servicios de difusión (art. 149.1.21 y 149.1.27 Constitución Española).

En la R. D, el actual proyecto de Regulación del Espectro Radioeléctrico en su art. 6 lo califica como recurso natural ilimitado, cuya administración, gestión y control se encomiendan al INDOTEL (art. 3).

II.- LA NUMERACION COMO RECURSO ESCASO OBJETO DE REGULACIÓN

A.- CONCEPTO Y FUNCIONALIDAD DEL RECURSO DE NUMERACIÓN EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN PARA LA COMPETENCIA.

1.- La numeración como recurso escaso.

Mediante la numeración se identifican y se encaminan las llamadas. Es en consecuencia un instrumento esencial para la operación de las redes y la prestación de los servicios. Desde el punto de vista matemático la numeración es un recurso ilimitado. Pero en su función adscrita a la operación de telecomunicaciones constituye un recurso escaso que es objeto de regulación.

2.- Circunstancias del recurso de numeración que justifican la regulación.-

La escasez del recurso de numeración se explica en función de varias circunstancias que condicionan el régimen de regulación dentro de un sistema de libre competencia, tanto en redes como en servicios:

1) El agotamiento rápido de los números disponibles a causa del aumento incesante de usuarios que demandan nuevos servicios y extienden los existentes así como por la multiplicación de agentes en el mercado.
2) La desigual disponibilidad de los números por parte de los operadores, que de hecho confiere a los recursos de numeración el carácter de una barrera de entrada o de un estrangulamiento o cuello de botella y un obstáculo al desenvolvimiento efectivo de la libre competencia y a la accesibilidad real y universal los servicios.
3) La necesidad de contar con una certeza en la disponibilidad de los números por parte de los operadores con título para prestar servicios al público, en función de los planes nacionales de numeración.

4) La desigual distribución de los números en razón a los hábitos de consumo de los usuarios (números cortos fácilmente recordables, números compuestos por los primeros dígitos, etc. disponibles para unos operadores y no para otros, en función de las características y estructuras de mercados concretos). Y que puede comportar un funcionamiento anómalo de los mercados desde el punto de vista de la competencia.

5) Garantía objetiva de interfuncionalidad de redes e interoperabilidad de servicios, en tanto que la numeración permite el trasvase de información en el manejo de las redes interconectadas (en ocasión de operaciones de acceso a redes o interconexión p.e.)

6) La eficacia en el acceso por parte de los prestadores de servicios sin red propia, lo que comporta el suministro garantizado del código de acceso para llegar al usuario final, como condición mínima de operatividad en los mercados.

7) La necesidad de asegurar el derecho de información del usuario sobre servicios y facilidades. Teniendo en cuenta que los números no sirven únicamente para la identificación de las llamadas y su encaminamiento y tránsito a través de las redes, sino que constituyen en sí mismos una valiosa información sobre el servicio, las tarifas y las condiciones en que aquél se ofrece (llamadas gratuitas, compartidas, descuentos sobre llamadas, etc.), la numeración forma parte también del derecho de los usuarios a una información amplia sobre las características generales de los servicios, como ampliamente se reconoce en los ordenamientos actuales en lo que concierne al régimen de protección del usuario.

8) La asignación y distribución de números entre operadores y usuarios en condiciones de transparencia, no discriminación, proporcionalidad y objetividad, como requisito indispensable para la efectiva competencia en los mercados y la satisfacción de los usuarios.

9) La consideración del recurso de numeración como un bien reservado indisponible para los particulares, en tanto que espacio público de numeración, cuya planificación, gestión y control se atribuye el Estado y forma parte del típico contenido de la acción reguladora para la competencia.

El espacio público de numeración es el conjunto de recursos numéricos y alfa-numéricos necesarios para la prestación de determinados servicios de telecomunicaciones. El espacio público no es demanializable pero se excluye del tráfico jurídico privado en función de esta reserva.

10) La configuración del derecho al número como especial categoría jurídica que se materializa en: derecho a la asignación equitativa de números a los operadores; derecho a la preselección y selección de operador por los usuarios y derecho de éstos a conservar el número.

11) La necesidad de determinados números que se asignan por su fácil memorización, cortedad u otras características a determinados fines de interés general o público, como pueden ser llamadas de emergencia, sanitarias, información general, etc., y que con carácter prioritario deben asignarse dentro de un instrumento de planificación adecuada.

12) La fragmentación y segmentación del espacio público de numeración que supone una organización jerárquica de los números de abonado, comenzando por la distribución en zonas por la UIT (recomendación E.164 de mayo de 1997) y prosigue en cada país por áreas geográficas, servicios y redes.

Las consecuencias que imponen estas circunstancias constituyen los elementos o puntos clave de la regulación del recurso de numeración, y en este orden deben ser señaladas:

1.- La exigencia de una gestión óptima y eficaz de los recursos de numeración, lo que significa la planificación, gestión y control a cargo de un organismo independiente de los operadores y con capacidad técnica suficiente para ello.

2.- La existencia de instrumentos de asignación de números y de preselección o selección de operador y en su caso de conservación del número que aseguren los derechos reconocidos y los principios de la regulación

En el Derecho europeo, las Directivas de 28 de junio de 1990 y de 16 de enero de 1996 obligan a los Estados a garantizar la disponibilidad de números. La política europea sobre numeración está contenida en un documento titulado “Hacia un espacio de numeración europea. Libro verde sobre política de numeración de los servicios de telecomunicaciones en Europa”. COM (96) 590. Por lo general, la política de la Comisión europea ha tenido como objetivo la armonización de los planes de numeración y su progresiva adaptación a la competencia, implementando asimismo un espacio de numeración telefónico europeo sobre la base del código común 388.

B.- SITUACIONES JURÍDICAS A QUE DA LUGAR EL RECURSO ESCASO DE NUMERACIÓN.

Tratándose de la numeración como recurso escaso a la disposición de los operadores y de los usuarios, la problemática jurídica que implica su gestión se traduce en una serie de situaciones:

1.- Derecho a los recursos de numeración.

La serie de números puestos a disposición de los distintos operadores actuantes en el mercado no es infinita. Por ello, la gestión del espacio público de numeración debe de ser planificada previamente, según hemos visto, para optimizar el acceso y uso de los recursos numéricos y alfanuméricos. En consecuencia, existe previamente un derecho de los operadores habilitados para disponer de las series de números que conforme al sistema de planificación general deban serles adjudicados de manera que se facilite el principio esencial de todo sistema de telecomunicaciones que es la garantía de la interfuncionalidad de las redes y la interoperabilidd de los servicios.

Estos derechos se materializan en base al reparto, atribución y adjudicación del espacio público de numeración el cual contiene los principios, criterios y prioridades conforme a los cuales ha de gestionarse, el calendario establecido, la normativa aplicable, el plan de marcación, el rango de numeración geográfica, el rango de numeración para servicios de comunicaciones móviles, servicios de numeración personal, servicios de inteligencia de red y números cortos.

El plan cumple con el objetivo esperado de proporcionar certeza y seguridad jurídica a los operadores actuantes, dentro del esquema flexible que se impone al regulador en la aplicación y modificación del sistema general de numeración.

El derecho a la numeración por parte de los operadores tiene su contrapartida en una serie de obligaciones entre las que cuenta fundamentalmente la de ofrecer información actualizada al órgano regulador sobre el uso que se hace de los recursos públicos de numeración.

Por lo demás, y partiendo de la base de que se trata de una res extra commercium cuya gestión y administración se reserva el Estado, aunque no se llegue al extremo de su demanialización, el uso por los particulares debe de ser objeto de una autorización expresa. Este uso no produce en el particular ningún derecho relacionado con la propiedad privada en cualquiera de sus manifestaciones, por lo que en principio no puede ser objeto de negocios jurídicos con terceros sobre transferencia o cesión.

En cuanto a los sujetos de este derecho a la numeración, los ordenamientos, aunque sea de forma transitoria, no atribuyen el derecho genérico a obtener los recursos públicos sino a una serie de agentes previamente determinados. Tal sería el caso de aquellas legislaciones, como la española, en que sólo en principio tienen preconstituido este derecho los operadores del servicio telefónico y los titulares de redes públicas en los procesos y mecanismos de interconexión

En lo que respecta al objeto del derecho a la numeración, y con independencia de las series de números y recursos previamente delimitados en el plan nacional de numeración, se amplía el derecho a las subasignación a través de negocios jurídicos idóneos con terceros.

Las condiciones de ejercicio de este derecho deben quedar especialmente establecidas y son las que se derivan de su carácter de bien escaso que debe ser administrado racional y óptimamente y en un marco de libre competencia efectiva, lo que implica la sujeción a los principios habituales del sistema regulatorio, tales como transparencia, igualdad en el acceso y no discriminación

2.- El derecho a la elección y selección del operador

Desde el punto de vista del usuario -y dentro de un ambiente de libre competencia- la gestión del espacio público de numeración incide directamente en su esfera de derechos en dos manifestaciones bien definidas. En primer lugar, como el consustancial derecho de elección del operador que permite la pluralidad de agentes sobre el mercado; en segundo lugar, como el derecho a la conservación y portabilidad del número ante la circunstancia de cambio de operador o cambio de servicio. Se trata de garantizar por un lado los derechos del consumidor y usuario y por otro, de establecer un régimen transparente de competencia que evite uno de los males de los servicios públicos en monopolio y de aquellos sistemas que transitan todavía hacia la libre competencia, que es el de la cautividad del usuario.

Como es sabido, la liberalización de las telecomunicaciones implica la libre elección del usuario respecto del operador. Existen dos sistemas básicos para facilitar la elección del usuario. En primer lugar, la selección de operador llamada a llamada y en segundo lugar la selección del operador previa mediante procedimientos de preselección. Tanto uno como otro sistema son estructurados en base a dos principios esenciales:

1) El de acceso abierto

2) El acceso igualitario y no discriminatorio a los códigos numéricos que les permitirán ser seleccionados por los usuarios.

Expuesto en sus líneas generales, este sistema puede inducir a la engañosa impresión de su facilidad, cuando la realidad es más dura en tanto que supone una serie de dificultades de adaptación de los operadores establecidos que tienen que ser conjugadas por el órgano de regulación. Las obligaciones que para los operadores dimanan de la necesidad de adaptar sistemas de preselección o de selección llamada a llamada son asimismo diferentes en función de: a) el carácter del operador que sea dominante o no; b) la fase de transición efectiva a la libre competencia; c) la estructura de costes establecida; d) la incorporación de determinados servicios al sistema general, (como por ejemplo servicios móviles).

En el procedimiento de selección de operador llamada a llamada, los usuarios eligen el operador mediante la marcación de un código de selección o prefijo que se antepone al resto de la marcación. Ello supone el denominado sistema de ***multicarrier*** discado y por el cual la elección del usuario se hace a través de cualquier terminal únicamente teniendo en cuenta los distintos códigos de operadores de larga distancia o incluso, en fases avanzadas de implementación del sistema, del servicio local.

El segundo sistema o procedimiento significa que el usuario selecciona al operador de una manera previa y permanente, es decir para todas las llamadas cursadas sin necesidad de marcar un código o prefijo para cada llamada. Por ser menos costosa esta operación en principio es la que prevalece en los regímenes de transición y no cabe duda que presenta evidentes ventajas de tipo técnico y estructural sobre el primero de los procedimientos expuestos. El sistema de adaptación en el operador también resulta más fácil y se puede establecer una compensación económica global y por una sola vez para el cambio de sistema.

3.- Conservación del numero telefónico

Con independencia de la función asignada a la numeración y que básicamente se puede sintetizar en la identificación del usuario y de la llamada, señalización y enrutamiento de la comunicación, selección de las redes y disposición de las mismas hasta el usuario final, desde el punto de vista del usuario, el número asignado es el objeto de un derecho especial y con ciertas características que se cifran básicamente en la conservación del mismo o principio de portabilidad numérica.

Partiendo asimismo de la base de que la asignación de recursos públicos de numeración no constituyen derechos o intereses patrimoniales tanto de los operadores como finalmente de los usuarios, y persistiendo en todo momento su característica esencial como ***res communis omnium***, ello significa al propio tiempo que preexiste un derecho a su conservación dentro de los limites técnicos admisibles.

En el **Libro Verde sobre una política de numeración de los servicios de comunicación en Europa**. C.O.M (96) 590 final, de 20 de noviembre de 1996 se presentan varias clases de portabilidad:

- Cambio de operador sin cambiar de número: un usuario deja de recibir los servicios de un operador dado y pasa a recibirlos de otro;
- Cambio de domicilio conservando el número en caso de comunicaciones fijas
- Intercambiabilidad entre operadores cuando se recibe un mismo servicio

La operación de adaptación de los sistemas de los operadores para hacer frente a los derechos del usuario sobre el número implica una compleja transformación y modernización de las redes como asimismo la elaboración y mantenimiento de una amplia base de datos para el intercambio de información entre operadores. En todo caso, las leyes generales de telecomunicaciones y los reglamentos de desarrollo conciben correlativamente como una obligación de los operadores la de acceder a la conservación del número cuando no haya modificación de servicio ni de ubicación física en el caso de la numeración geográfica y que no haya modificación de servicio en el caso de servicios de inteligencia de red.

Por lo demás, el sistema de reconocimiento del derecho a la portabilidad numérica implica una serie de operaciones de carácter técnico, una serie de operaciones de distribución de costos y compensaciones de tipo económico y finalmente un procedimiento que se inicia con la solicitud del usuario y la vigilancia y supervisión general del órgano de regulación para hacer efectivo dicho derecho y la obligación subsiguiente del operador.

C.- LA CUESTIÓN EN EL DERECHO DOMINICANO

Sobre los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones pesa la obligación, en un principio recayendo sobre el servicio telefónico local y de forma paulatina, de procurar un meca-

nismo de acceso e identificación automática del número telefónico del cliente, que permita al usuario seleccionar los servicios de larga distancia nacional e internacional del prestador de su preferencia. El principio de derecho del usuario a seleccionar el operador queda así formulado, si bien con importantes modulaciones: implantación del sistema de forma paulatina; no identificación de los procedimientos concretos por los cuáles ha de hacerse efectivo este derecho del usuario: indefinición en cuanto a la forma de aplicación de las normas, sus plazos y evolución que serán establecidos mediante los reglamentos pertinentes por el órgano regulador.

El principio de acceso igual se pondrá en vigor siguiendo las normas técnicas adoptadas por los países de la zona mundial de numeración uno. El acceso a otros prestadores diferentes a los que ofrece el servicio local se hará marcando el mismo número de dígitos para identificar a cualquier concesionario prestador de servicios de larga distancia. Para ello, los concesionarios prestadores del servicio telefónico local deberán dar a los concesionarios prestadores de servicios de larga distancia igual clase de acceso a su red y servicios de facturación, quedando prohibido todo tipo de discriminación.

Se reconoce así el derecho a una marcación igual como prolegómeno al establecimiento verdadero de un sistema de acceso igual que se programa en la ley, previniéndose su ulterior desarrollo reglamentario. El precepto se orienta no sólo al reconocimiento y efectividad del derecho del usuario a seleccionar el operador de su preferencia en condiciones idóneas, como al principio de salvaguardia de la competencia, estableciendo idénticas obligaciones para todos los operadores en presencia. Faltaría en consecuencia desarrollar este sistema de numeración y de los derechos que en sí mismo conlleva para establecer un marco adecuado y mínimamente coherente de la gestión del recurso escaso de numeración en la RD.

El INDOTEL es el órgano encargado de la regulación del recurso de numeración y de ejercer las facultades inherentes a la Administración y control de este recurso limitado (art. 17.1 Reglamento de Interconexión).

III.- COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DE TELECOMUNICACIONES

A.- LAS RAZONES PARA LA REGULACIÓN DEL USO COMPARTIDO DE INFRAESTRUCTURAS Y DE LOS DERECHOS DE PASO INHERENTES.

1.- Las infraestructuras y los derechos de paso en el sistema de ordenación y explotación de las telecomunicaciones.

El conjunto de infraestructuras físicas a través de las cuales se instalan las redes de telecomunicaciones son de importancia capital en la prestación de los servicios y en el desempeño de las actividades propias de las telecomunicaciones. Están formadas por aquellos elementos, tales como torres, antenas, canalizaciones y demás, que permiten el diseño y establecimiento efectivo de las redes y que las soportan, en definitiva.

Para el establecimiento de las redes- tuvimos ocasión de apreciarlo en la lección correspondiente a las redes de telecomunicaciones- sus titulares tienen derecho, bajo determinadas condiciones, a la instalación de infraestructuras, lo que supone la utilización del dominio público o la obtención de derechos de paso. Por esa razón esos titulares deberán obtener, de conformidad a pro-

cedimientos preestablecidos con carácter general en el ordenamiento, los derechos de ocupación necesarios.

El establecimiento de las redes para su operación y para la prestación de los correspondientes servicios requiere la ocupación física del dominio público y privado para extender los elementos de red tanto en su aspecto fijo como por medio de radiocomunicaciones. Es algo común, como hemos visto, a las industrias de red (acueducto, energía, ferrocarriles), si bien adquiere connotaciones especiales, por sus propias características, en el caso del sector de las telecomunicaciones. La ocupación del dominio público y privado y los derechos de paso que han de ser otorgados previamente al establecimiento de las redes y de sus infraestructuras fué el primer título de intervención pública en la incipiente forma de ordenación de la explotación de los servicios y que más tarde dió lugar, como hemos tenido ocasión de apreciar, a la configuración y plena aplicación de la idea-fuerza del servicio público.

Ahora contemplamos la dimensión del derecho a extender las redes e infraestructuras y que constituye parte esencial de los derechos otorgados a los operadores. Bajo un régimen de monopolio, el derecho a ocupar el dominio público viene reconocido normalmente en los títulos de operación (concesiones o estatuto del operador personificado en el supuesto de gestión directa) y es uno más de los elementos organizativos de la prestación del servicio como tal.

En un régimen de pluralidad de redes en competencia, en principio, los derechos de paso y ocupación sobre el dominio privado estarán regidos por las reglas del mercado y por la instrumentación a través de cualquier negocio jurídico de este carácter que contemple el uso o la cesión de uso de estos elementos patrimoniales.

Parece innecesario recordar en este punto, por la indudable trascendencia que tiene, las características propias del sector y entre ellas, notablemente, la existencia o presencia de operadores instalados, que disponen de canalizaciones, cables, antenas y derechos de paso sobre el dominio público viario y sobre la propiedad privada. En principio, también esta situación de partida comporta indudables repercusiones sobre los derechos y expectativas de los nuevos entrantes en el mercado que pueden estar en una situación de precariedad frente a los operadores instalados. Aludimos pues ahora a la configuración de los derechos a la instalación de infraestructuras y a los derechos de paso como cuellos de botella o barreras para los operadores diferentes de los establecidos. Vendrían a ser instalaciones esenciales en el sentido de fuertes dispositivos para la entrada y para el desenvolvimiento dentro del mercado de otros operadores. El derecho de la regulación económica para la competencia ha de arbitrar las soluciones necesarias para que este control de las instalaciones esenciales, en cuya categoría entran a formar parte, con toda evidencia, las infraestructuras existentes y los derechos de paso inherentes, no menoscabe la plena capacidad de los operadores habilitados.

Se trata en suma de una nueva categoría de recurso escaso que será preciso administrar y gestionar de forma equitativa, no distorsionante de la libre competencia, y de manera óptima.

Principio general de la actuación de las autoridades en relación a la concesión de los derechos de paso e infraestructuras necesarios al tendido y explotación de las redes de telecomunicaciones en régimen de pluralidad de operadores en competencia, es el de la no discriminación" de forma que los Estados no discriminarán entre suministradores de redes públicas de telecomunicaciones por lo que se refiere a la concesión de servidumbres de paso para el suministro e dichas redes" (Art. 4 5. Directiva Europea 96 19 CE).

Cabe entender sin embargo este derecho a la ocupación del terreno por donde discurren las infraestructuras de las redes propiamente dichas de telecomunicaciones, más como un privilegio concedido en contrapartida a la prestación de servicios públicos a través de las redes de TC, que

como un auténtico derecho de los operadores en régimen de libre y efectiva competencia. Así lo hace la legislación española, singularmente en el Reglamento de ejecución de la LGT, que reduce el beneficio de los operadores de redes en este sentido a aquellos que asuman obligaciones de servicio público.[31]

En cierta medida cabría asimismo entender que en un régimen de libre mercado, correspondería a los titulares de redes que precisan de la ocupación del dominio privado la adquisición de este derecho mediante compra o titulo jurídico similar. Y que solo es asumible la presencia de privilegios o actuaciones al margen del mercado por procedimientos exorbitantes o de derecho público, en contrapartida de las obligaciones de servicio público.

Sin embargo, lo cierto es que ni en el mejor de los casos el mercado puede satisfacer a cabalidad estas exigencias, ni tampoco serviría este mecanismo en la asignación de recursos para el acceso al dominio público o la preservación del medio ambiente o la ordenación del territorio, como conceptos ligados al interés general en su más amplia expresión.

Es por ello que tanto el régimen de la ocupación como el de la compartición de estas infraestructuras o de derechos sea objeto de regulación específica en cuanto comporta: reglamentación de contenidos del derecho, procedimientos preestablecidos, principios que aseguran la salvaguardia de los elementos vertebrales del sistema de regulación y por último atribución de potestades al órgano regulador para controlar y supervisar los procesos de otorgamiento de los derechos y dirimiendo los conflictos que puedan sobrevenir entre los diferentes operadores en liza.

B.- LOS PUNTOS DE INTERÉS REGULATORIO.

Las infraestructuras viarias y los derechos asociados constituyen un objeto destacable en el panorama de la regulación económica para la competencia en tanto que:

- Por su especial disposición constituyen recursos escasos en tanto que no disponibles para todos, lo que exige su uso racional y óptimo por todos los operadores de telecomunicaciones habilitados.
- Por su titularidad, que afecta normalmente a uno de los operadores, pueden considerarse como instalaciones esenciales o cuellos de botella, que exigen una regulación efectiva en orden a preservar la libre y efectiva competencia entre los operadores.
- Por su integración en el entorno físico y ambiental. Forman parte de las infraestructuras en una visión conjunta y unitaria de la ordenación del territorio y de la configuración legal del medio ambiente.
- Tanto las infraestructuras existentes como las futuras y los derechos de paso pueden incidir sobre otros bienes jurídicos dignos de atención por los ordenamientos jurídicos generales y específicos y entre los cuales cuentan la protección del medio ambiente, el respeto a la ordenación territorial, etc., como una manifestación más del carácter polivalente y multisectorial que va alcanzando la versión más actualizada del Derecho de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información. Este planteamiento obliga a considerar

31.- Un cierto carácter de sinalagma en el otorgamiento de prerrogativas de servicio público con obligaciones d servicio público, o de carácter público, ampliamente consideradas, ha estado siempre presente en la concepción y la naturaleza de estas obligaciones de servicio público en el sistema de regulación para la competencia en los derechos europeos, tras la desaparición formal de los servicios públicos en el sector de las telecomunicaciones como consecuencia de la liberalización.

dentro de la acción reguladora el aspecto atinente a la compartición de infraestructuras entre operadores, en el doble objetivo de facilitar su operatividad en el mercado de la explotación de los servicios y del mantenimiento del principio de la libre competencia ante la negativa a compartir las infraestructuras o de acceder al uso de las mismas por parte de los operadores establecidos.

- En tanto que integradas por lo general dentro del dominio público viario, son objeto de la competencia de entidades locales titulares de ese dominio público, por lo que es necesario habilitar un mecanismo de coordinación con los demás órganos con competencia en materia de telecomunicaciones.
- Forman parte del modelo de transición denominado de asimetría regulatoria por el que se protege a los nuevos entrantes, con el objeto de facilitar la libre competencia y de evitar la duplicidad de redes y acudir a procesos de expropiación o de imposición de servidumbres.

Por esas razones entre otras, el régimen de las infraestructuras ha sido objeto de atención para el mundo de la regulación y así ha sido recogido en:

- Los instrumentos internacionales, tales como la OMC en el IV Protocolo.
- La Unión Europea. El art.11 de la Directiva 97 33 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de Junio de 1997 relativa a la comunicación o instalaciones compartidas.
- Diversos ordenamientos nacionales, entre las que cabe mencionar:

  a) La legislación norteamericana en la que la FCC ha obligado a los operadores establecidos a que faciliten el emplazamiento de sus competidores en cualquier espacio disponible en toda clase de edificios d la red propia.

  b) La Ley General de Telecomunicaciones de España de 1998 estableció un régimen de compartición de infraestructuras por los operadores entrantes que ostentan un derecho frente a los operadores establecidos, en transposición de las Directivas comunitarias bajo determinadas condiciones legales y reglamentarias.[32]

C.- CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA OPERACIÓN DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS.

El acceso a, o la compartición de infraestructuras de telecomunicaciones, se diferencia netamente de la interconexión de redes. En primer lugar, porque en este supuesto contemplado las infraestructuras se definen como los elementos físicos y los derechos asociados (como derechos de paso y permisos de utilización del dominio viario por donde discurren) a través de los cuales se establecen y operan las redes propiamente dichas de telecomunicaciones. Mientras que las redes son aquellos elementos de disposición que permiten el tránsito de las señales e informaciones que dan lugar a los diferentes servicios y actividades de telecomunicaciones. En un caso estamos ante la compartición de los elementos de las infraestructuras. En el segundo, a un auténtica interconexión a través de las operaciones de carácter técnico, jurídico y económico que la individualizan como tal.

La compartición del uso de infraestructuras es figura que se diferencia netamente de la interconexión de redes públicas y del acceso a las mismas, por cuanto en uno y otro caso estamos ante

32.- En la ley 32 de 2003 la compartición de infraestructuras y de instalaciones se contiene en el Art 30, reproducido en el texto.

elementos diferentes. En el supuesto de la interconexión y en el acceso lo que se contempla es la conexión física y lógica entre redes mientras que en el supuesto ahora examinado estamos ante la compartición o coubicación de elementos físicos infraestructurales que a su vez sustentan las redes de telecomunicaciones propiamente dichas. No obstante, las condiciones de uso y compartición de estos elementos pueden tratarse conjuntamente en los convenios o acuerdos de interconexión o de acceso o bien de forma independiente, pero en todo caso bajo la tutela del ordenamiento jurídico.

1.- **Los sujetos de la compartición**. Hemos de distinguir por un lado a la autoridad encargada de dictar las resoluciones pertinentes para facilitar o proveer el uso compartido de las infraestructuras y de los derechos de paso otorgados en principio a un solo titular. Habida cuenta de la participación de diversas autoridades con competencias concurrentes (los titulares del dominio público, las autoridades competentes para la decisión sobre expropiación o sobre imposición de servidumbres sobre el dominio privado, las autoridades de medio ambiente o de ordenación del territorio, así como las autoridades específicas de regulación o las que representan a la Administración tradicional) el interés y el objetivo del ordenamiento se centra en la armonización y coordinación de los diferentes planos de decisión. Importancia singular ha de otorgarse en este papel de coordinación o de centralización de las decisiones a la autoridad reguladora específica como uno de los típicos contenidos regulatorios (en el objetivo de salvaguardar y hacer efectiva la libre competencia ante la presencia de cuellos de botella y de la necesidad de garantizar el acceso a las instalaciones esenciales).

> En España, según la LGT, corresponde al Ministerio de Fomento la posibilidad de imponer la utilización conjunta de instalaciones o de los derechos que han resultado de la ocupación del dominio público o del dominio privado mediante la expropiación forzosa o la imposición de una servidumbre de paso sobre propiedad privada.
>
> En la RD es el INDOTEL el órgano que asume competencias en materia de uso compartido de instalaciones. A tal efecto el art. 11 del Reglamento de Interconexión determina que “los equipos para la Interconexión podrán estar localizados en las instalaciones de cualquiera de las Prestadoras, de conformidad a lo que acuerden las partes. A estos efectos las Prestadoras deberán poner a disposición de otras Prestadoras el espacio físico y todos los servicios auxiliares en sus propias instalaciones que sean facilidades esenciales, en la medida que sea técnicamente factible, a titulo oneroso y en condiciones no discriminatorias. En caso de desacuerdo el INDOTEL resolverá de conformidad a lo dispuesto en la Ley”.

2.- **Los beneficiarios**. Son los titulares de redes públicas y no todos los operadores, porque se justifica únicamente en términos de compartición de elemntos de infraestructura de red.

3.- **El objeto de la compartición**. Son los bienes objeto de los derechos de ocupación: los derechos sobre el dominio público viario o el derecho del beneficiario en una expropiación forzosa o imposición de servidumbre sobre el dominio privado.

La Ley española 32/ 2003 General de Telecomunicaciones simplifica el régimen de compartición contenido en la LGT de 1998 disponiendo su Artículo 30:

“Ubicación compartida y uso compartido de la propiedad pública o privada.

1. Las Administraciones públicas fomentarán la celebración de acuerdos voluntarios entre operadores para la ubicación compartida y el uso compartido de infraestructuras situadas en bienes de titularidad pública o privada.
2. Cuando los operadores tengan derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada y no puedan ejercitar por separado dichos derechos, por no existir alternativas por motivos justificados en razones de medio ambiente, salud pública, seguridad pública u ordenación urbana y territorial, la Administración competente en dichas materias, previo trámite de información pública, acordará la

utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes públicas de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras en que se vayan a apoyar tales redes, según resulte necesario.

3. El uso compartido se articulará mediante acuerdos entre los operadores interesados. A falta de acuerdo, las condiciones del uso compartido se establecerán, previo informe preceptivo de la citada Administración competente, mediante Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dicha resolución deberá incorporar, en su caso, los contenidos del informe emitido por la Administración competente interesada que ésta califique como esenciales para la salvaguarda de los intereses públicos cuya tutela tenga encomendados.
4. Cuando en aplicación de lo dispuesto en este artículo se imponga el uso compartido de instalaciones radioeléctricas emisoras pertenecientes a redes públicas de comunicaciones electrónicas y de ello se derive la obligación de reducir los niveles de potencia de emisión, deberán autorizarse más emplazamientos si son necesarios para garantizar la cobertura de la zona de servicio".

D.- LINEAMIENTOS PARA UN RÉGIMEN DE COMPARTICIÓN DE INFRAESTRUCTURAS Y DERECHOS DE PASO.

De una manera general, de tres maneras es posible abordar el examen de la utilización conjunta de los derechos de paso e instalaciones de telecomunicaciones:

1.- Respecto de instalaciones y derechos con proyección de futuro.

En este supuesto el ordenamiento otorga potestades a los órganos de regulación para establecer el uso compartido mediante la participación de los eventuales interesados en la compartición o uso conjunto de esos derechos e infraestructuras en los procedimientos de obtención de los títulos que habilitan la ocupación o posesión del dominio público o privado, bien en la vía de la expropiación forzosa o la imposición de servidumbres, bien en los procedimientos para la utilización del dominio público viario.

Nótese que no solamente por fines exclusivamente regulatorios (la igualdad en el acceso a las instalaciones esenciales) sino por otros motivos de carácter medioambiental, de urbanismo o de ordenación del territorio las autoridades pueden imponer la utilización conjunta de las infraestructuras y los derechos de ocupación.

La cuestión se resuelve mediante la participación, desde el inicio, en el procedimiento para otorgar los correspondientes títulos de aquellos interesados que así lo decidan. La autoridad efectúa un anuncio público para la personación de esos eventuales interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo para que ambas partes en la utilización conjunta o copartícipes del derecho de que se trata negocien las condiciones del uso compartido y especialmente el precio que ha de abonar cada uno de los participantes. Transcurrido dicho plazo si no se alcanza acuerdo alguno o éste fuere insatisfactorio o insuficiente interviene la autoridad de regulación mediante una resolución que dirime la controversia y cuyo contenido se traslada -solamente en el caso de que no tenga competencias directas sobre la expropiación o sobre la concesión demanial- al órgano titular de este derecho para que sea reproducido en la correspondiente resolución. Esta es la manera de proceder en el Derecho español.

Observamos que se trata en suma del mismo esquema o procedimiento que se sigue para la interconexión y el acceso a redes públicas o para la determinación de las resoluciones dirimentes del órgano regulador en otras materias (servicio universal, acceso condicional, etc.). Asistimos así a una reproducción del sistema negociación previa- resolución sustitutoria final dirimente del órgano de regulación que está presente en la nueva ordenación de las telecomunicaciones. El interés general subyacente invita a y persigue la negociación directa entre las partes interesadas. De

forma subsidiaria el regulador interviene, no ya en el ejercicio de una estricta función arbitral -que exigiría materia arbitrable, sujeción a la ley común de arbitraje y convenio entre partes- sino simplemente en el ejercicio de una potestad de carácter público que persigue el interés general y que se inicia con la solicitud o interés de una sola de las partes implicadas.

Los Arts. 11 y 12 del Reglamento de Interconexión de la RD establecen un régimen de compartición de infraestructuras e instalaciones muy similar al procedente para la Interconexión de Redes de Servicios Públicos. Tras la obligación general de puesta a disposición del espacio físico y de los servicios auxiliares necesarios para la coubicación de equipos, y la de compartir esas instalaciones con otras operadoras cuando las instalaciones de la requerida sean consideradas como facilidades esenciales (a tenor del art. 12.1), las partes podrán celebrar los acuerdos sobre el particular que consideren pertinentes. El INDOTEL asume competencias dirimentes en caso de conflicto conforme al procedimiento del art. 23.

Corresponde igualmente al INDOTEL la calificación como facilidad esencial de una instalación, según los parámetros retenidos en el art. 12 1 del RI (Art. 12.5). El régimen se completa con una presunción de que esas instalaciones constituyen facilidades esenciales a no ser que se pruebe lo contrario (***presunción juris tantum***).

> Art.12.1.RI." Se consideran facilidades esenciales a aquellas funciones o elementos de red que reúnan las siguientes condiciones:
>
> a) Sean suministrados exclusivamente o de manera predominante por una sola Prestadora o por un número limitado de Prestadoras;
>
> b) Cuya sustitución o duplicación con miras al suministro de un servicio no sea factible en lo económico o en lo técnico;"

Particular atención merece en el Derecho de la RD, la consideración de la obligación de compartir o proveer íntegramente, el llamado bucle de abonado o de cliente, cuando sea considerado como facilidad esencial.(según los términos de la Resolución 052-02 de 18 de Julio de 2002, que modifico los arts. 12.3, 12.4 y 12.5 del RI.)

> De conformidad al Anexo de Definiciones del Reglamento de Interconexión es "**Bucle local de cliente:** ...el enlace de conexión entre el punto terminal de la red pública conmutada, ubicado en las instalaciones del cliente de la Prestadora, y la central de conmutación local, sin incluir el acceso a las funciones de conmutación de dicha central. La facilidad consiste en el enlace propiamente dicho y en el aprovechamiento de su capacidad de transporte simultáneo de señales".

2.- Utilización conjunta de derechos e instalaciones ya existentes.

Contemplamos ahora el mismo supuesto pero respecto de derechos de ocupación otorgados en el pasado e inherentes a la operación de las redes en virtud de títulos habilitantes vigentes a la entrada en vigor de las leyes que incorporan el nuevo sistema de regulación.

En ese caso, juega plenamente el derecho de acceso y compartición de las instalaciones esenciales como posible barrera de entrada a los operadores que deseen acceder al mercado. El Poder público regulatorio se dirige a evitar la negativa del operador en posesión de esos derechos e instalaciones o la cesión de su uso en condiciones inapropiadas que supongan un abuso de posición dominante específicamente recogido en el esquema de regulación.

Las Directivas europeas y los Derechos nacionales, así como los Derechos o legislaciones generales sobre competencia, apoderan a los órganos de regulación o a los órganos de defensa gene-

ral de la competencia para que a solicitud de parte interesada procedan en esos supuestos de forma análoga a la anterior: invitación a la negociación a plazo entre partes e imposición subsidiaria del régimen de uso compartido ***(Comunicación de la Comisión europea sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones DOCE C 265/2 de 22 de Agosto de 1998).***

La naturaleza del mecanismo de regulación es también diferente en este caso. Mientras que en el supuesto de la negociación conjunta pro-futuro, que hemos examinado anteriormente, se trata de un procedimiento con acceso de los posibles interesados en la resolución final y que se culmina con una decisión que impone la cotitularidad de los derechos e instalaciones, ahora se trata más bien de un negocio jurídico de cesión de uso de un bien o derecho cuya titularidad ostenta un operador y que éste otorga a favor de otro u otros.

3.- Utilización conjunta de derechos de paso e instalación ya existentes y que pertenecen a redes alternativas.

La liberalización de las redes e infraestructuras de telecomunicaciones ha traído consigo asimismo, en su aplicación a las telecomunicaciones, la liberalización de las redes e infraestructuras de otros servicios tales como energía eléctrica, ferrocarriles, gasoductos, etc. Son las llamadas redes alternativas y que en el Derecho europeo fueron liberalizadas antes que las redes e infraestructuras de telecomunicaciones, siempre que fuesen adscritas a los servicios de telecomunicaciones ya liberalizados (fundamentalmente los servicios de valor añadido). El moderno Derecho de telecomunicaciones propicia y estimula el uso de las llamadas redes alternativas para la provisión de los servicios de telecomunicaciones. De hecho se da la circunstancia de que los grandes consorcios que se forman en los países europeos para la operación de las redes públicas incorporan esas redes alternativas de las que son titulares las compañías eléctricas o de ferrocarriles a través de formulas jurídicas diversas que van desde la participación accionarial en la estructura organizativa de la empresa de telecomunicaciones a los diversos negocios jurídicos recubiertos bajo la denominación genérica de riesgo compartido (***joint venture***), como cualquier otro negocio jurídico privado que comporte el acceso y uso de esas infraestructuras y/o redes alternativas.

Y todo ello bajo la impronta de la aplicación general del Derecho de la competencia bajo el que se puede estimar la presencia de prácticas restrictivas por la denegación injustificada del acceso al uso compartido o por el otorgamiento en forma discriminatoria en las condiciones que se establezcan y que favorezcan a operadores o prestadores de servicios vinculados a la empresa titular y cedente de ese uso en detrimento del operador u operadores de telecomunicaciones.

UNIDAD DIDÁCTICA 13
LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LAS TELECOMUNICACIONES

SUMARIO

I. ESTADO REGULADOR Y ADMINISTRACIÓN DE TELECOMUNICACIONES.

A. El marco de la regulación económica.

B. Justificación de una autoridad administrativa especializada e independiente.

C. Garantías para asegurar la independencia.
1.-Garantías estatutarias
2.-Garantías funcionales
3.-Garantías materiales.

II. ORGANIZACIÓN Y POTESTADES.

A. Organización.

1.- Estados Unidos
2.- Reino Unido
3.- Francia
4.- Alemania
5.- Italia
6.- España.

B. Potestades.

C. Limitación de la libertad de empresa Potestad dirimente.

D. Potestad sancionadora.

E. Potestad reglamentaria

F. Potestad inspectora y de obtención de información.

III. FUNCIONES Y COMPETENCIAS.

A. Funciones.

1.- El ámbito competencial funcional.
2.- El ámbito competencial material.-

B. Competencias.

1.-Otorgamiento de títulos habilitantes.
2.-Defensa de la libre competencia; en especial, la interconexión
3.- Establecimiento y control de las obligaciones de servicio público.
4.- Otras competencias.

IV. POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL.

A.-El problema de la compatibilidad con la dirección gubernamental de la Administración.

INDOTEL: Engarce constitucional.

B.-Control judicial.

V. EL ORGANO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO DOMINICANO.

A. Caracteres del órgano de regulación.

B. Sobre la naturaleza y los objetivos del órgano de regulación.

C. Las funciones del órgano de regulación

1.- Funciones normativas
2.- Funciones de aplicación del ordenamiento.
3.- Funciones arbitrales o dirimentes
4.- Funciones de control.
5.- Funciones en materia de precios y tarifas.

D. Estructura del órgano regulador

E. Recursos económicos del órgano regulador.

F. Procedimientos del órgano regulador

1. Régimen de las resoluciones
2. Participación de los interesados en los procedimientos administrativos.
3. Resoluciones provisionales y medidas cautelares.
4. Régimen de recursos

* Unidad didáctica redactada en colaboración con el Dr. Guillermo Escobar Roca.

I. ESTADO REGULADOR Y ADMINISTRACIÓN DE TELECOMUNICACIONES

A. EL MARCO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA[33]

El proceso de liberalización del sector de las telecomunicaciones, con el consiguiente fin de la concepción tradicional o formal del servicio público, impone una transformación del papel del Estado. La intervención directa de éste se reduce radicalmente, pero ello no implica que el Poder público se desentienda del sector ni que las reglas del mercado se conviertan en el único paradigma de la ordenación y de la explotación de las telecomunicaciones, tesis que se refuerza en aquellos sistemas constitucionales que imponen una actuación positiva de los poderes públicos en la actividad económica, derivada del principio del Estado social (en España, Arts. 1.1 y 9.2 CE). Entre otras razones, la necesidad de garantizar una competencia que distará mucho de ser perfecta durante bastantes años, la persistencia de los fines del servicio público, entendido en sentido material y los intereses de los usuarios justifican sobradamente la presencia activa del Estado en el sector.

El papel del Estado está condicionado por cuatro caracteres esenciales del nuevo modelo de regulación, que enunciamos a continuación.

1. Pluralidad de sujetos

Frente al modelo anterior, en el régimen actual impera la pluralidad, manifestada en la presencia de una diversidad de explotadores de redes y de proveedores de servicios, del más variado signo.

Sin embargo, estos nuevos operadores no se encuentran en una posición de igualdad real en el mercado y no siempre resulta fácil acceder al mismo. Esta circunstancia se debe a la permanencia del antiguo monopolista, ahora denominado operador dominante, que se encuentra en una situación evidente de privilegio. Todo ello justifica la creación de un estatuto especial del operador dominante, que habilita al poder público para imponerle específicas limitaciones, cargas y controles.

En general, la variada gama de relaciones jurídicas, en su mayoría de nuevo cuño, que se establecen entre los distintos agentes se rige por el Derecho privado y por una de sus reglas básicas, el principio de autonomía de la voluntad. No obstante, la presencia del interés público en el sector, ya mencionada, permite la introducción de potestades públicas, que condicionan de manera importante dicho principio. La modulación del Derecho privado es de tal naturaleza que llega a hablarse de relaciones jurídicas triangulares, en las que la Administración establece contenidos reguladores en el ámbito de las relaciones privadas y resuelve las eventuales controversias surgidas en el conjunto de relaciones jurídicas establecidas entre los agentes del sector.

2. Derecho cambiante

El ordenamiento de las telecomunicaciones está sujeto -ya tuvimos ocasión de apreciarlo (UD 5)- a permanente mutación, y ello por diversos motivos: su obvia dependencia de la evolución tecnológica, la necesidad de dar respuesta a necesidades que surgen y se transforman continuamente y, sobre todo, la propia naturaleza de los dos principales objetivos que se persiguen: la competencia efectiva entre los agentes del sector y la garantía de las obligaciones del nuevo servicio público.

33.- Sobre la regulación económica en telecomunicaciones, vid. más ampliamente las Unidades Didácticas 1 y 4.

En cuanto al primer objetivo, resulta claro que el ordenamiento ha de contemplar sucesivamente distintas etapas en el establecimiento y consolidación del mercado y, en consecuencia, distintos han de ser también los contenidos del Derecho correspondiente a cada una de ellas. Inicialmente el objetivo es garantizar el acceso igualitario al mercado, lo que exige un ordenamiento tuitivo, dirigido en gran medida a limitar al operador dominante. En una segunda fase, menos intervencionista, el problema es más bien mantener las reglas del mercado, asegurando su correcto funcionamiento.

Por lo que a la garantía de las obligaciones de servicio público se refiere, y en concreto a la más importante de ellas, el servicio universal, hay que señalar que es consustancial a esta categoría la mutabilidad: la determinación de lo que en cada momento sea el servicio universal estará en función de variables que implicarán y exigirán una reformulación casi constante de los objetivos, los contenidos y las técnicas para satisfacerlo y para financiarlo, distribuyendo equitativamente y para no dañar la competencia las cargas correspondientes.

3. Derecho flexible

De lo antedicho se desprende la necesidad de leyes suficientemente flexibles, permeables a los continuos cambios de circunstancias. Las leyes de telecomunicaciones se presentan así como leyes-marco, expresivas de principios y definidoras de actuación más que de contenidos concretos e inmutables. Esta circunstancia refuerza la importancia de los principios, que inspiran la actuación administrativa y sirven como marco de referencia del eventual control jurisdiccional de aquélla, como ya tuvimos ocasión de mostrar al presente las caraterísticas del nuevo Derecho de las Telecomunicaciones en la UD 5 y lo rasgos que definen el sistema de regulación (UD 4) a cuyos desarrollos remitimos expresamente.

En el plano institucional, esta característica del ordenamiento justifica una amplia potestad reglamentaria, dada la necesidad de progresiva adaptación y concreción de la legislación. Como contrapartida, se hace necesario un cierto cambio en la manera de enfocar los procedimientos administrativos para la toma de decisiones: debería exigirse una mayor participación de los interesados, todo ello con suficientes dosis de transparencia, objetividad, proporcionalidad y adecuación, para conseguir que las decisiones sean aceptadas por los sujetos a los que van destinadas.

4. Conflictividad

Debido a la indefinición o insuficiente formulación de la regla de Derecho, que no llega hasta todas las situaciones previsibles, a la presencia de elementos indeterminados en una concreta relación jurídica y al hecho innegable de los muchos y potentes intereses en juego, la existencia de controversias en la interpretación y aplicación del ordenamiento y de las relaciones jurídicas establecidas será frecuente.

En este marco esencialmente conflictivo parece inadecuado el recurso a los tribunales, y ello por dos motivos principales, fácilmente comprensibles: la falta de especialización de los integrantes del poder judicial y la lentitud y carestía del proceso. Ello implica la asunción por la Administración de tareas de resolución de conflictos, sea desde una función dirimente de carácter público, sea desde un arbitraje de Derecho privado, no distinto en esencia del propio de la legislación procesal común.

B. JUSTIFICACIÓN DE UNA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADA E INDEPENDIENTE

Ante todo debe afirmarse que la necesidad de una Administración reguladora de las telecomunicaciones parece insoslayable. Como hemos indicado, en el nuevo modelo la presencia del Estado no desaparece sino que simplemente se transforma. El desarrollo del mercado de las telecomunicaciones ha puesto de manifiesto una serie de problemas que exigen una actuación del poder público. Pues bien, suele considerarse que esta actuación ha de proceder de una Administración especializada, con amplios conocimientos sobre la legislación y el funcionamiento de un sector altamente complejo.

La primera cuestión que se plantea es la de saber si ha de crearse o no un organismo separado de la Administración tradicional (el Ministerio, en la estructura de la Administración española). En el Derecho europeo esta separación se exige únicamente para garantizar la separación entre las actividades de reglamentación y de explotación, pues la unidad de ambas implicaría actuar a la vez como juez y como parte. Es decir, estrictamente la normativa comunitaria no impone una Administración independiente más que cuando el Estado interviene en el mercado como operador, circunstancia esta más bien excepcional en el panorama europeo.

Hasta el momento, las últimas previsiones de la Unión Europea se contienen en la recientemente aprobada Directiva 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (llamada Directiva marco), en cuya Exposición de Motivos leemos lo siguiente: "*De conformidad con el principio de separación de las funciones de regulación y de explotación*, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Este requisito de independencia se entiende sin perjuicio de la autonomía institucional y de las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad".

Resulta claro, en todo caso, que la Administración tradicional cuenta con muchos inconvenientes, derivados fundamentalmente de su excesiva dependencia del poder político (principio de jerarquía). En general, razones de concentración, especialización y, sobre todo, de independencia, aconsejan la creación de una estructura administrativa específica. Por otra parte, no parece adecuado que los órganos generales de defensa de la competencia asuman estas tareas.

La nota esencial del órgano regulador de las telecomunicaciones ha de ser, por tanto, la independencia. El problema remite al de la neutralidad política en la toma de decisiones y al de la exigencia de mantener un ámbito separado que asegure la continuidad y la coherencia de las decisiones en un sector particularmente sensible a las influencias de todo tipo.

Los órganos reguladores han de ser independientes por partida doble. En primer lugar, respecto de los agentes del sector, lo que implica equidistancia entre las posibles partes en conflicto. El peligro de "captura del regulador por el regulado" es importante y han de tomarse medidas legales para evitarlo. En segundo lugar, el órgano regulador ha de estar sustraído a las instrucciones, órdenes y en general a la influencia del Gobierno o, desde una consideración más amplia, de las fuerzas políticas.

C. GARANTÍAS PARA ASEGURAR LA INDEPENDENCIA

1. Garantías estatutarias

Por lo general los órganos reguladores adoptan una composición colegiada. Normalmente sus miembros son nombrados por el poder ejecutivo. Su independencia se garantiza básicamente a través de las condiciones para el nombramiento y de las garantías frente al cese. Así por ejemplo, los mandatos de duración del cargo no suelen coincidir con los propios de quien realizó el nombramiento y las causas de revocación se encuentran legalmente tasadas.

2. Garantías funcionales

Son aquellas conducentes a asegurar el correcto funcionamiento del órgano, lo que se traduce en un conjunto de técnicas e instrumentos a disposición de aquél para el cumplimiento de sus misiones y, en general, para la aplicación continua y operativa del ordenamiento de las telecomunicaciones. Estas competencias han de quedar bien marcadas respecto de otros órganos con misiones de vigilancia, control o supervisión en ámbitos colindantes o compartidos o con competencias genéricas sobre la ordenación o vigilancia de los servicios públicos o de la libre competencia en general.

Las decisiones han de ser únicamente controlables por los tribunales, siendo la tónica dominante en el Derecho comparado la imposibilidad de recurrir contra ellas ante otro órgano administrativo. La prohibición de dirigir órdenes e instrucciones concretas a los órganos de regulación por parte de la Administración tradicional asegura también su independencia funcional.

3. Garantías materiales

Sólo con suficientes medios personales y materiales puede garantizarse en la práctica la autonomía de gestión. Según la Directiva marco, “Las autoridades nacionales de reglamentación deben disponer de todos los recursos necesarios en cuanto a personal, competencia y medios financieros para el cumplimiento de sus misiones”.

En garantía de lo anterior, la ley suele atribuir a estos órganos una auténtica autonomía presupuestaria y financiera, por afectación de ingresos a gastos y medios propios de carácter impositivo, directamente atribuidos a la gestión del órgano. En cuanto a los medios humanos suele reconocerse también amplia libertad al órgano en la organización y reclutamiento de los expertos a su servicio.

II. ORGANIZACIÓN Y POTESTADES

A. Organización

Las estructuras administrativas son relativamente variadas en el Derecho comparado, aunque en todos los sistemas la independencia del órgano se encuentra de una u otra forma garantizada. A continuación veremos algunos ejemplos.

1. Estados Unidos

La Comisión Federal de Comunicaciones **(FCC)** se compone de cinco miembros nombrados por el Presidente y ratificados por el Senado, por un período de cinco años, no coincidentes con el mandato de otros órganos electos. Son inamovibles, salvo por causas excepcionales y tasadas.

2. Reino Unido

La Oficina de Telecomunicaciones **(OFTEL)** representa uno de los raros casos de ente unipersonal. Está dirigido por el Director General de Telecomunicaciones, nombrado por el Secretario de Estado de Comercio e Industria, y su rasgo más característico es la falta de personalidad jurídica. Así, la OFTEL es más bien un conjunto de medios personales y materiales puestos a disposición del Director General para que lleve adelante las funciones encomendadas por la ley, dentro de un clima de pragmática independencia.

3. Francia

La Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones **(ART)** es un organismo colegiado, compuesto por cinco miembros, de entre los cuales tres son nombrados por el Gobierno y dos por los Presidentes del Senado y de la Asamblea. Se persigue así un reparto de los poderes de nominación entre el poder ejecutivo y, en cierta medida, el poder legislativo. Sus miembros tienen un mandato irrevocable de seis años.

4. Alemania

La Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones y del Servicio Postal **(RBTP)** es un órgano perteneciente a la Administración Federal y se encuentra adscrita al Ministerio de Economía. Está compuesta por dieciocho consejeros nombrados por el Gobierno a propuesta del Parlamento (nueve por cada Cámara). La duración de su mandato es de cuatro años. Dada el amplio número de miembros, la actuación ordinaria tiene lugar fundamentalmente a través de las llamadas Cámaras Decisionales, compuestas por un Presidente y dos consejeros, si bien en algún caso se exige la consulta al Pleno.

5. Italia

La Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones **(AGC)** se compone de dos Comisiones, la Comisión para las Infraestructuras y la Red y la Comisión para los Servicios y Productos. Cada una de ellas está formada por cuatro comisarios, dos elegidos por la Cámara de Diputados y dos por el Senado. A esos ocho miembros se suma un Presidente, nombrado por el Presidente de la República, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros y de acuerdo con el Ministro de Comunicación, oída la Comisión Parlamentaria correspondiente.

6. España

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones **(CMT)** en pleno se denomina Consejo y está formada por nueve miembros: el Presidente, el Vicepresidente y siete consejeros. Todos ellos son nombrados por el Gobierno, a propuesta del Ministro competente, entre “personas de reconocida competencia profesional relacionada con el sector de las telecomunicaciones y la regulación de los mercados”, lo que limita de alguna forma la discrecionalidad del acto de nombramiento. Además se introduce un control político del mismo, pues previamente al nombramiento el Ministro ha de comparecer ante la Comisión competente del Congreso de los Diputados “para informar sobre las personas a quienes pretende proponer”, aunque tras el debate correspondiente no sigue votación alguna. En la práctica se ha producido un cierto reparto de los puestos entre los partidos políticos, lo que aumenta la representatividad del órgano (pero también condiciona su independencia), al margen de las previsiones de la norma.

La duración del mandato de los consejeros es de seis años. Sólo pueden ser cesados por causas tasadas, lo que constituye la garantía seguramente más eficaz de su independencia. Los motivos de cese previstos por la ley son cuatro: incapacidad permanente para el ejercicio del cargo, incum-

plimiento grave de sus obligaciones, condena por delito doloso e incompatibilidad sobrevenida. El riesgo del cese arbitrario de un consejero incómodo para el Gobierno está además limitado por la exigencia de instruir un expediente contradictorio, que debe respetar las garantías propias del procedimiento sancionador.

El Presidente de la CMT se asemeja más a un ***primus inter pares*** que a un auténtico Presidente con capacidad para imponer sus decisiones a los consejeros. Sus funciones son las típicas del director de un órgano colegiado (representar al órgano, convocar, fijar el orden del día y presidir las sesiones, etc.), a las que se añaden otras específicas, de relativa importancia, tales como proponer al Consejo los objetivos anuales de la Comisión, presentar los anteproyectos de presupuestos y disponer los gastos e interpretar el Reglamento de Régimen Interior, habilitándose para ello una limitada potestad reglamentaria interna en su favor.

Las normas de funcionamiento del Consejo de la CMT se encuentran contenidas en la legislación general de procedimiento administrativo (en especial, en cuanto regulan el proceso de formación de la voluntad de los órganos colegiados) y en el citado Reglamento de Régimen Interior. En la práctica el Consejo se reúne una vez por semana, en sesiones no públicas. Un punto criticable es la previsión del Reglamento citado del "carácter reservado" de las actas de las sesiones por un período máximo de diez años, lo que evidentemente casa mal con la tendencia actual en favor de la transparencia en la actuación de los órganos reguladores.

En general, esta limitada concepción del procedimiento de toma de decisiones, presente también en otros países europeos, entra en una cierta confrontación con la más reciente política comunitaria. En efecto, según leemos en la Directiva marco, "Es importante que las autoridades nacionales de reglamentación consulten con todas las partes interesadas las decisiones propuestas y tengan en cuenta sus observaciones antes de adoptar una decisión definitiva". Esta apertura a la participación parece de difícil consecución bajo los parámetros tradicionales del procedimiento administrativo común, al menos en España.

La práctica administrativa española contrasta también, de forma notable, con el modelo norteamericano de la FCC, que comienza ya a ser exportado a otros ordenamientos. Los procedimientos ante la FCC tratan en todo momento de preservar y garantizar los principios de contradicción, publicidad, participación de los interesados y transparencia. De esta forma, cualquier decisión del organismo regulador en Estados Unidos viene precedida de un amplio debate en profundidad sobre el alcance y contenido de las decisiones a adoptar, estableciendo así un marco general participativo y transparente que asegure el funcionamiento con el mínimo de distorsiones en su aplicación práctica, propiciando en suma una aceptación previa de los interesados a los que de forma general van dirigidas.

B. Potestades

Al órgano de regulación se le atribuyen legalmente una serie de potestades administrativas, imprescindibles para el cumplimiento de sus funciones. Dejando de lado las que consisten en el otorgamiento de derechos a favor de particulares (títulos habilitantes, fundamentalmente), podemos hablar de las siguientes:

1. Limitación de la libertad de empresa

Como ya hemos señalado, la garantía del correcto funcionamiento del mercado y la preservación de otros intereses públicos impide una libertad total en la toma de decisiones por parte de las empresas del sector, sujetas ahora a importantes limitaciones y modulaciones, que afectan, en

primer lugar, al clásico principio de la autonomía de la voluntad y se concretan en intervenciones sobre la libertad general de contratación, la fijación de precios, en los casos que la ley determina y a la interpretación y el cumplimiento mismo de los contratos. El poder regulador cuenta así con competencias específicas para, por ejemplo, sustituir la voluntad de las partes ante la ausencia de acuerdos en un tiempo determinado, imponer contenidos obligatorios de un contrato, modificar los precios o concretar cláusulas contractuales genéricas.

En segundo lugar, en aplicación de la normativa vigente, el órgano regulador puede i**mponer comportamientos** específicos de las empresas, sin afectación a la estricta autonomía de la voluntad, tales como la cesación de una práctica publicitaria determinada o el pago de las cantidades requeridas para la financiación del servicio universal.

2. Potestad dirimente

Al margen de la atribución de funciones de arbitraje, en las que el órgano regulador actúa como un árbitro de Derecho común, previa la aceptación de las partes, la legislación suele reconocer también amplias potestades de resolución de conflictos, de carácter netamente público, para asegurar el cumplimiento de un deber legal y con sumisión, en su caso, al control de los tribunales contencioso-administrativos.

Esta potestad administrativa, sujeta a las reglas generales del procedimiento administrativo, no trae causa de la voluntad de las partes en la controversia, resuelve un conflicto entre agentes del sector de forma subsidiaria respecto del acuerdo entre ellos y tiene el efecto de los actos administrativos que limitan derechos o atribuyen obligaciones, por lo que gozan del privilegio de la ejecutividad. Entre las materias que suelen ser objeto de esta potestad dirimente destacan la interconexión de redes, el acceso y uso del espectro radioeléctrico, el acceso al bucle de abonado y el uso compartido de bienes de titularidad pública o privada objeto de los derechos de ocupación.

3. Potestad sancionadora

Una Administración independiente debe contar, al menos, con la potestad sancionadora necesaria para hacer cumplir sus propios reglamentos y resoluciones, pues si se hiciera depender este cumplimiento de instancias ajenas la autonomía propia del órgano quedaría muy disminuida. También razones de eficacia y coherencia de la actividad reguladora exigen esta concentración de funciones en el mismo órgano.

Las sanciones se imponen, obviamente, tras la incoación del correspondiente expediente, en el que han de respetarse, entre otros, los principios de ***non bis in idem***, contradicción y presunción de inocencia, pudiendo establecerse medidas cautelares en caso necesario. En cuanto a la determinación de las infracciones es habitual la exigencia de reserva de ley (en España, art. 25.1 CE), por lo que habrá de estarse a lo dispuesto en la legislación específica de telecomunicaciones

4. Potestad reglamentaria

Los órganos de regulación cuentan normalmente con potestad reglamentaria, que les permite ejercer su función con mayor eficacia y respeto al principio de vinculación positiva de la Administración al bloque de la legalidad. Se trata de una auténtica potestad reglamentaria, pues el producto resultante (denominado normalmente instrucciones o circulares) se dirige a una serie determinada de sujetos, no se agota con su aplicación y es objeto de públicación oficial. Su ámbito está **materialmente determinado** (p. ej en España la potestad sólo puede ejercerse para salvaguardar “la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”), de forma tal que un

reglamento que excediera del mismo resultaría contrario al ordenamiento, por vulneración del principio de competencia.

Resulta claro que los reglamentos de las autoridades de regulación están sometidos a la ley. Lo difícil es precisar el régimen de sus relaciones con los reglamentos del Gobierno y del Ministro del ramo, pues en pocos países la autoridad administrativa independiente monopoliza toda la regulación del sector. Si bien la cuestión dependerá del sistema de fuentes imperante en cada ordenamiento, puede afirmarse con carácter general que, en buena lógica, los reglamentos de los órganos reguladores se someten a los reglamentos del Gobierno (principio de jerarquía) y, por el contrario, prevalecen sobre los reglamentos del Ministerio, en este último caso siempre que respeten el ámbito material que le es propio (principio de especialidad), habida cuenta de que no suele existir una estricta relación jerárquica entre el órgano regulador y el Ministerio.

5. Potestad inspectora y de obtención de información

Con carácter instrumental, para asegurar la eficacia de otras potestades los órganos reguladores suelen contar también con potestades de inspección (no así en el caso español), entendidas en sentido amplio, lo que entre otras cosas incluye la exigencia de información a los operadores (sobre sus instalaciones, sus cuentas, sus ofertas de interconexión, sus contratos, etc.), la entrada en la sede de las empresas (no protegida por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio) y la verificación de libros y asientos contables.

En relación con esta materia la Directiva marco señala que “Las autoridades nacionales de reglamentación necesitan recabar información de los agentes del mercado para desempeñar eficazmente su cometido”, añadiéndose que “Las solicitudes de información deben ser proporcionadas y no suponer una carga excesiva para las empresas. La información recogida por las autoridades nacionales de reglamentación debe estar a disposición del público, salvo en la medida en que tenga carácter confidencial con arreglo a las normas nacionales sobre el acceso del público a la información y sujeto a las legislaciones comunitaria y nacional en materia de secreto comercial”.

III. FUNCIONES Y COMPETENCIAS

A. FUNCIONES

Las funciones de los organismos reguladores definen los objetivos o finalidades perseguidos por el órgano, que sirven de justificación de sus potestades (genéricas) y de marco de sus competencias (concretas). Asimismo, podemos entender estas funciones como instrumento de determinación del ámbito en el que juegan las competencias específicas, y ello tanto en un sentido estrictamente funcional como material.

1. El ámbito competencial funcional

Los órganos reguladores del sector tienen una función esencial, que constituye el mínimo común denominador de todos ellos: la creación y mantenimiento de un mercado nuevo, y ello en tres momentos sucesivos, a saber, en la entrada de las empresas en el mercado, en la actividad desarrollada en su seno, estableciendo las garantías necesarias para el juego efectivo de las reglas del mercado, y, por último, cuidando por que la salida del mercado se produzca también dentro de las reglas de juego del mismo.

En cuanto a la **entrada en el mercado**, dadas las peculiaridades de la implantación de nuevos operadores, el órgano regulador otorga los títulos habilitantes para operar, pero introduciendo en muchos casos requisitos y condiciones particularizadas, lo que supone un importante correctivo al criterio de entrada libre. El poder de regulación se orienta además al establecimiento de los instrumentos necesarios para que el derecho a operar redes o prestar servicios no constituya una mera declaración semántica y por ello articula toda una serie de medidas encaminadas a garantizar tanto que los entrantes gocen de una serie de condiciones de competencia efectiva como la sujeción generalizada a las obligaciones no directamente asumibles por el mercado. Ello exige imponer al operador dominante (el antiguo monopolista) una serie de obligaciones específicas.

El juego efectivo de las fuerzas del mercado exige, por su parte, la atribución a los organismos reguladores de competencias destinadas a variar el ***statu quo*** preexistente. Ello implica la posibilidad de que se modifiquen, normalmente sin indemnización, las condiciones de operación de una red o de prestación de un servicio, a veces sin más cobertura que el principio de la proporcionalidad o la justificación objetiva de la modificación y el respeto formal a la obligación de motivar el acto administrativo. Como hemos visto, todo esto se traduce en potestades administrativas en manos del órgano regulador destinadas a limitar la libertad de empresa, introduciendo especiales modulaciones al clásico principio de la autonomía de la voluntad. La discrecionalidad que estas potestades implica exige un ejercicio prudente, verdaderamente enderezado al logro del interés general y controlable en última instancia por los tribunales.

El sistema de regulación de las telecomunicaciones impone también, como excepción, la salida del mercado mediante dispositivos ajenos a la estricta lógica del mercado, en los que los organismos reguladores asumen muchas veces el protagonismo, sea para legitimar la caducidad o extinción del título por circunstancias sobrevenidas, sea por decisión propia, revocando el título por incumplimiento de las condiciones impuestas.

Por último hay que señalar que el crecimiento, en términos cualitativos y cuantitativos, del sector de las telecomunicaciones impone una inevitable apertura (limitada, en todo caso) de las funciones del órgano regulador a otros ámbitos, como viene a reconocer recientemente la Directiva marco, según la cual “Las actividades de las autoridades nacionales de reglamentación [...] *contribuyen* a la realización de políticas de alcance más general en el ámbito de la cultura, el empleo, el medio ambiente, la cohesión social y la ordenación territorial y urbana”.

2. El ámbito competencial material

Las competencias del órgano regulador se proyectan sobre un sector de la realidad económica previamente definido. La determinación de dicho ámbito material puede realizarse tanto de forma genérica, al enunciar las funciones propias del órgano como específica, al determinar sus competencias concretas.

De entrada, parece que la actividad de regulación se limita al **mercado**, ámbito en el cual por definición rige la ley de la oferta y la demanda de bienes y servicios. Parece así que quedarían fuera del ámbito competencial material de los organismos reguladores las redes y servicios de telecomunicaciones que legalmente no pudieran ser ofertados o demandados por el público. Este sería el caso, común a todos los ordenamientos, de las redes y servicios afectos a la defensa nacional.

En cuanto al concepto de telecomunicaciones puede acudirse a la normativa internacional, ya estudiada en su momento[34]. En esta definición parecen incluirse los llamados servicios telemáti-

34.- Sobre el concepto de telecomunicaciones, vid la UD 1.

cos y audiovisuales, pues en ambos evidentemente se emiten y reciben "signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones". Además, las redes que utilizan son las mismas que las propias de las telecomunicaciones estrictamente consideradas (el cable o el espacio radioeléctrico). Esta consideración de los servicios telemáticos y audiovisuales como integrantes del mercado de las telecomunicaciones se hace más patente como consecuencia del llamado fenómeno de la convergencia, basado en el despliegue tecnológico generalizado desde hace ya más de una década: como es sabido, la digitalización de las señales y el manejo indiferenciado de las mismas en multitud de aplicaciones, junto a la enorme capacidad de transmisión de información de las redes y sistemas de telecomunicaciones ha hecho romper las barreras existentes entre los diferentes agentes del sector[35].

Sin embargo, la especificidad propia del sector audiovisual, sujeto tradicionalmente a una normativa propia, dificulta todavía la unidad de regulación. En Europa subsiste la inercia, entre otros factores, de la tradicional desconfianza del Estado a la libertad de empresa en el sector, justificada en dos argumentos principales, hoy ciertamente en crisis: la escasez del espectro radioeléctrico y la especial capacidad de influencia (no sólo política) del medio audiovisual[36]. Ello hace que en muchos países el órgano regulador carezca de competencias en materia audiovisual o que tenga un limitado papel en este sector. Tal sería el caso de España, donde el Ministerio conserva la competencia para otorgar canales y frecuencias (con la excepción de la televisión por satélite) y todo lo relativo al control de los contenidos.

Por el contrario, en Italia la AGC ha asumido plenamente, conforme al modelo norteamericano de la FCC, el grueso de las competencias en materia audiovisual. La denominada Comisión para los Servicios y los Productos tiene, entre otras competencias, las de vigilar la legalidad, calidad y distribución de todos los servicios y productos; velar por el cumplimiento en radio y televisión de la normativa sobre publicidad, protección de menores, respeto a las minorías y derecho de información política, así como imponer las sanciones previstas en la Ley 223/1990. Por su parte, al Pleno del organismo regulador corresponde garantizar la aplicación de la normativa sobre el acceso a los medios e infraestructuras de comunicación, determinar la existencia de posición dominante en el sector radiotelevisivo, autorizar las transferencias de propiedad en este sector y controlar en el mismo la libre competencia, así como vigilar el cumplimiento por las sociedades concesionarias de las indicaciones de la Comisión Parlamentaria y del servicio radiotelevisivo público.

B. COMPETENCIAS

Las competencias concretas de los organismos reguladores son relativamente variadas. Podemos hablar de tres principales, a las que añadiremos una relación de otras posibles, que meramente serán enunciadas.

1. Otorgamiento de títulos habilitantes

En concreción de la función de control del correcto acceso al mercado los organismos reguladores tienen normalmente atribuida la competencia para otorgar los títulos correspondientes, que suelen ser de dos tipos: unos de naturaleza reglada y automática otros de naturaleza básicamente reglada, pero con algunos elementos de discrecionalidad, que permiten modular en parte el contenido del título correspondiente (autorizaciones generales y licencias individuales, respectivamente, en el Derecho español, en trance ya de modificación)[37].

35.- Sobre el fenómeno de la convergencia, vid. UD 1 y 4
36.- Vid. UD 16.
37.- Sobre los títulos habilitantes en telecomunicaciones, vid. UD 9.

La regla general sobre el otorgamiento es que el órgano regulador se limita a la simple verificación de los requisitos y las condiciones establecidos legal y reglamentariamente, evitando el menoscabo de la efectiva entrada de los operadores en el mercado, que es, como sabemos, uno de los pilares fundamentales del esquema de regulación. No se olvide además que la libertad de empresa, considerada de carácter fundamental (en España, Art. 38 CE), incluye el derecho a iniciar la actividad empresarial, lo que sólo puede verse limitado mediante ley y con adecuada justificación constitucional.

Sólo una excepción debería ser admitida a este esquema general: que no haya títulos para todos, lo cual sucederá en presencia de recursos escasos o cuando las propias condiciones y desarrollo del mercado limiten el libre acceso de forma natural. La función de regulación en este punto ha de ser la propia de una Administración imparcial y neutral en el reparto de ese recurso escaso que tiene en su poder, para favorecer la igualdad entre los aspirantes, reconocida también constitucionalmente con carácter general (en España, art. 14 CE). En relación con este punto la Directiva marco señala que “Para que todas las empresas puedan competir en el sector [...] resulta esencial que el acceso a los recursos de numeración se base en criterios transparentes, objetivos y no discriminatorios”, añadiéndose que “Todos los elementos de loa planes nacionales de numeración deben ser gestionados por las autoridades nacionales de reglamentación”.

Debe recordarse, por último, que en algunos ordenamientos el otorgamiento de títulos en estos casos se encuentra sustraído al órgano regulador, lo que creemos difícilmente justificable. Este sería el caso español (y, aún con mayor amplitud, el caso francés), donde el Ministerio otorga los títulos en caso de “limitación del número de licencias individuales” (telefonía móvil, radio y televisión por ondas hertzianas, fundamentalmente).

2. Defensa de la libre competencia; en especial, la interconexión

Como ya hemos señalado, la defensa de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones es el contenido esencial de la actuación de todos los organismos reguladores. Esta finalidad central del órgano se traduce en una variada gama de competencias sobre materias concretas, distintas en su concreción en cada país, y que aquí apenas podemos enunciar[38].

Recientemente la Directiva marco ha realizado una enumeración de estas competencias, entre las que destacan las cuatro siguientes: velar por que los usuarios obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad; velar por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector; promover una inversión eficiente en materia de infraestructuras, fomentando la innovación y promover un uso eficiente de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.

Conviene detenerse brevemente en la acción reguladora en materia de **interconexión**, seguramente la clave de bóveda de todo el sistema. Aquí el órgano de regulación puede hacer uso de distintas técnicas, tales como:

- La aprobación de reglamentos específicos de interconexión, que concretan la normativa general, normalmente redactada por el Ministerio. Por ejemplo, en España la CMT ha dictado reglamentos sobre preselección y preasignación, modificados ya en tres ocasiones, pese al escaso tiempo transcurrido desde la creación del órgano, en un ejemplo más de la naturaleza cambiante del moderno Derecho de las telecomunicaciones.

38.- Cada una de las materias se estudia en las UD correspondientes a los diversos objetos sobre la que se ejerced la acción reguladora.

- La actuación mediante órdenes u actos concretos individualizados para iniciar o proseguir las negociaciones en pro de la suscripción de acuerdos de interconexión, imponiendo los plazos y las medidas perentorias necesarias para garantizar la obligación general impuesta por el ordenamiento.
- La resolución dirimente de los conflictos que pueden sobrevenir como consecuencia de la interconexión, especialmente mediante el ejercicio de una típica potestad administrativa en la que el órgano dispone de amplias facultades, tanto para la consecución o garantía de la obligación de negociar como para fijar los elementos del acuerdo sobre los que no se ha alcanzado la conformidad de las partes.
- Actuaciones encaminadas a hacer efectiva la obligación a cargo del operador dominante de establecer ofertas de interconexión, vigilando su contenido. Problemas subyacentes a dichas actuaciones serían los derivados de la fuerza vinculante de estas ofertas y la posibilidad de que integren acuerdos de interconexión o resoluciones administrativas sustitutivas de éstos.

En otro orden de cosas, uno de los problemas que plantea el ejercicio de todas las competencias del órgano regulador relacionadas con la libre competencia es la intromisión en las funciones propias de los órganos generales en la materia (en España, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia, ambos de carácter administrativo pero sin la independencia propia de la CMT). La mayor parte de la doctrina considera preferible la dualidad de órganos, que se justifica en la mayor especialización, concentración, celeridad e independencia del órgano regulador específico del sector. En todo caso, los supuestos de colisión serán inevitables, lo que sólo puede corregirse, obviamente, a partir de un adecuado deslinde normativo de las competencias de cada órgano.

3. Establecimiento y control de las obligaciones de servicio público

Un aspecto fundamental del nuevo modelo de regulación es el relativo al marco para establecer, desarrollar, ejecutar y financiar una serie de obligaciones a cargo de los distintos operadores de redes y servicios, destinadas a satisfacer necesidades de interés general no satisfechas o insuficientemente satisfechas por el mercado. Se trata de la idea del servicio universal o, más ampliamente, del "nuevo" servicio público (material) de las telecomunicaciones, que se traduce en la imposición de prestaciones concretas a satisfacer por los operadores con sujeción a los principios de no discriminación, no alteración de las condiciones de actuación en el mercado e igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas[39].

El contenido mínimo de la acción reguladora en esta materia, normalmente en manos de los órganos sectoriales, comporta las siguientes tareas estatales:

- Definición concreta del servicio universal, con declaración de los distintos servicios y prestaciones incluidos en el mismo. Dado su carácter esencialmente cambiante el órgano regulador deberá tener en consideración una variada serie de parámetros.
- Establecimiento del régimen del servicio y de las condiciones de su prestación, cobertura y calidad.
- Determinación del sujeto o sujetos que han de llevar a cabo la prestación del servicio universal y de las demás obligaciones de servicio público, dentro de un área determinada o en relación a determinados colectivos de usuarios o ciudadanos.

39.- Sobre el servicio público de las telecomunicaciones y su evolución vid UD 3 y 4.

- Establecimiento del sistema de financiación del servicio universal y de los demás servicios públicos de telecomunicaciones de carácter obligatorio.

En cuanto al control particularizado de las obligaciones establecidas de servicio público (competencia no siempre atribuida a los organismos de regulación) habrá de atenderse muchas veces a la normativa general sobre contratación administrativa. Se advierte aquí en muchos ordenamientos un déficit de regulación, pues dicha normativa general (concebida normalmente bajo el esquema del servicio público tradicional o formal) no siempre resulta aplicable sin distorsiones a las peculiaridades propias del sector de las telecomunicaciones.

4. Otras competencias

Como competencias complementarias de las anteriores, no siempre presentes en cada modelo concreto, pueden citarse el **asesoramiento** y la protección de los usuarios. El primero sirve preferentemente al poder ejecutivo, dada la alta especialización de los miembros del órgano regulador, de forma complementaria al asesoramiento prestado por los técnicos y asesores de *staff* propios del Ministerio competente. En algún caso la legislación exige la emisión de Informe preceptivo del órgano, normalmente no vinculante, que se configura como un elemento reglado del acto administrativo a adoptar por otras instancias y que cumple una función indirecta de control de su adecuación y legalidad.

En cuanto a la **protección de los usuarios**, objetivo último de todo el modelo de regulación, resulta menos frecuente que los órganos especializados asuman las competencias correspondientes, muchas veces encomendadas a los órganos generales de defensa de los consumidores y usuarios. Conviene advertir, siquiera de pasada, que esta realidad deriva de un cierto déficit, especialmente presente en España, de la legislación sobre la materia[40].

IV. POSICIÓN CONSTITUCIONAL Y CONTROL

A. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD CON LA DIRECCIÓN GUBERNAMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Como ya sabemos, en mayor o menor medida, los órganos de regulación cuentan con un estatuto de independencia, manifestado en una serie de técnicas, entre las que es habitual encontrar las siguientes: la no revisión en vía administrativa de sus actos (recurribles directamente ante los tribunales), la autonomía presupuestaria y, sobre todo, la irrevocabilidad de sus miembros, que sólo pueden ser cesados por causas tasadas, cercanas a las propias de un expediente sancionador. Además, directa o indirectamente, suele prohibirse que el Ministerio o el Gobierno dirijan a sus miembros órdenes o instrucciones.

La independencia aludida se traduce, entre otras cosas, en una importante elusión de la dirección que sobre la Administración ejerce el Gobierno. En muchos sistemas constitucionales ello implica, al menos en apariencia, una vulneración de las competencias propias del ejecutivo, implícita-

40.- Sobre la protección de los usuarios de telecomunicaciones, vid.UD 6.

mente derivadas de la legitimación democrática que le es propia. Por ejemplo, según el artículo 97 CE "El Gobierno dirige [...] la Administración", y en similares términos se expresan los artículos 20 de la Constitución francesa y 95 de la Constitución italiana.

A juicio de la mayor parte de la doctrina la independencia (relativa, en todo caso) de los organismos de regulación con respecto al Gobierno se encuentra constitucionalmente justificada, y ello desde un doble argumento:

a) El mandato de objetividad de la Administración en su servicio a los intereses generales presta un primer fundamento a esta independencia. Cierto es que este mandato se impone por igual a todos los ámbitos de la actividad administrativa, pero pueden existir sectores (y el de las telecomunicaciones parece uno de ellos) en los que el riesgo de subjetivismo sea mayor: en un sector tan sensible, con importante capacidad de influencia social y económica, parece lícito pensar que los partidos políticos se encontrarán tentados de conseguir del regulador decisiones no siempre respetuosas con los fines de la actuación administrativa establecidos por el legislador. Conviene recordar que las propias Constituciones marcan límites a los abusos del llamado Estado de partidos.

b) En otro orden de cosas, la independencia del órgano puede justificarse en su contribución a la mejor garantía de determinados derechos y principios constitucionales. Entre ellos destaca el carácter objetivo de la libertad de empresa, concretado en la defensa de la libre competencia (en España, implícita en el art. 38 CE, al entender de la jurisprudencia constitucional). Resulta evidente que la competencia entre las empresas de telecomunicaciones está mejor garantizada por un órgano independiente del Gobierno que por uno sometido a su dirección, ya que, aunque no existan empresas públicas en el sector, lo normal será que pervivan grupos empresariales más o menos cercanos a los intereses gubernamentales o del partido en el poder. En todo caso, unánimemente se afirma la conveniencia de que el control de las actuaciones contrarias a la competencia quede residenciado en un órgano no condicionado por la lucha partidista o por circunstancias coyunturales.

INDOTEL. ENGARCE CONSTITUCIONAL.

La Ley 153-98 ha sido objeto de anulación parcial en una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, por acción en inconstitucionalidad de fecha 9 de agosto del 2000.

Habida cuenta de la naturaleza de recurso directo de esta acción, el primitivo Art. 81.4 de la Ley ha sido declarado nulo por contrario a la Constitución y con efectividad ***erga omnes***.

La sentencia de la Suprema Corte declara nulo el referido articulo con base en la doctrina del contrario acto, mediante la cual las facultades de nombramiento de los miembros del consejo directivo de INDOTEL, y que se atribuyen al Poder Ejecutivo de la Nación implican al mismo tiempo la revocación o destitución libre de los mismos, según se reconoce en el Art. 55 inciso 1 de la Constitución de la República. El poder concedido en el nombramiento de los miembros integrantes del Consejo Directivo no está condicionado y es discrecional, según se reconoce en la ley objeto de la impugnación. Pero, correlativamente con su naturaleza y con la base del mencionado articulo de la Constitución, iguales condiciones han de ser establecidas para el acto contrario de revocación o destitución. En consecuencia es nulo el artículo de la ley que impone una suerte de inamovilidad de los miembros que constituyen el Consejo, durante un periodo de tiempo determinado. Desde el punto de vista de la Constitución y de la lógica del derecho plasmado en la doctrina del contrario acto, el fallo de la Suprema Corte es impecable.

B. CONTROL JUDICIAL

Los organismos reguladores son, a todos los efectos, Administración pública, lo que implica, como es obvio, que actúan en todo momento bajo el control de los tribunales, referido éste no sólo al cumplimiento de la legalidad en sentido estricto sino también a la coherencia entre la actuación administrativa y los fines que la justifican. Serán en consecuencia los tribunales del orden contencioso administrativo los normalmente competentes para controlar los actos dictados por los organismos reguladores, dentro de nuestros sistemas judiciales de régimen administrativo

El problema principal que plantea el control judicial de los actos de los organismos reguladores es el de su intensidad, que se manifiesta ante todo en presencia de actos de naturaleza discrecional, esto es, de aquellos en los que la Administración ha optado por una de las diversas alternativas que le permite el ordenamiento. Este supuesto será habitual, pues no existe una única forma de equilibrar las situaciones discriminatorias o un único precio máximo posible de interconexión, por poner dos ejemplos evidentes. Pues bien, las técnicas de control de la discrecionalidad administrativas son bien conocidas por la doctrina y jurisprudencia (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de la desviación de poder, mandato de objetividad de la Administración, etc.) y resultan del todo aplicables al control de los actos de los órganos reguladores.

En la práctica seguramente no se plantearán problemas de envergadura, siendo de esperar una cierta actitud judicial de autocontención, sin duda conveniente para el correcto desarrollo del mercado de las telecomunicaciones: un exagerado activismo judicial dificultaría la necesaria dinamicidad del sector y privaría al órgano regulador del razonable margen de actuación que resulta indispensable para el cumplimiento de su principal misión, la cual exige, entre otras cosas, inmediatez y eficacia. Lo normal será entonces que sólo en casos excepcionales los órganos judiciales revisen la concreta determinación que el regulador realice del interés general y no es de esperar una frecuente utilización de los parámetros de control de la discrecionalidad. La ya dilatada experiencia de la FCC estadounidense y de la OFTEL británica confirma esta impresión.

V.- EL ORGANO REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES EN EL DERECHO DOMINICANO

La Ley 153/98 crea el órgano regulador de las telecomunicaciones, cuya estructura, objetivos y funciones se rigen por la ley y por los reglamentos dictados al efecto por el propio órgano regulador.

A. CARACTERES DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN.- SE CONFIGURA CON LOS SIGUIENTES CARACTERES

Entidad estatal descentralizada, lo cual supone la naturaleza de una administración integrada en el aparato estatal con carácter de descentralización, ésto es como entidad con propios fines y dotada de autonomía en términos generales.

- *Autonomía funcional*, lo que equivale a afirmar plena capacidad para el desenvolvimiento en orden al cumplimiento de los objetivos y funciones que le asigna el ordenamiento jurídico.
- *Autonomía jurisdiccional*, en el sentido de la producción de los actos y resoluciones, sujetos a recurso jerárquico por ante el Tribunal Contencioso Administrativo, en tanto que órgano de la Administración pública integrada en el Poder Ejecutivo.

- *Autonomía financiera* con patrimonio propio, puesto que dispone de recursos económicos propios con independencia presupuestaria, sin perjuicio del destino de los excedentes al fondo de desarrollo previsto en el capítulo VII (Art. 102.2 de la Ley).
- *Autonomía jurídica* en cuanto se le dota de personalidad jurídica y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, en el cumplimiento de los mandatos previstos en la presente Ley y sus reglamentos.
- *Autonomía patrimonial* en la consideración de sus bienes, al ser inembargable según el Art. 76 de la Ley, según se compadece de su carácter de Administración pública integrada en la estructura estatal.

La autonomía tiene el carácter y el alcance determinado en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 9 de agosto del 2000, que modificó la Ley 153/98, y que examinamos en otro lugar.

Por otra parte en tanto que Administración pública que es, el órgano de regulación estará sujeto a la fiscalización y control de la Contraloría General de la República (Art. 76.3).

B. SOBRE LA NATURALEZA Y LOS OBJETIVOS DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN

El **INDOTEL** tiene los típicos objetivos de un órgano de regulación, básicamente considerados en el Art. 77 de la Ley. Según ello el órgano de regulación atiende básicamente a los dos principios vertebrales de un sistema de regulación económica para la competencia y la satisfacción del interés general de manera que "garantice la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones (b) y promover el desarrollo de las telecomunicaciones, implementando el principio del servicio universal definido por la ley (a)". Igualmente el órgano defiende y hace efectivos los derechos de los clientes, usuarios y prestadores de dichos servicios (c). "Dictando los reglamentos pertinentes, haciendo cumplir las obligaciones correspondientes a las partes y en su caso, sancionando a quienes no las cumplan, de conformidad con las disposiciones contenidas en la presente ley y sus reglamentos". Como puede apreciarse se corresponde con una de las características del sistema regulatorio, que hemos dejado señalado anteriormente, ésto es, la existencia de obligaciones ***ex lege*** que pesan sobre los agentes del sector, en cumplimentación de los objetivos generales de la ley aunque deba entenderse en el ámbito de sus estrictas competencias puesto que la Administración topa con el límite del aseguramiento de la justicia en las relaciones ***inter-privatos***.

Se trata en suma de un órgano regulador, en sentido estricto, integrado en la organización estatal, con autonomía manifestada en diversos ámbitos y que configura un ordenamiento sectorial específico para las telecomunicaciones. A mayor abundamiento, el órgano de regulación dominicano incorpora entre sus funciones y objetivos el de "velar por el uso eficiente del dominio público del espectro radioeléctrico" entrando así a formar parte de la categoría o modelo de órganos reguladores que ejercen un conjunto de potestades, a diferencia de otros ordenamientos en los que la gestión del espectro se atribuye a la Administración centralizada (España) como de aquellos otros en los cuales la específica gestión del espectro se atribuye a un órgano regulador también específico (el caso de Francia, entre otros).

C. LAS FUNCIONES DEL ÓRGANO REGULADOR

El Art. 78 de la ley contiene una larga lista de funciones, en las cuales se involucra las que lo son en sentido estricto en cuanto a actividades que debe llevar a cabo de conformidad con la ley y los reglamentos de aquellas otras que son de carácter instrumental o al servicio de las funciones propias o sustantivas. Entre ellas y muy significadamente las de "elaborar reglamentos de alcance general y dictar normas de alcance particular, dentro de las pautas de la presente ley o dirimir las controversias entre prestadores de servicios de telecomunicaciones entre si y con sus clientes y usuarios" que determinan el apartado g del Art. 78 o la de "regular aquellos servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al usuario (b del Art. 78).

Podemos así clasificar las funciones del órgano de regulación, muy en línea con lo que se espera o se predica de un órgano de regulación en su estricto sentido.

1.- **Funciones normativas**, entre las cuales cabe incluir muy significadamente la reglamentación con carácter subordinado a la Ley tanto de alcance general como de alcance particular; y la regulación de los servicios en los que la ausencia de competencia resulte perjudicial al usuario; el dictar normas técnicas que garanticen la compatibilidad técnica operativa y funcional de las redes públicas de telecomunicaciones, la calidad mínima del servicio y la interconexión de redes de conformidad a las practicas y recomendaciones internacionales (o del Art. 78) y en el mismo sentido la elaboración de especificaciones técnicas para la homologación de aparatos y sistemas de telecomunicaciones, según el apartado "p" de la Ley y que acredita una potestad reglamentaria de carácter técnico en manos del organismo de regulación.

2.- **Funciones de aplicación del ordenamiento**. Entre ellas lo relativo al régimen de títulos habilitantes (concesiones y licencias), la administración y el uso de recursos limitados tales como el dominio público radioeléctrico y las facilidades de numeración, facilidades únicas u otras similares (Art. 78, e); gestión de administración de los recursos órbita espectro, incluida la gestión de las posiciones orbitales de los satélites de telecomunicaciones con sus respectivas bandas de frecuencia (f del Art. 78); administración y gestión del uso del espectro radioeléctrico (j); imposición de sanciones ante la comisión de faltas administrativas (k).

3.- **Funciones arbitrales o dirimentes** y según ello "dirimir, de acuerdo a los principios de la presente ley y sus reglamentaciones y en resguardo del interés público los diferendos que pudieran surgir entre los prestadores de servicios de telecomunicaciones entre sí y con sus clientes o usuarios (g del Art. 78 de la Ley).

4. - **Funciones de control**.- entre las cuales se destacan el control de recursos limitados, el control del cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios y de los usuarios del espectro radioeléctrico, control del uso del espectro radioeléctrico, competencia general de inspección sobre todos los servicios instalaciones y equipos de telecomunicaciones.

5. - **Funciones en materia de precios y tarifas**.- De conformidad a la Ley 153-98 existe plena libertad para establecer los precios y tarifas de los correspondientes servicios. El INDOTEL únicamente interviene en aquellos casos en que no existe competencia leal, efectiva y sostenible. Sin embargo en algunos supuestos el INDOTEl también aparece habilitado para proponer cargos en materia de interconexión como asimismo de propuesta al Poder Ejecutivo el valor de las unidades de reserva radioeléctrica.

6.- **Funciones de administración de sus propios recursos o de los recursos de la CDT**

D.- ESTRUCTURA DEL ÓRGANO DE REGULACIÓN

El órgano regulador estará compuesto por dos Órganos: El Consejo Directivo , que será la máxima autoridad y una Dirección Ejecutiva. (Art. 80.1)

El Consejo Directivo esta compuesto por cinco miembros, nombrados por el Poder Ejecutivo, en el que se combinan los miembros procedentes del Poder Ejecutivo, como el Presidente, y el Secretario Técnico de la Presidencia, con miembros nombrados por el Poder Ejecutivo de entre los componentes de ternas elaboradas por agentes y empresas de telecomunicación (servicios finales, difusión) y un miembro elegido libremente, representante de los usuarios, a tenor de lo dispuesto en el Art. 81.1. de la Ley.

La duración de los miembros designados es de 4 años, y su nombramiento, así como su remoción y sustitución, es libre para el Presidente de la República, según lo determinó la STCS de 9 de Agosto del 2000 que declara la inconstitucionalidad del Art. 81.4 de la Ley 153-98.

La autonomía de carácter funcional, en base a una experiencia profesional acreditada, se pretende a través de la exigencia de ciertos requisitos para ser miembro del Consejo Directivo y entre los cuales de manera específica se señalan los de haberse desempeñado en control de prácticas anticompetitivas o en regulación de servicios públicos; id. en la resolución de conflictos mediante procedimientos arbitrales, administrativos o judiciales; id. economía de las empresas, preferiblemente de telecomunicaciones o en la explotación o ingeniería de redes, sistemas o servicios de telecomunicaciones.

A los requisitos para integrar el Consejo Directivo hay que añadir los impedimentos para formar parte del mismo, relativos a la edad o a situaciones claras de incompatibilidad por desempeño de cargos públicos o por situaciones de manifiesta incapacidad por quiebra y situaciones análogas o por causas propias de la inhibición y recusación de miembros del Poder judicial, en tanto en cuanto se atribuyen al órgano de regulación funciones arbitrales o dirimentes, en su sentido amplio.

Existe una división de funciones entre los siguientes órganos: el Consejo Directivo, actuando en pleno, el Presidente del Consejo Directivo y del Director Ejecutivo. Se contraponen las funciones que expresan la voluntad del órgano y que corresponden al primero como máxima autoridad, de aquellas otras que son meramente ejecutivas o representativas y que incumben al Presidente. junto a las inherentes a la convocatoria y presidencia de sesiones y la supervisión de la correcta ejecución de las resoluciones adoptadas por el Consejo Directivo.

Es de destacar el importante papel proactivo que ejerce el Presidente del INDOTEL, en la adopción de las decisiones que le configura mejor como un Presidente Ejecutivo de la entidad. Finalmente, el Director ejecutivo ejerce funciones de representación legal, de organización interna, y de aplicación de sanciones según lo establecido en la Ley y las funciones delegadas por el Consejo Directivo.

Únicamente quisiéramos hacer el comentario acerca de la posición del Presidente del Consejo Directivo, en tanto que órgano del Estado habilitado para transmitir al órgano regulador las directrices del gobierno respecto de las relaciones con otros países o con organismos internacionales en materia de telecomunicaciones, así como la elaboración de directrices respecto de medidas necesarias por motivos de seguridad, defensa nacional o emergencia. Ello sirve para configurar al Presidente como un órgano del Poder Ejecutivo integrado dentro de la estructura del órgano regulador, aunque limitado a las funciones en ese caso específicamente atribuídas por la ley.

E. RECURSOS ECONÓMICOS DEL ÓRGANO REGULADOR

Los recursos económicos del regulador tratan de asegurar la autonomía financiera y presupuestaria, en consonancia con su posición dentro de los órganos administrativos integrados en el Poder Ejecutivo.

Los recursos obedecen a distintas fuentes de financiación que pueden ser así clasificadas:

1.- **Derechos por el concepto de tasa o contribución especial**. Son los relativos al uso del dominio público radioeléctrico o las tasas por el otorgamiento de títulos habilitantes. Este tipo de recursos presenta el carácter de cierta contraprestación económica por los servicios adquiridos.

2.- **Recursos de participación en los Fondos de desarrollo de las telecomunicaciones.**

3.- **Recursos de origen presupuestario, específicamente asignados por el Gobierno Central.**

4.- **Recursos generados por su propio patrimonio.**

Debe entenderse que los recursos se conciben como numerus apertus por cuanto es posible que se obtengan por cualquier otro concepto, como establece la letra f del Art. 102.1 de la Ley como cláusula de cierre. Así, es posible que dentro de los recursos del regulador existan aquellos que provengan de donaciones u otros actos o negocios de categoría análoga.

F. PROCEDIMIENTOS DEL ÓRGANO REGULADOR.

1. Régimen de las resoluciones

De conformidad a la naturaleza propia de los procedimientos que se desarrollan en el ámbito de la actividad reguladora en su sentido más general, el título 3º de la Ley está dedicado al régimen jurídico de las resoluciones del órgano regulador. En primer lugar las resoluciones han de ser públicas (fechadas, numeradas y registradas) públicadas en un periódico de amplia circulación nacional, y motivadas, (art. 91 de la Ley).

En las resoluciones dictadas por el órgano regulador éste se guiará por unos denominados criterios de acción, recogidos en el Art. 92. Son los siguientes

a) la regla de mínima regulación y máximo funcionamiento en el mercado

b) que los efectos de sus decisiones equiparen los de una competencia leal, efectiva y sostenible, en los casos en los que ella no exista respeto del derecho de defensa de los interesados.

Como comentario de este articulo debería reflejarse que el órgano regulador, por ser un órgano integrado en la Administración pública, está sometido al principio de legalidad y en suma a los controles de discrecionalidad existentes en cada caso; asimismo el órgano regulador deberá atenerse en su actuación a los principios específicos de la regulación de las telecomunicaciones y muy concretamente a los dos principios básicos de promoción y mantenimiento de la libre competencia y de satisfacción del interés general, según se contiene en el ordenamiento sectorial. Como asimismo a los principios de continuidad, generalidad, igualdad, neutralidad y transparencia que han de informar la práctica regulatoria, por imperativo legal, y que han de servir de referencia en

el momento de ejercer el control judicial pertinente sobre las resoluciones dimanantes del órgano regulador.

La aplicación del principio de mínima regulación y de máximo funcionamiento del mercado puede ser en la práctica de difícil concreción en relación con otros principios establecidos en el ordenamiento. Una delicada labor de interpretación de los principios y de coordinación entre todos ellos deberá ser asumida en todo momento por el órgano d regulación.

2. Participación de los interesados en los procedimientos administrativos

En tanto que característica general atribuida a la actividad de regulación, la Ley 153-98 establece el principio o trámite de audiencia y consulta a los interesados, antes de dictar resoluciones de carácter general.

Se establece que los interesados puedan ser de carácter determinado (en cuyo caso habrá de citárseles expresamente en el transcurso del procedimiento) como indeterminados, y en cuyo caso el regulador ha de convocar a una audiencia pública a los posibles interesados. De forma alternativa a la audiencia pública el regulador podrá públicar en un periódico de amplia difusión nacional, la norma prevista estableciendo un plazo razonable para recibir comentarios del público, vencido el cual se dictará la norma.

No obstante, las propuestas o sugerencias vertidas en los trámites de audiencia pública o consulta con los interesados no serán vinculantes para el órgano regulador. Lo cual no impide que en cierta manera estas propuestas de resolución o sugerencias hayan de ser tenidas en cuenta por el órgano regulador que deberá motivar sus resoluciones, en todo caso, aceptando o rechazando esas propuestas

3. Resoluciones provisionales y medidas cautelares.

Bajo el mismo principio de consulta o de participación de los interesados en los procedimientos, la Ley establece la posibilidad de que el órgano regulador adopte una resolución provisional ejecutoria. Dicha resolución se publicará y estará sujeta a observaciones por 60 días calendario, plazo en que deberá tomarse una resolución definitiva. (Art. 94). La dificultad de interpretación salta a la vista desde el momento en que no resulta cómodo separar esta propuesta regulatoria provisional de aquellas otras señaladas en el artículo anterior por cuanto el supuesto contemplado: “En los casos en que sea necesario ejecutar acciones determinadas en beneficio del interés público” resulta de carácter genérico e impreciso. Cabe interpretar que precederá en todo caso el trámite de consulta y derecho de participación establecido con carácter general y solo en aquellos supuestos de carácter excepcional, en cuanto al interés público, mediante resolución debidamente motivada, el órgano regulador podrá dictar una resolución provisional.

Por otra parte, tampoco se comprende bien el hecho de que esta resolución provisional haya de ser ejecutoria, quedando en la perspectiva de una resolución definitiva. En todo caso, la resolución provisional deberá dictarse con las suficientes garantías para el supuesto de la adopción de una resolución definitiva en su día, contraria o modificatoria de la resolución provisional.

4. Régimen de recursos.

En cuanto al régimen de recursos, el régimen establecido en la Ley se corresponde con la naturaleza de organismo con autonomía funcional integrado en el Poder Ejecutivo, de forma que no dispone de recurso administrativo ante órgano de este Poder, aunque sí, por tratarse de órgano administrativo, de recurso jerárquico para ante la jurisdicción contencioso administrativa, según

dispone expresa y específicamente la ley 153.

Sólo se admite un recurso de reposición o de reconsideración en el plazo de diez días contra decisiones del Director Ejecutivo y del Consejo Directivo, los cuales deberán pronunciarse sobre el mismo en igual plazo desde su interposición (Art. 96.1).

Existe un recurso jerárquico contra las decisiones del Director Ejecutivo, para ante el Consejo Directivo. Se trata de un recurso interno entre órganos que sí tienen dentro de la estructura del organismo de regulación, una relación de jerarquía. El recurso jerárquico debe ser interpuesto simultáneamente con el recurso de reconsideración.

Por otra parte, las decisiones del Consejo Directivo, dice la Ley en su Art. 96.3 “serán objeto de recurso jerárquico ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y se entiende que por los mismos motivos tasados de impugnación recogidos en el Art. 97”.

Por lo demás, el acto administrativo dictado por el Regulador es ejecutivo y ejecutorio, salvo mandato judicial consentido que expresamente señale lo contrario (Art. 99). Cabe pensar que se trata de una anulación en forma del acto administrativo, por decisión firme de los Tribunales competentes.

Relación de sitios de Internet

www.cmt.es: Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (España).

www.fcc.gov: Comisión Federal de Comunicaciones (Estados Unidos).

www.oftel.gov.uk: Oficina de Telecomunicaciones (Reino Unido).

www.art-telecom.fr: Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (Francia).

www.regtp.de: Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones y del Servicio Postal (Alemania).

www.agcom.it: Autoridad para la Garantía de las Comunicaciones (Italia).

UNIDAD DIDÁCTICA 14
LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN.

SUMARIO

INTRODUCCION

I.- LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL SISTEMA DE REGULACION

A. Los presupuestos del ejercicio de la actividad sancionatoria de la Administración en materia de telecomunicaciones.

B. El reparto de competencias sancionatorias entre las diferentes Administraciones implicadas o con el orden penal. La vigencia del principio non bis in idem

C. Clasificación de infracciones

1.- Por razón de su contenido
2.- Infracciones en razón a los bienes jurídicos concretos objeto de protección.
3.- Por el origen de la norma o resolución en que se asienta la obligación cuya vulneración es objeto del tipo de infracción.
4.- Por la gravedad de la infracción

D. Autoría de las infracciones

E. El régimen de sanciones

II. LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

A. Consideraciones generales.

B. Clasificación de las conductas ilícitas anticompetitivas

1.-Reconocimiento en el derecho positivo.
2.-Abuso de posición dominante
3.-Conductas anticompetitivas de carácter concertado
4.-Concentración de empresas

BIBLIOGRAFIA DEL MODULO II

INTRODUCCION.

Hemos podido apreciar cómo el sistema de regulación para la competencia y el interés general significa la existencia de una serie de obligaciones, ampliamente consideradas, que pesan sobre los sujetos y agentes del sector. No existe obligación, no existe norma jurídica, en definitiva, sin la correspondiente sanción, entendida ésta como el mecanismo de restablecimiento o de reparación por la norma contravenida o violada. Es la respuesta del ordenamiento a un ilícito, que es así también básicamente considerado como una contravención a la norma y que acarrea una sanción, tanto en el orden penal, como en el administrativo o civil.

La presencia de un régimen sancionatorio en el Derecho de la regulación económica para la competencia constituye sin duda el mejor argumento para demostrar la presencia de normas, de derechos y obligaciones, que nacen, se justifican y desarrollan y aplican al margen o por encima de los mecanismos del mercado. Dentro de un esquema ideal o teórico serían las reglas del mercado las que sancionasen, dentro de su lógica específica, los comportamientos de los agentes. Pero resulta evidente que la normatividad jurídica preexiste a y condiciona toda la eventual normatividad de las reglas del mercado.

Los comportamientos ilícitos, en su más amplia consideración, que ahora tomamos, pueden quedar establecidos con relación al tipo de normas que vulneran. Así es posible distinguir un ilícito penal, de un ilícito civil o un ilícito que es sancionable mediante el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. En cada uno de estos órdenes, los bienes tutelados, el alcance de las infracciones, la naturaleza y medida de la reparación que brinda el ordenamiento son sustancialmente diferentes, aunque sean en última instancia reconducibles al sentido reparador, de una u otra manera, del Derecho.

En el sector de las telecomunicaciones- fruto paradójico del progreso- abundan los comportamientos ilícitos. Baste recordar no ya tan solo los tradicionales o clásicos comportamientos y conductas delictivas en materia de vulneración del secreto de las comunicaciones o los fraudes o daños a instalaciones, que ocuparon durante largo tiempo los Códigos penales de corte tradicional, sino la proteica realidad contraventora que se prodiga en los servicios multimedia e Internet, con nuevas conductas y problemas adyacentes en cuanto a la idoneidad de la respuesta jurídica, habida cuenta de las características esenciales de la Red de redes (Internet).

Por otra parte, el sistema de regulación para la competencia y el interés general se basa en la imposición de obligaciones, para que, como hemos tenido ocasión de apreciar ampliamente a lo largo de este Curso, funcione de forma racional y equitativa todo el sistema de comunicación y la industria que lo soporta. La presencia de una Administración, clásica o reguladora específica, con amplias facultades sancionatorias constituye uno de los elementos esenciales configuradores del sistema.

Más aún. Este nuevo Derecho que contemplamos, es por un lado específico sectorial, en cuanto que comporta normas y obligaciones propias del sector de las telecomunicaciones y de las TI; pero aborda también los comportamientos ilícitos de orden general, en tanto en cuanto las actividades reguladas estas sometidas al Derecho común y general sobre la competencia. Toda una serie de infracciones y de sanciones que son típicas y consustanciales a esta perspectiva se abren también, implicando la necesidad de contemplar, aunque sea en sus líneas esenciales, el régimen sancionatorio propio de la defensa de la libre competencia y que no son específicas del sector de las telecomunicaciones.

Por otra parte, este esquema quedaría incompleto si no tuviéramos en cuenta que la estructura de la comunicación pone en juego el ejercicio de una serie de derechos fundamentales, reconocidos en la constitución y que gozan de un plus de protección respecto de otros derechos, pues-

to que son objeto de mecanismos de eficacia propios de esta perspectiva. La dimensión constitucional- y las vías que el régimen de defensa de la Constitución vislumbra- es así insoslayable en una comprensión global del ilícito.

Distinguimos por una parte pues la actividad sancionatoria de la Administración amparada en la legislación específica sectorial, en primer lugar, y la actividad sancionatoria propia del derecho de la competencia en general, en segundo lugar.

I.- LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACION EN EL SISTEMA DE REGULACIÓN.

Consideramos como ilícito administrativo la contravención a la norma o resolución recaída en tanto que infracción o falta sometida a la potestad sancionatoria de la Administración, bien la Administración tradicional, bien la Administración específicamente reguladora. Las leyes generales de telecomunicaciones correspondientes al sistema de regulación de competencia y servicios de interés general contienen importantes títulos dedicados a la tipificación de infracciones y la articulación de un régimen de sanciones aplicables a las conductas o los comportamientos considerados ilícitos.

El sistema incorpora una amplia enumeración de posibles infracciones cometidas con ocasión de la operación de las redes y la prestación de los servicios otorgando al propio tiempo una amplia potestad de carácter sancionatorio a las Administraciones encargadas de la aplicación, supervisión y control de esas actividades. Ello es manifestación de una típica acción reguladora más, en correspondencia a la idea básica de que, con independencia o al margen de las reglas del mercado, la regulación se orienta a la producción de normas que contienen diversas obligaciones que pesan sobre los diversos agentes actuantes en el sector y cuya contravención acarrea una sanción administrativa.

Al propio tiempo, la presencia de una amplia y detallada potestad sancionatoria en manos de la Administración de regulación traduce un indisimulado apetito intervencionista en su sentido mas clásico y un más que evidente desplazamiento en la punición de las conductas ilícitas, desde la esfera penal, hacia la cada vez mas engrosada esfera de la actividad sancionatoria de la Administración. Ha de entenderse sin embargo, que esta actividad sancionatoria de la Administración de regulación confirma su carácter instrumental respecto de las potestades y atribuciones que ha recibido del ordenamiento jurídico al objeto de hacer efectivas las disposiciones del ordenamiento sectorial.

Desde esta perspectiva, son varios los problemas o cuestiones que plantea en el terreno jurídico esta actividad sancionatoria de la Administración sectorial:

En primer lugar -aunque ello no sea privativo de la potestad sancionatoria en el ámbito de las telecomunicaciones- se trata de averiguar cuáles son los presupuestos en la atribución y ejercicio de esa potestad, mostrando en qué medida difieren o deben ser asimilados a los presupuestos generales de actuación del ***jus puniendi*** del Estado.

En segundo lugar, y partiendo de la genérica habilitación para sancionar este tipo de infracciones en la Administración pública, se trata de deslindar las competencias respectivas entre los diversos órganos integrados en ella con vocación o competencia para sancionar las correspondientes infracciones que se produzcan en esta materia. Circunstancia ésta mayormente perceptible cuanto que los mismos hechos pueden llamar a la competencia de distintas Administraciones (entre la

Administración tradicional y centralizada encarnada en el poder Ejecutivo y los órganos de regulación de carácter autónomo o independientes propiamente dichos) o de Administraciones pertenecientes a distintos entes políticos – institucionales (Estado Federal o Estados Regionales y autonómicos en sus diversas manifestaciones) o de órganos investidos por el ordenamiento jurídico para la defensa de los bienes jurídicos tutelados por normas de distinto signo y contenido (reparto de competencia entre órganos para la defensa de la libre competencia en general y órganos de regulación sectorial específica, o incluso entre distintos órganos de regulación concurrentes en la calificación e los hechos constitutivos de la infracción (cuando existen varios órganos de regulación dentro de un mismo país, por ejemplo, entre órganos de regulación de telecomunicaciones y órganos reguladores en los medios audiovisuales) En tercer lugar, interesa desarrollar lo concerniente a la específica versión de la autoría respecto de las infracciones del ordenamiento sectorial y de las consecuencias que de ello se deducen en orden a la imputación de responsabilidad.

En cuarto lugar habría que considerar la tipificación de infracciones, su alcance y finalidad y su posible clasificación en orden a los efectos pretendidos. Y finalmente, examinar el régimen de sanciones correspondientes, sus clases y los criterios para su aplicación y graduación incluyendo los supuestos específicos de extinción de responsabilidad en este ámbito por caducidad o prescripción de las consecuencias del ilícito.

A.- LOS PRESUPUESTOS DEL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES.

1.- Tipificación de infracciones

Es necesario enfatizar de antemano sobre la presencia de un hecho incontestable en la configuración de la actividad sancionatoria de la Administración, y que significa la asimilación de los presupuestos de ejercicio de la misma a los presupuestos generales -en definitiva de carácter constitucional garantista- del ***jus puniendi*** del Estado, allá donde éste se manifieste. Ello supone que, salvadas las distancias y producidos los acomodos o las adaptaciones necesarias, la potestad sancionatoria de la Administración ha de enmarcarse dentro de los presupuestos de legalidad que conducen a la tipificación de las conductas constitutivas de la infracción sancionable. En este orden de ideas, un determinado tipo de infracción es exigible también en el ámbito legislativo de manera que no sea conculcado el principio garantista de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las consecuencias a ellas imputables bajo la triple manifestación de **Ley escrita, ley previa y ley cierta**. La conducta ilícita debe de estar tipificada en la ley (principio de reserva de ley, normalmente) siendo ésta anterior a la comisión infractora y con la mayor determinación posible de los elementos descriptivos de la acción. Todo ello es doctrina reiterada de los Tribunales de lo contencioso administrativo y de orden constitucional y forma parte ya del acervo de los países de nuestra cultura jurídica.

Con todo, una matización se impone, lo que en ninguna manera puede entenderse que vaya en contra del principio así formulado y que constituye una manifestación pura del principio de legalidad en la esfera de cualquier potestad sancionatoria por parte del Estado. Por su propia naturaleza –circunstancia concurrente en alto grado en un ordenamiento tan profuso y cambiante como es el de las telecomunicaciones- la predeterminación normativa de las conductas ilícitas puede no tener la misma precisión y contundencia que en el orden penal. Es frecuente, en consecuencia, que en la descripción de los elementos constitutivos de la infracción no se alcance la misma concreción, determinación y detalle que en el ámbito de la legalidad penal siendo frecuentes a su vez las remisiones a otras normas de carácter legal o reglamentario en tanto que manifestación en el

ámbito administrativo de la técnica administrativa conocida como las leyes penales en blanco o simplemente normas que completan su contenido a través de la remisión.

Otro tanto acontece con la descripción genérica de conductas o en remisión a obligaciones y deberes descritos en otro lugar del ordenamiento y que incorporan por su propio mérito una amplia facultad para la determinación y concreción en manos de la Administración actuante. Esta inconcrección no debe llevar hasta el punto de invalidar en su esencia la función delimitadora y garantista que se asigna al principio de legalidad en su versión de exigencia de la tipificación previa como presupuesto de la actuación administrativa. La presencia de conceptos jurídicos indeterminados no altera la vigencia de este principio siempre que aquellos sean determinables con criterios lógicos, técnicos y de experiencia y se definan en la ley los elementos esenciales de la configuración del tipo, bien sea por remisión o sentando las bases para la actuación administrativa correcta en este ámbito. Este es el tenor de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo en España.

2.- Culpabilidad

La conducta sancionable, siguiendo también en ello las pautas del derecho penal general, no solo ha de ser tipificada y antijurídica, sino culpable. No es admisible ya en general para el régimen administrativo sancionador la responsabilidad objetiva o sin culpa. Por el contrario, es imperativa la presencia de alguna forma de culpabilidad, dolo, culpa, o ignorancia inexcusable (STS de España de 8 de Marzo de 1993, 9 de julio de 1994 12 de julio de 1995 STS de España 76/90 de 26 de abril, 246/91 de 19 de diciembre, 270/1994, de 17 de Octubre).

3.- Garantías procesales

La misma preocupación garantista que late en la traslación de los presupuestos propios del Derecho Penal es la que se percibe también en la exigencia de las garantías procesales de los derechos de defensa y de proceso debido que son extensibles a los procedimientos sancionadores por infracción administrativa y entre los que cabe reconocer:

- Derecho de defensa e interdicción de la arbitrariedad
- Derecho a asistencia letrada
- Derecho a ser informado de la acusación
- Derecho a la presunción de inocencia con la consiguiente carga de la prueba trasladada a las administraciones actuantes
- Derecho a la prueba adecuada al fin procesal perseguido
- Derecho a una motivación en orden a permitir una tutela judicial efectiva

B.- EL REPARTO DE COMPETENCIAS SANCIONATORIAS ENTRE LAS DIFERENTES ADMINISTRACIONES IMPLICADAS O CON EL ORDEN PENAL. LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

El necesario deslinde entre las competencias de las eventuales administraciones en principio titulares de potestad sancionatoria se agrava en el orden sectorial concreto de las telecomunicaciones debido a diversas circunstancias que en todo caso es debido destacar, tales como:

a) La coexistencia de autoridades reguladoras (entre las Administraciones clásicas o tradicionales representadas por la Administración jerárquica y centralizada y las

Administraciones reguladoras independientes, hecho por lo demás relativamente frecuente en nuestros ordenamientos con la excepción, entre otros, del Derecho dominicano en el que el órgano regulador asume unitariamente toda clase de competencias en este ámbito)

b) La presencia de organismos con competencias concurrentes en razón a la separación de los ordenamientos de las telecomunicaciones y de la radio y televisión, que es una circunstancia que por diversas causas se mantiene en algunos ordenamientos europeos y latinoamericanos.

c) La presencia asimismo con competencias compartidas de diversos órdenes políticos institucionales (Estado y Regiones o Comunidades Autónomas o Estados Federales y Estados Federados)

C.- CLASIFICACIÓN DE INFRACCIONES

El abanico de infracciones suele ser amplio en los ordenamientos sectoriales en el momento presente debido en parte a la proliferación de agentes actuantes en el sector y en parte también por el desarrollo incesante de las tecnologías y de las posibilidades inherentes para incurrir en ilícitos del más amplio espectro. Todo ello se traduce en la necesidad de dar la más amplia cobertura a la prevención de ilícitos en esta esfera, engrosando ***pari passu*** el catálogo de las infracciones administrativas.

La finalidad de la tipificación de las infracciones, que normalmente se contienen en las leyes con carácter de ***numerus apertus,*** es, como decimos puramente instrumental. Se trata de hacer cumplir el conjunto de las obligaciones sustantivas que el ordenamiento en sí mismo o las resoluciones de los órganos de regulación imponen a los agentes operantes en el sector o a los sujetos que operan sin titulo habilitante. En ello se advierte una vez más la naturaleza del sistema de regulación económica orientada a la satisfacción –vía mercado prima facie- de las necesidades propias del sector a través de la imposición y deberes de carácter externo.

Son variados los criterios que se emplean en la descripción de los tipos de infracción en función de las finalidades y objetivos de cada precepto.

1.- Por razón de su contenido.

Existen tipos de infracciones dirigidos a la protección y tutela de determinados bienes jurídicos o aspectos concretos del ordenamiento general de las telecomunicaciones. En este sentido podemos distinguir:

- La protección del sistema de títulos exigibles y de su contenido con vistas a la operación de las redes o la prestación de los servicios. Los supuestos abarcan las actividades que se realizan sin título válido así como la conexión a la red de todo tipo de aparatos no homologados y el incumplimiento de las condiciones impuestas en los títulos correspondientes. Son infracciones dirigidas a la eficacia de las normas que exigen la sujeción a título de las diversas actividades y operaciones de telecomunicaciones, eliminando o evitando la clandestinidad de los servicios y actividades.
- La protección de las redes y de su normal funcionamiento evitando las interferencias perjudiciales o los daños producidos a los sistemas de telecomunicaciones en su conjunto
- La protección de los mensajes objeto de la comunicación y de los derechos fundamentales ejercidos por los autores o receptores de la misma, preservando el secreto de las comunicaciones y prohibiendo la interceptación de mensajes o su divulgación.

- El cumplimiento de obligaciones específicas propias del sistema de regulación. Nos referimos con ello en concreto a las obligaciones básicas de interconexión, de acceso, a las obligaciones de servicio público o a las relativas a la numeración y al uso de recursos escasos. Trátase aquí de sancionar las conductas ilícitas que se produzcan en estos ámbitos con independencia del ejercicio de otras potestades de ordenación en manos de los órganos de regulación.
- El cumplimiento de las especificaciones técnicas de aparatos, equipos y sistemas destinados a la conexión a las redes públicas, así como de los mecanismos para hacerlas efectivas. El bien jurídico protegido es aquí la preservación del equilibrio entre los necesarios ajustes de carácter técnico de esos aparatos y sistemas para evitar disfunciones en las redes y servicios de telecomunicaciones, impidiendo al propio tiempo conductas típicamente atentatorias a la libre competencia y a la preservación de los abusos de posición dominante con base en la exigencia de determinadas normas de tipo técnico
- El cumplimiento de las obligaciones de carácter instrumental establecidas en el ordenamiento con la finalidad de delimitar, controlar y hacer efectivas las obligaciones sustantivas. En este epígrafe se incluyen las conductas que vulneran o contravienen la obligación de suministrar información a los órganos de regulación, la falta de notificación de acuerdos y de operaciones para la prestación de servicios y actividades, el incumplimiento de los sistemas de contabilidad de costos establecidos y, en general, la falta de colaboración con la Administración reguladora en el ejercicio de sus competencias de todo tipo.
- La garantía del cumplimiento de las normas y actos dictados por la autoridad de regulación en el ejercicio de sus competencias. La exigencia que subyace a la tipificación de estas infracciones específicas es tanto más perentoria cuanto que tiende a preservar el orden de potestades atribuidas al órgano de regulación. Simplemente, este tipo de infracciones constituyen el mecanismo lógico complementario a la atribución de potestades de carácter normativo o simplemente resolutorio de la Administración sectorial. Este es el supuesto específico contenido en los números 15, 16 y 17 del Art. 79 de la Ley General de Telecomunicaciones española de 1998 y cuyo objetivo es garantizar la eficacia de los actos del órgano regulador.[41]
- Las conductas ilícitas contumaces o reiterativas mediante la tipificación de la reincidencia, por la comisión de una o más infracciones sancionadas por un plazo de tiempo determinado. En este sentido, cabe dudar si la reincidencia en sí misma constituye una infracción autónoma o por el contrario incide en la prohibición de penar dos veces los mismos hechos y que está afectada por el principio non bis in ídem. Puede apreciarse sin embargo, en buena lógica, que por la finalidad del precepto, el bien jurídico protegido y la circunstancia de que sean en este supuesto de reincidencia los mismos hechos constitutivos de la infracción que ya han sido objeto de sanción anteriormente, se podría llegar a la conclusión de que no se presentan los elementos propios de la prohibición contenida en el principio antes enunciado (identidad de hechos o fundamentos, objeto, causa y acción punitiva).

41.- Correspondiente con el actual art. 53 apartados q y r de la ley de Telecomunicaciones de 2003.

2.- Infracciones en razón a los bienes jurídicos concretos objeto de protección.

Bajo el punto de vista de los bienes jurídicos concretos que se pretende preservar a través de la tipificación de las correspondientes infracciones podemos distinguir:

- Infracciones que tienen por objeto la protección de las redes de telecomunicaciones
- Infracciones que tienen por objeto la protección del dominio público radioeléctrico.
- Idem de los aparatos equipos y sistemas
- Idem del secreto y confidencialidad de los mensajes objeto de la comunicación.
- ID. de las exigencias fundamentales del sistema de regulación (títulos habilitantes obligaciones)

3.- Por el origen de la norma o resolución en que se asienta la obligación cuya vulneración es objeto del tipo de infracción.

En ese caso se distinguen los actos y resoluciones emanados de las diferentes Administraciones con competencia en la materia y así tenemos infracciones que sancionan el incumplimiento de las resoluciones de la Administración centralizada o de las específicas Administraciones de regulación La relevancia de este distingo se acredita por cuanto es correlativa o consecuente a la atribución de competencias sancionadoras a la autoridad de la que proviene la norma o acto en cuestión en aplicación del básico principio de que la competencia sigue al fondo. Este es el supuesto de las infracciones por vulneración de los actos y resoluciones emanadas del Gobierno o de los ministros y de las resoluciones provenientes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones órgano regulador en el Derecho español.

4.- Por la gravedad de la infracción

Es el criterio más comúnmente contenido en la legislación de telecomunicaciones, de antes y de ahora: infracciones muy graves, graves y leves. Se enumeran en amplios apartados las que corresponden a una de las categorías de ilícitos declarando ex lege la mayor gravedad de la infracción en función de los fines y objetivos perseguidos por el ordenamiento.

Es de destacar que la calificación como grave o menos grave de una infracción es aquí un elemento constitutivo de los injustos tipificados y no una circunstancia modificatoria de la sanción. En el supuesto contemplado, la gravedad es elemento constitutivo del tipo y se substrae así a la posibilidad de una modulación de la sanción por parte de la Administración actuante.

Son infracciones graves aquellas que tipifican las conductas lesivas de los principios y obligaciones básicos del sistema de regulación tales como la exigencia de sujeción a título habilitante, la homologación de aparatos equipos y sistemas, las obligaciones de interconexión o acceso a las redes públicas, las obligaciones denominadas de servicio público, la lesión eventual de derechos fundamentales como secreto y preservación de la intimidad, o la calidad de los servicios.

Igualmente se contienen en la clasificación de la máxima gravedad otras obligaciones de carácter instrumental y que se consideran básicas para el funcionamiento normal de todo el sistema de regulación, tales como la separación de cuentas, el establecimiento de sistemas de contabilidad de costos, el suministro de información por parte de los agentes al órgano regulador o los requerimientos de las autoridades para el correcto ejercicio de las potestades atribuidas.

Son infracciones leves las que atentan a obligaciones de escasa entidad desde el punto de vista del daño efectuado o de la trascendencia del injusto.

La enumeración de tipos cierra normalmente con una cláusula residual con el objetivo de englobar las conductas ilícitas similares. Aunque la analogía esta erradicada como tal de los tipos a través de los cuales se ejerce la potestad punitiva del Estado, una cierta flexibilidad es concedida por la jurisprudencia y la doctrina en este punto, siempre y cuando se respeten esencialmente las denominadas circunstancias similares o por analogía de una manera efectiva.

D.- AUTORÍA DE LAS INFRACCIONES

El Derecho sancionador en materia de telecomunicaciones delimita al responsable por las conductas ilícitas tipificadas y sobre el que finalmente, en su caso, ha de recaer la correspondiente sanción. Por esa razón y habida cuenta de las concretas características del sector y de la forma de actuación de los agentes, es preciso ampliar, y así se hace en numerosos ordenamientos, el círculo de la imputabilidad incluyendo en ella tanto a los que disponen de título para la prestación de los servicios y las demás actividades que son objeto de regulación, como a los que carecen de él. Es una premisa incuestionable del régimen de regulación que salvo excepciones se hace sobre la base del principio de sujeción a título en sus variadas manifestaciones o naturaleza.

En el primer supuesto, de responsabilidad para títulohabientes, nos encontramos ante la responsabilidad por incumplimiento de las condiciones establecidas en el título y que recaen, obviamente sobre su titular.

En el segundo supuesto se contempla la comisión de hechos o comportamientos de quienes carecen de título, por lo que la tipificación de la infracción se centra en la descripción de las conductas que las personas físicas o jurídicas llevan a cabo.

Para eludir vacíos o lagunas en la determinación de la autoría responsable es preciso establecer preceptos de cierre, imputando la responsabilidad en todo caso, por ejemplo, al que tenga la disponibilidad de los equipos o instalaciones que son objeto de la conducta incriminada o a quienes realicen las actividades objeto del tipo.

Consideración especial merece la responsabilidad de las personas jurídicas, circunstancia que, si se abre progresivamente en el ámbito del derecho sancionador general, lo es mucho más en el campo de las telecomunicaciones, a causa de la participación en la comisión de los hechos tipificados incriminados de personas jurídicas en sus más variadas formas y manifestaciones.

En el Derecho español, el Art. 77 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 daba cuenta de los diferentes tipos de autoría determinando la exigencia de la responsabilidad administrativa por las infracciones de las normas reguladoras de las telecomunicaciones.[42] Esta era exigible:

42.- La nueva ley de telecomunicaciones refuerza y amplía el sistema de infracciones y sanciones, otorgando mayores potestades al órgano de regulación, como consecuencia del carácter de la regulación que se contiene como principio, en el paquete de Directivas comunitarias de 2002, del que trae causa la actual ley de telecomunicaciones en España. Se trata de la sustitución de un régimen d regulación o de establecimiento de relaciones ex ante, por otro ex post, por el que se sancionan los incumplimientos de legislación a posteriori, en lugar del control a priori que requería el régimen de autorizaciones previas a la operación de las redes y la prestación de los servicios.

a) En el caso de incumplimiento de las condiciones de un título habilitante, al titular de éste o a quien instale, haya instalado o explote la red.

b) En las cometidas con motivo de la prestación de los servicios o el establecimiento y explotación de las redes de telecomunicaciones sin el correspondiente título habilitante, a la persona física o jurídica que realice la actividad o, subsidiariamente, a la que tenga la disponibilidad de los equipos e instalaciones por cualquier título jurídico válido en derecho o careciendo de éste.

c) En las cometidas por los usuarios o por otras personas que, sin estar comprendidas en los apartados anteriores, realicen actividades reguladas en la normativa sobre telecomunicaciones, a la persona física o jurídica cuya actuación se halle tipificada por el precepto infringido o a la que las normas correspondientes atribuyen específicamente la responsabilidad.

   En el Derecho dominicano los autores o sujetos responsables de las faltas, según el art. 103, quedan reducidos a: contraventores con titulo; contraventores sin título y usuarios.

E. EL RÉGIMEN DE SANCIONES

1.- En estricta aplicación del principio de legalidad las infracciones tipificadas conllevan la aplicación de unas determinadas sanciones descritas en la Ley. Normalmente bajo la exigencia, también en este punto, de la reserva de Ley.

Varias son las cuestiones que se suscitan respecto del régimen de sanciones desde la perspectiva general del Derecho administrativo sancionador y desde la vertiente específica del Derecho de las telecomunicaciones.

2.- En primer lugar, preciso es examinar y analizar los criterios legales para la imposición de las sanciones. Por lo general, se establece en los ordenamientos un margen de apreciación en la Administración sancionadora, entre determinados límites para cada una de las categorías de infracciones (muy graves, graves o leves). Excluyendo en principio el automatismo en la imposición de sanciones, el ordenamiento adopta varios criterios para la graduación de las mismas tales como (Art. 82.3 Ley General de Telecomunicaciones española):[43]

- El beneficio logrado con la infracción
- El daño causado
- La repercusión social de las infracciones
- La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto autor de los hechos incriminados.

A estos criterios, que permiten un holgado margen de apreciación en la Administración sancionadora actuante con vistas a restablecer con exactitud y bajo el principio básico de proporcionalidad la respuesta del ordenamiento al ilícito cometido, se suelen añadir otros criterios más discutibles en su fundamentación. Tal es el caso del Derecho español en el que también intervienen como criterios de graduación de las sanciones la situación económica del infractor derivada de su patrimonio y en su caso de las cargas familiares. Del mismo modo, estos criterios de graduación se pueden aplicar con independencia o en forma acumulada con aquellos otros contenidos en las leyes generales de procedimiento administrativo sancionador (Ley 30 de 1992).

43.- Criterios que se reproducen, con ligeras variantes, más propias de redacción, en el Art. 56,2 de la LGT de 2003.

Los criterios de ponderación de la sanción otorgan, como hemos tenido ocasión de señalar, una amplia potestad, aunque no discrecional, a la autoridad sancionadora la cual deberá motivar, en todo caso, como requisito inexcusable de la debida garantía del procedimiento, la decisión recaída con base a los criterios legales para la graduación de la infracción.

El Derecho dominicano se preocupa tanto de establecer los criterios de ponderación en la imposición de las sanciones (reducidos al número de infracciones, a la reincidencia y a la alarma social, conceptos jurídicos indeterminados que habrán de determinarse en su aplicación con arreglo a los principios de proporcionalidad, adecuación etc), como del destino de los montantes recaudados por los denominados cargos por incumplimiento (Art. 110 de la ley) que nutrirán el Fondo de Desarrollo.

3.- La segunda cuestión importante que se suscita en relación al régimen de sanciones es la relativa a su clasificación. En este punto es donde se manifiesta en mayor medida la especifidad de las actividades de telecomunicaciones. La distinción básica que debemos dejar consignada a estos efectos es la que separa las sanciones directas y sustantivas de aquellas otras accesorias. Y de la misma manera, las sanciones definitivas, de aquellas otras que se adoptan en curso de procedimiento con carácter provisional o meramente cautelar.

La naturaleza y el fundamento de ambas clases de sanciones son claros. En el primer supuesto las sanciones establecidas están dirigidas a restablecer el equilibrio causado por la vulneración de la norma que el ilícito supone. En el caso de las sanciones accesorias, éstas consisten, por lo general, en la inhabilitación de las instalaciones equipos o sistemas que han sido utilizados para la comisión de las infracciones o la inhabilitación definitiva por extinción del título que amparaba la operación o prestación en la base del tipo de la infracción (revocación – sanción). Se trata de una medida pro futuro para la eliminación de los medios y dispositivos utilizados en la comisión del ilícito.

La revocación por incumplimiento de las condiciones impuestas en el título habilitante (rescisión en el supuesto de que sea la concesión el título) se configura en verdad como una consecuencia accesoria potestativamente a la sanción correspondiente a la infracción cometida. El problema radica aquí en dilucidar si nos encontramos en presencia de una sanción propia o una consecuencia directamente vinculada al incumplimiento de las condiciones establecidas en la concesión o en el título habilitante.

Sin ánimo de entrar en mayores disquisiciones, sin duda existen razones para pensar que el supuesto contemplado de revocación del título no tiene en sí mismo naturaleza sancionatoria sino que deriva de la naturaleza propia de los actos autorizatorios y que como tales llevan implícita su revocación por incumplimiento de condiciones. La calificación de la sanción como autónoma o propia o como revocación por incumplimiento, no deja de tener, como es fácilmente perceptible, profundas consecuencias en la aplicación del régimen jurídico sancionatorio. Si no ha de tener carácter de sanción no le serían aplicables las garantías y requisitos que le son propios.

De las sanciones sustantivas propias o principales deben asimismo diferenciarse las sanciones accesorias que acompañan a aquellas y que normalmente consisten en la clausura de instalaciones, el comiso de equipos o aparatos o el precintado de locales para aquellas infracciones que tipifican las actividades clandestinas o sin título hábilitante, como llevamos señalado.

Son estas sanciones, dirigidas a lograr el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada con la contravención y que con independencia de la principal que recaiga tienen por objeto la eliminación de las causas o instrumentos de la infracción cometida. Se protege así la seguridad jurídica del sistema de ordenación y explotación de las telecomunicaciones con medidas, en principio contundentes, aunque no evitan los problemas inherentes a la irreversibilidad de la sanción

y la inhabilitación pro futuro del infractor para desempeñar este tipo de actividades, lo que significaría en muchos casos una sanción realmente desproporcionada con la finalidad perseguida

En análogo orden de ideas la adopción de medidas cautelares o preventivas en curso de procedimiento con la finalidad de asegurar el objeto del mismo, tales como las habituales suspensiones provisionales del título o la clausura provisional de las instalaciones, y que normalmente se configuran como medidas adoptables para los supuestos de infracciones muy graves o graves, constituyen una medida necesaria en aquellos supuestos en que, por la índole de las actividades realizadas, es imperativo salvaguardar con toda urgencia y a reserva de la resolución final, el orden jurídico vulnerado. No obstante la claridad de este argumento, la calificación de tales medidas como meramente aseguradoras del objeto del proceso o para evitar de inmediato los daños generales al sistema de comunicaciones y no como medida sancionadora en estricto sentido, otorgaría un amplio margen de discrecionalidad en el órgano actuante que debe ser prudentemente administrado, con apoyo en todo caso del principio de proporcionalidad para evitar lesiones o daños injustificados en el patrimonio del –todavía- presunto infractor.

La ley dominicana simplifica notablemente la cuestión ya que solo entiende dos tipos de sanciones: las sustantivas (de orden pecuniario, el denominado cargo por incumplimiento) y las cautelares o precautorias, consistentes en clausura, suspensión o incautación según sea el objeto de la medida (instalaciones, concesiones o equipos y aparatos, en cuyo caso la Administración deberá solicitar el auxilio judicial).

II. LA ACTIVIDAD SANCIONATORIA EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

A. CONSIDERACIONES GENERALES.

La competencia es una consecuencia inmediata de la libertad de empresa y también su presupuesto. Como tal, constituye un objetivo de las políticas de telecomunicaciones, una finalidad de la ley sectorial y una técnica al servicio de la consolidación de los mercados y de su eficacia en la asignación de recursos.

El Derecho de la Competencia está formado por el conjunto de reglas que tiene por objeto prevenir y sancionar los ilícitos por conductas anticompetitivas de los agentes en el mercado y que ameritan una sanción genérica por parte del Estado.

De dos maneras puede entenderse el Derecho de la Competencia y las técnicas jurídicas asociadas:

a) Como Derecho común y general susceptible de ser aplicado a cualquier empresa y mercado
b) Como Derecho especial aplicable a mercados sectorializados en función de sus características estructurales.

En telecomunicaciones, en tanto que actividad económica que se desempeña en libre competencia, a partir de los procesos de liberalización o desregulación, las conductas ilícitas contra el mercado son perfectamente encasilladas bajo los dos aspectos mencionados.

Y así podemos distinguir, en aquellos ordenamientos que lo reconocen, un Derecho de la Competencia aplicable con carácter general y normalmente por medio de órganos de defensa de la competencia y un Derecho de la regulación para la competencia en el que se previenen, se ordenan y, en su caso, se reprimen, comportamientos anticompetitivos a través del ejercicio de potestades incardinadas en órganos de regulación sectorial específicos y mediante técnicas jurídicas propias.

La problemática que se plantea en torno a la aplicabilidad del Derecho de la competencia al sector de las telecomunicaciones, con independencia o al margen del Derecho de la competencia general, se cifran en tres órdenes de cuestiones:

a) Delimitar conceptualmente el objeto y alcance de ambas manifestaciones o parcelas del ordenamiento jurídico y establecer, en su caso, las condiciones de su aplicabilidad respectiva.
b) Correlativamente, delimitar las competencias de los órganos generales de defensa de la competencia y aplicación de esos respectivos ordenamientos en sus ámbitos correspondientes, así como las formas de su colaboración o complementariedad de actuaciones en su caso
c) La diferente manera de actuar de ambos ordenamientos: mediante regulación ***ex post*** en el sistema general y mediante regulación ***ex ante***, preventiva y constitutiva de un haz de potestades atribuidas a los órganos de regulación sectorial en el segundo de los sistemas mencionados.

Por su parte, los ámbitos de aplicación del Derecho de la competencia pueden establecerse y aplicarse en niveles distintos desde el punto de vista geográfico y así podemos distinguir:

a) Un nivel internacional o supranacional para la aplicabilidad del Derecho de la competencia, incorporado en instrumentos con este carácter (hecho paladinamente perceptible en relación al Derecho Comunitario europeo y otros ordenamientos de carácter supranacional y que contienen un Derecho de la competencia general coexistiendo con ordenamientos nacionales específicos, como es el caso, entre otros, de las telecomunicaciones).
b) Un nivel nacional configurado asimismo por normas de defensa general de la competencia y normas especificas sectoriales.
c) Un nivel de ordenación de la defensa de la competencia con reparto y participación de entes descentralizados política o administrativamente. Tal es el caso del reparto de competencias en los Estados de estructura federal o en aquellos de configuración regional o autonómica.

B. CLASIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS ILÍCITAS ANTICOMPETITIVAS

1.- Reconocimiento en el derecho positivo.

En el Derecho Comunitario europeo las contravenciones al Derecho de la competencia se formulan en relación a tres grandes categorías o apartados:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que restrinjan la libre competencia (Art. 85 del Tratado).
b) El abuso de posición dominante (Art. 86 del Tratado).

c) Las concentraciones o fusiones de empresas que puedan alterar el juego de la libre competencia o el reforzamiento de una posición de dominio.

En el Derecho dominicano y como prácticas restrictivas a la competencia se incluyen en el Art. 8.2, 8.3 de la Ley general de Telecomunicaciones las siguientes:

a) El abuso de posiciones dominantes en el mercado, especialmente sobre instalaciones esenciales
b) Las acciones o prácticas predatorias que tiendan a falsear o que, efectiva o potencialmente limiten o distorsionen una competencia sostenible leal y efectiva.
c) La negativa a negociar de buena fe o la generación de dilaciones injustificadas en las negociaciones que pongan en desventaja a un competidor actual o potencial.

Por otra parte, en el artículo correspondiente a definiciones se enumeran como prácticas restrictivas a la competencia en el sector de las telecomunicaciones: "todas aquellas conductas, acuerdos, convenios y condiciones que puedan actual y potencialmente distorsionar, restringir o falsear la libre competencia en un servicio determinado o producto de telecomunicaciones en todo o parte del mercado nacional y en perjuicio de proveedores y usuarios de dicho servicio o producto".

Estas prácticas están constituidas por:

a) Acuerdos o convenios verbales o escritos que sean concertados entre los sujetos de esta ley o acciones o conductas que, deliberadamente o no, impidan u obstaculicen la entrada o permanencia de empresas productos o servicios de telecomunicaciones en todo o parte del mercado.
b) El abuso de uno o varios sujetos de esta ley de su posición de dominio.

Dado el amplio carácter con que se conciben en el Derecho dominicano las prácticas restrictivas de la competencia, y al margen de las apreciaciones o valoraciones que sugiere la misma, podemos determinar que ***grosso modo*** las tres grandes categorías de contravenciones que situábamos en el Derecho comunitario europeo y en la mayoría de ordenamientos nacionales se encuentran en la Ley 153-98, interpretando conjuntamente los preceptos contenidos en las diversas disposiciones con el precepto sustantivo del Art. 8 de la Ley y sus correspondientes.

A las prácticas restrictivas propiamente dichas habría que añadir las prácticas desleales, consistentes, según el artículo de definiciones, en "toda acción deliberada tendiente a perjudicar o eliminar a los competidores y/o confundir al usuario y/o a procurarse una ventaja ilícita tales como:

a) Publicidad engañosa o falsa destinada a impedir o limitar la libre competencia
b) Promoción de productos y servicios en base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de otros productos o servicios de los competidores y
c) El soborno industrial, la violación de secretos industriales, la obtención de información sensible por medios no legítimos y la simulación de productos.

Según ello, podemos clasificar las conductas anticompetitivas susceptibles de constituir infracciones al Derecho de la competencia en tres grandes rúbricas o apartados:

a) Conductas anticompetitivas de carácter unilateral ***erga omnes*** y nucleadas en torno a la figura del abuso de posición dominante.

b) Conductas anticompetitivas de carácter concertado entre agentes del sector y que tiendan a falsear, distorsionar o menoscabar el juego de la libre competencia efectiva.

c) Conductas anticompetitivas que tienen como resultado la concentración de empresas que pueden alterar la libre competencia o reforzar en su caso, las posiciones de dominio.

2.- Abuso de posición dominante

En el Derecho de la competencia general, como en el Derecho sectorial específico, la figura del abuso de posición dominante cobra especial importancia, particularmente en un sector como el de las telecomunicaciones en el que normalmente se ha partido de la presencia de operadores monopolistas, bien de ***jure***, bien ***de facto*** y que perviven a los cambios operados en el sector, que aciertan a caracterizar estructuralmente el mercado tras la apertura y entronización de la libre competencia. No solo en los segmentos de mercado tradicionales, como lo es el de la telefonía fija o el de redes públicas de telecomunicaciones, sino en los mercados emergentes de nuevos servicios, la posición de dominio de uno o varios operadores es un hecho sintomático que provoca la acción reguladora del Estado en su objetivo de promocionar primero y garantizar después el establecimiento de una libre competencia efectiva.

Particularmente en lo que concierne al control que estos operadores dominantes tienen sobre las denominadas instalaciones esenciales (doctrina de las ***essential facilities***) la acción reguladora se dirige a evitar las consecuencias que puede generar en los mercados incipientes los llamados cuellos de botella y otras barreras de entrada para los nuevos operadores en un mercado normalmente dominado por altas cuotas a favor de operadores históricos y de otros operadores que pueden alcanzar rápidamente en nichos o segmentos del mismo una posición de dominio, según hemos podido apreciar a lo largo de estas lecciones.

Es por esta razón que, con buen criterio, el Art. 8.3 a) de la Ley dominicana alude al abuso de posición dominante en el mercado, especialmente sobre instalaciones esenciales, aunque no se ha de negar que, sobre todo en la fase de transición a la libre competencia, el abuso de posición dominante se puede proyectar sobre otros aspectos igualmente vulnerables de las estructuras del mercado, como los precios, las condiciones de prestación de los servicios o la operación de las redes o el trato desigual e inequitativo respecto de proveedores o usuarios.

Como hemos tenido ocasión de apreciar, la posición dominante constituye una determinada posición de fuerza económica en una empresa que le permite impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante por la posibilidad de que disfruta de comportarse, dentro de un límite, independientemente de sus competidores y clientes y finalmente de los consumidores, (Sentencia ***United Brands*** del Tribunal de Justicia Europeo).

Este concepto teleológico del abuso de poder dominante está presente asimismo en el Derecho dominicano, aunque se aprecie en la definición que contiene la Ley 153 una particular adscripción al concepto de operador dominante en función de su control sobre las instalaciones esenciales.

Es bien sabido que la posición de dominio no es en sí misma constitutiva de una conducta anticompetitiva o de un ilícito por contravención a las normas de competencia. Lo que constituye realmente el ilícito es el abuso ejercido desde esa posición. Por ello en el concepto de abuso han de incluirse dos elementos clave: por un lado, la calificación de operador dominante en función de alguno de los criterios manejados por el Derecho positivo (teleológico, por cuotas de mercado etc) En segundo lugar, por la presencia de una conducta abusiva encuadrable en alguno de los supuestos contemplados en la Ley, de una u otra manera.

Surgiría ahora la cuestión de saber si la exigencia generalizada de tipificación de infracciones de todo Derecho punitivo alcanza también a las infracciones del Derecho de la competencia. Aunque esta cuestión excede de los límites de nuestro trabajo vale advertir que normalmente una tipificación detallada no es exigible para las conductas anticompetitivas, toda vez que la definición de abuso de posición dominante se orienta más bien al resultado obtenido con esas conductas, de influencia efectiva sobre los competidores, proveedores o clientes, lo que permitiría un mayor poder de apreciación y aplicación en los órganos que tienen atribuidas este tipo de competencias.

Las conductas constitutivas del abuso de posición dominante se reconducen, por lo general, a las dos siguientes grandes categorías: en primer lugar, los denominados abusos de exclusión por el cual las conductas enjuiciadas suponen maniobras que perjudican a los competidores impidiendo su efectiva participación y desenvolvimiento en el mercado. En segundo lugar, los denominados abusos de explotación dirigidos normalmente contra terceros y que dependen de una u otra manera de la empresas con posición de dominio. Mientras que en el primer supuesto las conductas de abuso se enfrentan a relaciones externas, en el segundo supuesto existe, en una cierta manera, una relación de carácter doméstico por relaciones habidas con empresas que se mueven en el círculo del operador dominante sin competir necesariamente con él.

No se nos oculta que el dinamismo de los mercados, la progresiva mutación de las relaciones entre agentes de telecomunicaciones y otros factores asociados son proclives a una mezcla de ambos supuestos en los que cabría determinar abusos de exclusión concurrentes con abusos de explotación. No obstante la clasificación tiene un valor didáctico innegable.

Entre las conductas constatables como constitutivas de abusos de explotación encontramos varias prácticas que pueden considerase como típicas de la actuación de los operadores con posición de dominio en los mercados recientemente liberalizados

Precios predatorios. Se consideran por lo general precios predatorios aquéllos que se imponen por debajo de su costo con la intencionalidad u objetivo de desbancar a los competidores, sobre todo los nuevos entrantes en el mercado. Las conductas sobre precios predatorios forman parte de una práctica viciosa y abundante de aquellos operadores que ostentan una posición de dominio y que tienen relativa facilidad para imponerlos habida cuenta de ciertos factores estructurales del sector de las telecomunicaciones, tales como la existencia de subsidios cruzados entre segmentos más rentables y menos rentables, o la disponibilidad, teniendo en cuenta las amplias cuotas de mercado de que disponen estos operadores, para facilitar descuentos por volumen o por otros conceptos que degeneran en auténticas prácticas predatorias. Normalmente se ha considerado que existen precios predatorios cuando éstos se sitúan por debajo del coste variable medio aunque, habida cuenta de la concreta estructura que adopta un mercado determinado, es posible que este límite cuantificado no suponga ***per se*** la intención de excluir o de expulsar del mercado al competidor.

> En el Derecho Europeo la sentencia **AZKO** del Tribunal de Justicia en relación al abuso de posición dominante contenida en el Art. 86 ha determinado que un precio es predatorio cuando es inferior a la media de los costes variables. Se supone que en estas condiciones el precio marcado origina pérdidas y que esta implícita la intencionalidad de excluir al competidor en la conducta de abuso; no obstante otros precios pueden ser estimados como predatorios con independencia de este límite cuantitativo cuando quede demostrada la intencionalidad de excluir o de perjudicar al competidor.
>
> También la Comisión ha recibido en ocasiones denuncias sobre precios predatorios practicados por los teleoperadores de telecomunicaciones. Así en el caso de **Deutsche Telekom** de 1996 por entender que la propuesta de tarifas del operador dominante alemán incurría en un abuso de dicha posición dado su carácter predatorio.
>
> En España, el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente ***British Telekom/Telefónica*** interpretó que la política de descuentos selectivos a los principales clientes practicada por Telefónica podía constituir un precio predatorio.

3.- Conductas anticompetitivas de carácter concertado

El Derecho de la Competencia, como hemos visto, prohibe aquellas prácticas concertadas entre operadores y que tiendan a restringir o falsear la libre competencia en el mercado. Tanto en el Derecho comunitario como en los Derechos nacionales, el supuesto que ahora contemplamos supone la alteridad en la relación jurídica a través de conciertos, convenios etc, entre operadores, con el efecto de falsear o distorsionar la libre competencia.

Existe en el Derecho comunitario europeo y en otros Derechos una lista amplia de prácticas colusorias que objetivamente pueden ser atentatorias de los elementos entre los cuales discurre el juego de las reglas de mercado. En el Derecho europeo se concede la facultad a la Comisión para declarar exenciones, bajo el Art. 85.3 del Tratado, para aquel tipo de acuerdos notificados y que, pese a producir el efecto de falsear o restringir la competencia, sin embargo se declaran exentos de la prohibición general por considerarlos que pueden ser beneficiosos para la producción, distribución o para el progreso técnico o económico. La Comisión ha introducido numerosos reglamentos de exención por categorías sin necesidad de proceder previamente a su notificación. En el caso de las telecomunicaciones existe el reglamento relativo a los acuerdos de investigación y desarrollo y el reglamento de exención de los acuerdos de transferencia de tecnología número 250/96.

Una practica común, al menos en la fase de desarrollo de los mercados de telecomunicaciones en que nos encontramos, es la de fijación de estándares o normas técnicas y que pueden llegar a ser anticompetitivos por implicar una prohibición de venta o suministro de equipos, aparatos y sistemas que no se ajusten a las especificaciones técnicas previamente pactadas horizontalmente por dos operadores, imposibilitando el acceso al mercado por parte de terceros. Esta circunstancia está en la base de la justificación y despliegue de las políticas de homologación y de sus correspondientes instrumentos normativos.

4.- Concentración de empresas

El sector de las telecomunicaciones es propicio a las alianzas y fusiones entre empresas y al cambio incesante en la estructura de los mercados mediante prácticas de concentración, fusión o participación en las actividades de otras empresas integradas horizontal o verticalmente. La liberalización de las telecomunicaciones ha servido para eliminar la perspectiva unitaria e integrada en la explotación de los servicios y la operación de las redes. El fenómeno de la convergencia entre los subsectores de las telecomunicaciones, el audio visual y la informática ha acentuado la política de alianzas y de concentración o cooperación con vistas a integrar productos, o el fenómeno contrario, es decir la desintegración y la asunción por partes de diferentes agentes de los diferentes segmentos en que se disecciona el mercado.

La política de alianzas alentada por la ola de globalización, a escala planetaria, es útil porque acierta a combinar habilidades complementarias necesarias para la satisfacción de los nuevos servicios y de las combinaciones de los mismos en una era marcada por la diversidad de agentes, de redes, de servicios y la interactividad de los usuarios. No obstante, la política de alianzas y sobre todo de concentraciones puede comportar el riesgo de que la resultante final pueda significar un peligro evidente para la libre competencia, por lo que las políticas regulatorias se orientan al equilibrio entre los factores que generan beneficios y los efectos perniciosos de una excesiva concentración entre empresas gestoras de telecomunicaciones.

Pero además, si se tiene en cuenta en su más exacta dimensión el fenómeno de la convergencia, la concentración de empresas puede ser atentatoria no solo para el libre juego de la competencia en el mercado por causa de la creación o constitución de empresas en posición de dominio y tendentes a abusar de esa posición, como por la implicancia de derechos fundamentales, tales como

el derecho a informar y recibir información o a la libertad de expresión y comunicación. La concentración o fusión de empresas en medios de comunicación social, puede atentar a lo que se ha dado en llamar el pluralismo externo y la formación de una opinión pública libre.

Es por ello que el Derecho de la competencia en general como el ordenamiento específico sectorial, en las telecomunicaciones o en el sector audiovisual, mantienen alerta la vigilancia sobre concentraciones y fusiones de empresas que pueden menoscabar o falsear los dos grandes bienes jurídicos implicados: reglas de mercado efectivas y transparentes y funcionamiento libre y democrático en los medios de difusión.

En cuanto a los abusos de explotación las prácticas de abusos se orientan por lo general a la imposición de precios inequitativos, excesivos para los clientes y usuarios, y bajos para los proveedores. Aunque sea difícil en ocasiones determinar cuando un precio excesivo o bajo es constitutivo de un abuso, lo que ha dado lugar a una amplia jurisprudencia de los Tribunales de Justicia en todas partes, es posible encontrar una referencia objetiva en el tope superior a los costos totales.

BIBLIOGRAFIA SOBRE MODULO II.

AA.VV., en Colliard/Timsit (coords.), Les autorités administratives indépendantes, París, 1988.

ALABAU MUÑOZ, Antonio, Comentarios a la política de armonización de las telecomunicaciones de la Unión Europea, Estudios de Transportes y Telecomunicaciones, enero-marzo 1996, pp. 31 y ss.

ALBALADEJO GARCIA, Manuel, Compendio de Derecho civil, 10ª ed., Barcelona, 1997.

ANGEL J. Walden, I. (eds). Telecommunications law handbook, Blackstone, Londres, 1997.

ARIÑO, G. y HERGUERA, I. "La interconexión: un modelo de regulación para las telecomunicaciones", REDETI nº 6, 1999.

ARIÑO, G.; CUETARA, J.M., de la, y AGUILERA, L. Las Telecomunicaciones por cable. Su regulación presente y futura, Marcial Pons. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1996.

ARPON DE MENDIVIL, A. "Las obligaciones de servicio público", en Com. LGTA Aranzadi.

ARPON DE MENDIVIL y M. CRESPO, "El dominio público radioeléctrico" en Com. LGT Aranzadi.

ARPON DE MENDIVIL, A. CARRASCO, A. Y CRESPO, M.: "La Administración de las telecomunicaciones", en Com. LGT Aranzadi.

AUTIN, J.L.: "Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Ëtat, est-il pertinent?", Revue du Droit Public, nº 6, 1991.

ARPON DE MENDÍVIL Y DE ALDAMA, A.: Las obligaciones de servicio público, en ARPON DE MENDÍVIL, A. CARRASCO, A. (Dirs.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 403 y ss.

ARPON DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, A.,; CARRASCO, S.; CRESPO, M., La Administración de las telecomunicaciones en ARPON DE MENDIVIL, A.; CARRASCO, A.(Dirs), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 799 y ss.

ARPON DE MENDIVIL Y DE ALDAMA, A.; FIGUERA, C., El Estatuto de los operadores, en ARPON DE MENDIVIL, A.; CARRASCO, A.(Dirs.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 205 y ss.

ARPON DEMENDIVIL Y DE ALDAMA, Almudena, El régimen jurídico de la interconexión en España, Boletín del Colegio de Abogados de Madrid, septiembre 1997, pp. 51 y ss.

BACH I MONSERRAT, F. "La función reguladora de la Comisión del Marcado de las Telecomunicaciones", en J.F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena, coord.. Régimen de las telecomunicaciones, Tecnos, Madrid, 1998.

BASSAN, Fabio, La concorrenza nelle telecomunicazioni: riflessioni a margine della ricente riforma statunitense, Distrito del Commercio Internazionale, 1996, pp. 447 y ss.

BAUMOL, William J., (con PANZAR y WILLIG), Contestable Markets and the Theory of Industrial Structure, Nueva York, 1982.

BETANCOR RODRIGUEZ, Andrés, Las administraciones independientes, Madrid, 1994.

BORDON IGLESIAS, Elena, (con DE LA CUETARA), La regulación europea de las telecomunicaciones (Génesis y evolución de la Oferta de Red Abierta), PERE, Working Paper nº 10, Madrid, 1995.

BELTRAN DE FELIPE, M. Discrecionalidad administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995.

BENSSOUSAN, A., Les télécoms et le droit. Ed. Hermés, 2ª ed., París, 1996.

BERMEJO VERA: "La Administración inspectora", RAP, nº 147, 1998.

BERMUDEZ ODRIOZOLA, L.: "Autoridades reguladoras", en G. Calvo Díaz (dir), El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, CGPJ, Madrid, 1999.

BILBAO UBILLOS, J.M. "Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva juridico-constitucional", AFDUAM, nº3, 1999.

BONELLI, F. Y CASSESE, S. (dirs). La disciplina giuridica delle telecomunicazioni, Giuffrè, Milán, 1999.

CALLOL GARCÍA, P. "La garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones, audiovisual, servicios telemáticos. La telefonía por Internet", en G. Calvo Díaz (dir.), El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, CGPJ, Madrid, 1999.

F. CARDARELLI- V. ZENO-ZENCOVICH, Il diritto delle telecomicazioni, Principi, normativa, giurisprudenza. Editorial Laterza, 1997.

CARLON RUIZ M., Régimen Jurídico de las telecomunicaciones. Una perpectiva convergente en el Estado de las Autonomìas, Ed. La Ley, Madrid, 2000.

CARRASCO A.; CORDERO, E; El derecho a prestar servicios de telecomunicaciones, en ARPON DE MENDIVIL, A.; CARRASCO, S. (Dirs.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 461 y ss.

CARRASCO, A., MENDOZA, A. E IGARTUA, F.: "Los derechos de los usuarios de las telecomunicaciones", en Com. LGT Aranzadi.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. "Potestad Administrativa", en EJB.

CASES PALLARES, L. Derecho administrativo de la defensa de la competencia, Marcial Pons, Madrid, 1995.

CASTEJÓN, L. Y MACHOTA, J.L. (1998): "La interconexión: vía fundamental para la plena competencia y el despliegue de infraestructuras", en BIT, núm. 107.

CONSEIL D'ÉTAT (1995): "Service public, services publics: déclin ou renouvement?", en Rapport Public 1994, Études et Documents du Conseil d'État, núm. 46, La Documentation Française, París.

CRESPO M.; ARPON DE MENDIVIL, A, El dominio público radioeléctrico, en ARPON DE MENDIVIL, A. ; CARRASCO, A. (Dirs.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 355 y ss.

CHAMOUX, Jean-Pierre, Télécoms: la fin des priviléges, París, 1993.

CHEVALLIER, Jacques, La mise en oeuvre de la réforme des télécommunications, Revue Française de Droit Aministratif, 1997, pp. 1.115 y ss.

CHEVALLIER, Jean, Le service public, París, 1991.

CHEVALLIER, Jean, Les enjeux de la déréglementation, Revue de Droit Public, 1988, pp. 281 y ss.

CHEVALLIER, Jean, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, Juris-Classeur Périodique, 1986, pp. 3254 y ss.

CHILLON MEDINA, J.M. (1992): "La interconexión de redes y su incidencia jurídica", II Seminario AHCIET sobre Derecho de las telecomunicaciones, Quito, 1992, pp. 113 y ss. Revista Ahciet 1992.

- Id. "Formas, técnicas y estructuras administrativas ante la planificación económica", RAP, nº 64, 1971.

- Id. "La estructura de red abierta", en I Seminario AHCIET sobre Derecho de las telecomunicaciones, AHCIET, Madrid, 1991.

- Id. "Prólogo en "Legislación básica sobre telecomunicaciones" Edición preparada por GUILLERMO ESCOBAR ROCA. Edit. Tecnos, Madrid 2001.

- Id. "Estado regulador y Administración de telecomunicaciones", en Merino-Merchán, José Fernando; Pérez-Ugena Coromina, María. Curso de Derecho de las Telecomunicaciones, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 185-212.

- Id. Los Organismos Reguladores en Telecomunicaciones: una Administración sectorial independiente. III Seminario AHCIET Sobre Derecho de las Telecomunicaciones, AHCIET, Madrid 1993.

- Id. Viejos y nuevos temas en Derecho de Telecomunicaciones. En VII Seminario AHCIET sobre Derecho de las Telecomunicaciones. AHCIET. Madrid 1997.

- Id. La técnica arbitral al servicio de las Telecomunicaciones. VII Seminario AHCIET sobre Derecho de las Telecomunicaciones. AHCIET, Madrid 1997.

- Id. Redes e infraestructuras de cable: régimen jurídico, en E. Arnaldo Alcubilla y S. Montejo Velilla (coord.) Telecomunicaciones por Cable. La Ley, Madrid 2000.

CHILLON MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F. Tratado de arbitraje privado interno internacional, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1991.

CHILLON MEDINA J. M. Y MERINO MERCHAN. J.F. Legislación sobre telecomunicaciones. Ed. Tecnos. Madrid 1997

CHILLON MEDINA, J,M, y GUILLERMO ESCOBAR ROCA: "La Comisión del Mercado de las telecomunicaciones". Dykinson, Madrid, 2001.

CHINCHILLA MARIN, C.: Obligaciones de servicio público en GARCIA DE ENTERRIA E,; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 261 y ss.

CHINCHILLA MARIN, C.: El derecho a la ocupación del dominio público y de la propiedad privada necesarios para el establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones, en CHINCHILLA, C. (cord.), Telecomunicaciones: estudios sobre dominio público y propiedad privada. Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas – Garrigues Andersen, Madrid-Barcelona, 2000, p. 93 y ss.

DE LA CUÉTARA y otros. "Autorizaciones y Licencias en Telecomunicaciones. Su regulación. Presente y futuro". Editorial. Comares. Granada 2000.

DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel, en AA.VV., Las telecomunicaciones por cable, Madrid, 1996.

DE LA CUETARA MARTINEZ, Juan Miguel, Servicio público y telecomunicaciones, PERE, Working Paper nº3, 1995.

DELCROS, B.; TRUCHET, D., Controverse: Les ondes appartiennent-elles au domaine public? L'article 10 de la loi du 17 janvier 1989. R.F.D.A. 5(2), 1989, p. 251 y ss.

ETO, Categories of authorizations. Second Interim Report, (estudio de julio de 1999) en w.w.w.ispo.cec.be.

FERNANDEZ FARRERES, G.: Licencias individuales, en GARCÍA DE ENTERRIA, E.,; DE LA QUADRA-SALCEDO,.T. (Coord.). Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 101 y ss.

FERNANDO PABLO, M.M., Derecho General de las Telecomunicaciones, Colex, Madrid 1998.

FERNANDO PABLO, M.M.; Sobre el dominio público radioeléctrico: espejismo y realidad, RAP núm. 143, mayo-agosto 1997, p. 107 y ss.

FERNANDO PABLO; M.M., Red y servicio de telecomunicación. La necesidad de una congruente diferenciación jurídica, R.E.D.A. núm. 96, octubre-diciembre 1997, p. 591 y ss.

FERNANDO PABLO, M.M.: Dominio público radioeléctrico, en GARCÍA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T, (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 533 y ss.

FERRARI, Erminio: "La disciplina dei servizi a rete e la dissoluzione della figura dei servizi pubblici", I servizi a rete in Europa, 2000, pp. 11-32.

GARCÍA-BRAGADO, ACIN, R., El establecimiento de infraestructuras, en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 049 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, E.: Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999

GARCIA DE ENTERRIA, E y T. DE LA QUADRA SALCEDO.: Derechos de los operadores a la ocupación del dominio público, a ser beneficiarios en el procedimiento de expropiación forzosa y al establecimiento, a su favor, de servidumbres y de limitaciones a la propiedad. En GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999,p. 317 y ss.

GAMBINO, Agostino, Dal monopolio alla liberalizzazione: reglomentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni, Giurisprudenza Commerciale, enero-febrero 1996, pp. 5 y ss., en concr., pp. 11 y 12.

GARRIDO FALLA, Fernando, El concepto de servicio público en Derecho español, Revista de Administraciopn Pública, oct-dic. 1994, pp. 7 y ss.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, en AA.VV., Estudios sobre la Constitución española (Libro Homenaje a García de Enterría), Tomo V, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ QUINZA, A.: El servicio universal: el gran reto del nuevo Derecho de las telecomunicaciones, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, núm. 7, 3ª época, octubre de 1997.

GUEDON, Marie José, Les autorités administratives indépendantes, París, 1991.

HERGUERA, I.: Regulación comparada de industrias de redes : el caso de las telecomunicaciones, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia ; n. 205, enero-febrero 2000, p. 96-107

HUET, P.; MAISL, H., Droit de l'informatique et des télécommunications: état des questions, textes et jurisprudence, études et commentaires. Ed. Litec, París, 1989.

I.E.T.C., Régimen jurídico de las telecomunicaciones en Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido. MOPT,Madrid, 1993.

LASERRE, B., L'Autorité de Régulation des Télécommunications (A.R.T.), en Droit des télécomunications: entre déréglementation et régulation, A.J.D.A. 20 marzo 1997, p.. 224 y ss.

LAVILLA RUBIRA. J.J.: Servicios portadores, en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 363 y ss.

LAVILLA RUBIRA, J.J.: Autorizaciones Generales en GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 79 y ss.

LONG , G (1995): "Network Interconnection Agreements", en "Telecommunications Law and Practice", Sweet & Maxwell, Londres, pp. 196 y ss.

LOPEZ-IBOR MAYOR, V., Interconexión y acceso a las redes, en GARCIA DE ENTERRIA, E.; DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 149 y ss.

LLANEZA GONZÁLEZ, P. (1998): "Telecomunicaciones. Régimen General y Evolución Normativa", Aranzadi, Madrid, pp.107-125.

LLANEZA GONZÁLEZ, P.: Nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones, Bosch, Barcelona, 2002.

MAISL, H.; Les transformations récentes, en Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation, A.J.D.A. 29 marzo 1997, p. 212 y ss.

MAJONE, G. (ed.): La Commaunauté européenne: un Etat régulateur. Ed. Montchréstien, L.G.D.J., París, 1996.

MALARET I GARCIA, Elisenda, Servicios públicos y Unión Europea: los servicios públicos telefónicos, en Malaret (coord.), Régimen jurídico de los servicios públicos, Madrid, 1997.

MARTI DEL MORAL, A. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,, INAP, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ GARCÍA, C. "La Intervención Administrativa en las Telecomunicaciones". Editorial Comillas. Madrid. 2002.

MARTINEZ VILA, J.: "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: estudio de sus funciones y naturaleza jurídica", en Actualidad Administrativa, nº 24 (1997), pp. 427-439.

MOINE, G.: "Le service universel: contenu, financement, opérateurs (Droit des télécommunications: entre déréglementation et régulation)", en Actualité juridique. Droit Administratif, nº 3 (1997), pp. 246-250.

JUAN J. MONTERO y HELMUT BROKELMANN: "Telecomunicaciones y Televisión. La nueva regulación en España".-. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1999.

MONTERO PASCUAL, Juan José, Titularidad privada de los servicios de interés general, Revista Española de Derecho Administrativo, 1996, pp. 567 y ss.

MONTERO PASCUAL, Juan J.: Competencia en las comunicaciones móviles : de la telefonía a internet, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Las telecomunicaciones, en Servicio público y mercado, Tomo II, Madrid, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, Los fundamentos, en Servicio público y mercado, Tomo I, Madrid, 1998.

NEU y otros (1997): "Costing and Financing Universal Service Obligations in a Competitive Environment in the European Union", Comisión Europea, Luxemburgo.

NOAM, Eli M.: "Will Universal Service and Common Carriage survive the telecommunications Act of 1996?", Columbia Law Review, 1997, pp. 955-975.

OCDE (1991). "Universal Service an Rate Restructurating in Telecommunications", OCDE, París.

OCDE (1995): "Universal Service Obligations in a Competitive Telecommunications Environment", OCDE, París.

ODRIOZOLA BERMÚDEZ, Luis: La Comisión del Mercado de las Telecomuniciones y la salvaguardia de la libre competencia, Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, n. 206, 2000, p. 53-67

OFTEL (1997): "Interconnection and Interoperability (A Framework for Competing Networks): A Statement by the Director General of Telecommunications", OFTEL, Londres.

OFTEL, Interconnection & Interoperability (A Framework: for Competing Networks): A Statements by the Director General of Telecommunications, abril, 1997.

OFTEL, Interconnection & Interoperability over Telephony Networks: A Statement by the Director General of Telecommunicatins, abril, 1998.

OFTEL (1995): “Universal Telecommunications Services. A. Consultative Document on Universal Service in the UK from 1997. OFTEL, Londres.

PAREJO ALFONSO, L., La Administración de Telecomunicaciones, en GARCÍA DE ENTERRIA, E.;DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Coord.), Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 1/1998, de 24 de abril), Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 593 y ss.

POMED SANCHEZ, LUIS ALBERTO: “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en RAP 132 (93), pp. 117-160. .

QUADRA-SALCEDO, T. DE LA: Telecomunicaciones y Derecho Público, en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES, J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 131 y ss.

QUARTULI, Aldo, I servizi pubblici telefonici,Giuffré. Milán, 1978.

SABOURIN, Pierre, Les autorités administratives indépendantes: une catégorie nouvelle, L’Actualité Juridique. Droit Administratif, 1983, pp. 275 y ss.

SALA ARQUER, José María, El estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes, Revista Española de Derecho Administrativo, 1984, pp. 401 y ss.

SÁNCHEZ BLANCO, M., La Regulación del uso del espectro radioeléctrico, en Derecho de las telecomunicaciones, CREMADES,J. (ed.), Ed. La Ley-Ministerio de Fomento, Madrid, 1997, p. 795 y ss.

SÁNCHEZ-BLANCO, M.: La regulación del uso del espectro radioeléctrico , en Cremades J.(coord): Derecho de las Telecomunicaciones, Madrid la Ley, 1997, pp 795 y sigs.

SCHULTE-BRAUCKS, R., L’arrêt “British Telecom”: premiére pirre d’un droit européen des télécommunications, Revue du Marché Commun, núm. 302, diciembre, 1986, p. 594 y ss.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio, Derecho público de la competencia, Madrid, 1998.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión, Comares, Granada, 1999.

SOUVIRON MORENILLA. J.M. El proceso de liberalización y la nueva regulación de las telecomunicaciones, Comares, Granada, 1999.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. La actividad de la administración y el servicio público. Ed. Comares. Granada 1998.

TEROL GÓMEZ, R. El control público de las telecomunicaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

TRUCHET, D.: Droit et politique des réseaux câblés. P.U.F., París, 1994.

UIT. Interconection regulatory issues. Briefing Report nº 4. June 95

UNGERER, H., Comments on telecommunications reform in the European Community, en MAJONE, G. (ed.), Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and in the United States, Pinter Publishers, Londres, 1990, p.101 y ss.

VALLINA VELARDE, J.L. DE LA, Régimen jurídico administrativo del servicio público telefónico. Instituto de estudios Administrativos, Madrid, 1971.

VÁZQUEZ LÉPINETTE, T. (1999): "La obligación de interconexión de redes de telecomunicación", Tirant lo Blanch, Valencia.

VILLAR EZCURRA, J.L., Servicio público y técnicas de conexión. C.E.C., Madrid, 1980.

VILLAR PALASÍ, J.L.: La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1964.

VILLAR PALASI, J.L. (1964): "La intervención administrativa en la industria",

IEP, Madrid.

MODULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TELECOMUNICACIONES.

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

MODULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS TELECOMUNICACIONES.

El despliegue de las tecnologías de la Información y la nueva ordenación subsiguiente, en sus múltiples aspectos, han puesto de relieve la importancia del ordenamiento constitucional; tanto en lo que concierne al perfil del Estado regulador como un nuevo tipo de Estado, como en los derechos fundamentales y libertades de los ciudadanos que resultan afectados por la comunicación. Libertades clásicas, como la libertad de expresión y comunicación o el secreto de las comunicaciones son aspectos esenciales a considerar; como también, una nueva generación de derechos que es preciso reconocer y tutelar, tales como el derecho a la privacidad e intimidad en sus múltiples facetas.

UNIDAD DIDACTICA 15
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TELECOMUNICACIONES

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A.- Concepto y fundamento.
B.- Estructura y contenido.
C.- Titulares y obligados.
D.- Intervenciones y límites.
E.- Garantías específicas.

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

A.- Honor, intimidad y propia imagen.
B.- Protección civil y penal.
C.- Algunos criterios jurisprudenciales para la solución de conflictos.

III. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.

A.- Concepto y fundamento.
B.- Estructura y contenido.
C.- Titulares y obligados.
D.- Intervenciones y límites.
E.- Garantías específicas. En especial, en el sector de las telecomunicaciones.

IV. LA PROTECCIÓN DE DATOS.

A.- El derecho a la autodeterminación informativa.
B.- Normativa general sobre protección de datos.
C.- Normativa específica sobre protección de datos en el sector de las telecomunicaciones

BIBLIOGRAFÍA DEL MÓDULO III.

1.- Unidad didáctica redactada en colaboración con el Dr. Guillermo Escobar Roca.

INTRODUCCIÓN

Como cualquier otra rama del ordenamiento jurídico, el Derecho de las telecomunicaciones, que a efectos de este capítulo entenderemos en sentido amplio (inclusivo de las telecomunicaciones en sentido estricto y de los servicios audiovisuales), se encuentra condicionado, en primer lugar, por las normas constitucionales. Entre estas ocupan un lugar destacado los derechos fundamentales. Aunque su importancia para el sistema constitucional es seguramente menor a la propia de los valores y principios (Estado de Derecho, democracia, Estado social, dignidad de la persona), su trascendencia práctica es mucho mayor, a la vista de su reforzada justiciabilidad y de la previsión legislativa de un completo sistema de garantías, encaminado a lograr una protección privilegiada para esta categoría jurídica.

Según la concepción clásica, los derechos fundamentales son, en primer lugar, derechos de defensa, que protegen al individuo de agresiones externas a su ámbito de autonomía. En aplicación a nuestro campo de estudio, defienden sobre todo frente a los ataques de los poderes públicos (singularmente la Administración) y, cada vez de forma más frecuente, de los poderes privados (singularmente, los grandes operadores de telecomunicaciones, radio y televisión), dirigidos a impedir el ejercicio de la libertad de expresión, en su más amplio sentido, o a penetrar en reductos de la intimidad del individuo, que no sólo abarcan hoy su esfera íntima en sentido estricto sino también sus comunicaciones o sus datos personales.

Manteniendo esta concepción original, en la actualidad el significado de los derechos fundamentales se ha expandido a nuevos ámbitos, reconociéndose unánimemente su capacidad para obligar al Estado a realizar actuaciones positivas, sea en forma de prestaciones económicamente cuantificables, sea mediante la creación de normas de organización o de procedimiento. En esta dirección podríamos hablar de un deber estatal a proteger activamente los derechos de defensa y, sobre todo, de garantizar que el proceso de la comunicación, pública o privada, se desarrolle de forma adecuada a las necesidades de la sociedad del siglo XXI. Esta última faceta de los derechos fundamentales, más novedosa, se entremezcla en nuestro ámbito de análisis con la función del Estado en el sector, muchas veces de discutible justiciabilidad. Aquí la novedad de las categorías, aún no consolidadas en la Dogmática, impide llegar a conclusiones categóricas: por ejemplo, no está claro si el acceso a Internet es un derecho exigible judicialmente por los ciudadanos, derivado de la Constitución, o una mera obligación de actuación administrativa, por citar un problema especialmente discutido.

En esta Unidad Didáctica ofreceremos una panorámica general de los derechos fundamentales que, de una u otra forma, tienen incidencia en el ámbito de las telecomunicaciones. Se trata de realizar una síntesis de las cuestiones básicas que, en general, plantea cada figura de derecho (la exposición se asemejaría entonces a la propia de un manual de Derecho constitucional), acompañada de un mayor desarrollo de las cuestiones específicas que se plantean en el Derecho de las telecomunicaciones. En la relación sistemática de derechos hemos incluido tan sólo los que no ofrecen duda sobre su carácter fundamental, dejando para otros epígrafes o capítulos derechos cuya *fundamentalidad* podría discutirse[2].

Un **primer bloque** (libertad de expresión y sus límites) guarda relación, sobre todo, con el Derecho audiovisual, y especialmente con problemas centrales de éste, tales como la creación de empresas audiovisuales y la regulación de los contenidos audiovisuales. Un **segundo bloque** incide básicamente sobre el Derecho de las telecomunicaciones estrictamente considerado, en el cual el problema de la libertad de expresión apenas se plantea y donde los primeros bienes a

2.- El derecho de rectificación se estudia en la Unidad didáctica 16. El derecho de autor, en relación con Internet, en la UD 20.

garantizar son la protección de la esfera íntima, en su más amplio sentido, y de los datos sobre las personas. En un **tercer bloque** se abordan cuestiones nuevas, escasamente planteadas y mucho menos resueltas por el ordenamiento jurídico o por la doctrina, como son las relacionadas con los derechos fundamentales en Internet, a caballo (como la propia naturaleza de la red) entre los derechos característicos del sector audiovisual y los propios del sector de las telecomunicaciones en sentido estricto.

I. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La libertad de expresión protege todas aquellas acciones que muestren la intención de sus autores de exteriorizar un mensaje o contenido ("pensamientos, ideas y opiniones" e "información", según la terminología utilizada por la CE). Parece así preferible hablar de un único derecho fundamental con dos manifestaciones específicas (opinión e información), dotadas cada una de peculiaridades propias. Aunque una importante línea jurisprudencial ha defendido la autonomía de la libertad de información creemos más conveniente, de conformidad con la tendencia dominante en el Derecho comparado, hablar de una única figura (libertad de expresión a secas o en sentido amplio), por cuanto los pretendidas libertades autónomas de expresión e información compartirían un buen número de elementos comunes. Esto no quiere decir que la distinción entre expresión de pensamientos, ideas y opiniones por un lado y de información por otra carezca de toda consecuencia jurídica; por ejemplo, resultará relevante, como veremos, a la hora de realizar la ponderación con otros principios y derechos constitucionales.

El fundamento de la libertad de expresión es doble:

a) Desde su origen sirve ante todo al objetivo de hacer posible un **debate público**, útil para toda la comunidad, lo que después se irá transformando en elemento esencial (constitutivo y no meramente útil) del Estado democrático, a medida que esta forma de Estado va consolidándose en las sociedades occidentales. Esta concepción de la libertad de expresión ha tenido gran éxito en Europa, por influencia sobre todo de la doctrina y jurisprudencia de los Estados Unidos. En palabras del Tribunal Constitucional español, la libertad de expresión "garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que [...] es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".

b) El principio de dignidad de la persona parece exigir en todo caso una atención a los intereses propios de quien se expresa, claramente minusvalorados en la concepción recién referida. En este sentido, la consideración de la libertad de expresión como instrumento al servicio de la **autorrealización individual** pasa a un primer plano. El hombre es un ser sociable por naturaleza y uno de los rasgos esenciales (si no el definitorio) de la condición humana es precisamente su necesidad de comunicación, de expresar a otros sus ideas, como lógica continuación de su libertad ideológica. El derecho fundamental hunde así sus raíces en la esencia del constitucionalismo originario, fundado en la filosofía liberal y en el reconocimiento de ciertos derechos de autonomía de la persona, que operan básicamente como límites al poder del Estado.

Desde este último punto de vista puede afirmarse que la libertad de expresión se ejerce también en el ámbito privado (p. ej., en una comunicación telefónica), aunque en él se planteen más bien otros problemas jurídicos, relacionados sobre todo con la intimidad de las personas. De hecho, la

doctrina tradicional de la libertad de expresión toma en cuenta tan sólo la comunicación en el ámbito público y, por ello, un sector de la doctrina prefiere hablar de **libertad de comunicación** para referirse a esta nueva concepción ampliada de la libertad de expresión.

B.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO

La libertad de expresión es, como su mismo nombre ya nos indica, una libertad, esto es, tiene por primera finalidad impedir al poder público y a los particulares que prohíban, dificulten o castiguen las acciones incluidas en su contenido. Aunque cabe una práctica cotidiana del derecho (los ciudadanos se expresan continuamente, sin caer en la cuenta de que están así ejerciendo un derecho fundamental), este cobra sobre todo su sentido con la aparición de intervenciones, esto es, de prohibiciones, condicionantes y castigos (de "formalidades, condiciones, restricciones o sanciones" habla el art. 10.2 CEDH) contra quienes han decidido expresar un determinado mensaje o contenido.

Cuestión discutida es si la libertad de expresión admite *también* una faceta prestacional, esto es, si cabe exigir constitucionalmente al Estado una serie de actuaciones positivas encaminadas a garantizar los intereses característicos del derecho fundamental, sea atribuyendo derechos subjetivos a los individuos directamente afectados, sea mediante otras técnicas de control de la inactividad del Estado. Atendiendo al doble fundamento del derecho antes referido, toda apunta en favor de esta faceta prestacional, pues sin la intervención del Estado no se lograría ni la consecución del debate público plural exigido por el Estado democrático (resultarían necesarios entonces medios públicos en los que este debate fuera posible, ayudas o subvenciones para la creación de canales de interés social, actuaciones positivas en defensa del pluralismo, etc.) ni el ejercicio del derecho por los ciudadanos en condiciones de igualdad (harían falta previsiones sobre el acceso a los medios de comunicación, garantizar el acceso universal a Internet, etc.).

La determinación del contenido de la libertad de expresión exige, por otra parte, la concreción del tipo de mensajes que se encuentran constitucionalmente garantizados. Desde nuestro concepto inicial (recordemos, "pensamientos, ideas y opiniones" e "información") podemos afirmar que ***prima facie*** cualquier contenido expresivo está constitucionalmente protegido. Este punto de partida pretende evitar el problema del "sesgo cultural", esto es, la exclusión ab initio de determinados contenidos, considerados al margen de las pautas por las que deberían discurrir los mensajes. En España la jurisprudencia viene a asumir en la práctica esta concepción amplia del contenido de los mensajes, que sólo admite dos excepciones, aplicadas en muy escasas ocasiones: las expresiones vejatorias innecesarias para la emisión del mensaje y las "amenazas o intimidaciones".

Conviene destacar sin embargo que en relación con un determinado tipo de mensajes alguna norma constitucional o legal, como en España la Constitución de 1978, se esfuerza en precisar algo más el ámbito protegido. Es el supuesto del mensaje informativo, que ha de ser "veraz", por los que las informaciones no veraces quedarían fuera del derecho. Se entenderá entonces que el concepto de veracidad resulte clave a la hora de determinar el contenido de la libertad de expresión cuando el mensaje emitido sea una información. Ello exigiría una doble operación:

a) Determinar qué mensajes son "información". Aunque no siempre será fácil distinguir entre hechos y opiniones, parece que por contenidos informativos cabe entender aquellos que pretenden primordialmente la descripción de hechos, sin introducir valoraciones personales sobre los mismos. Las materias sobre las que los hechos versen no adquieren, en la determinación inicial del contenido del derecho, relevancia alguna.

b) Determinar qué informaciones merecen el calificativo de veraces. Se trata de un asunto difícil, que ocupa buena parte del centro de discusión de la Teoría del conocimiento. En España, siguien-

do aquí el ejemplo de los Estados Unidos, la jurisprudencia ha eludido enfrentarse directamente al problema, utilizando para ello el fácil expediente de identificar veracidad con algo en apariencia bien distinto, la diligencia del emisor. En palabras del Tribunal Constitucional español, "cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que pueden resultar erróneas [...] cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aunque su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la "verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio".

Otra cuestión controvertida es la inclusión en el contenido del derecho de otras actuaciones no directamente expresivas, pero encaminadas, bien a hacer después posible el ejercicio de la libertad de expresión, bien a facilitar su más amplio desenvolvimiento. Estas actuaciones tienen la particularidad de que, por lo general, podrían encontrar también sustento en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Veamos los dos supuestos principales:

a) Para la creación de medios audiovisuales el Estado exige la obtención de una autorización o concesión administrativa. Nos encontraríamos así en presencia de una intervención que podría operar, bien como un condicionante, bien como una prohibición del ejercicio del derecho. En este caso, consideramos que la actividad consistente en poner en funcionamiento un nuevo medio de comunicación debe entenderse comprendida dentro del contenido de la libertad de expresión, dado su carácter de instrumento imprescindible para el ejercicio, por un amplio número de sujetos, de este derecho fundamental. De esta tesis se desprende que el Estado no podrá prohibir la creación de un medio, aunque sí subordinarla al cumplimiento de determinados requisitos, siempre que éstos aparezcan dotados de fundamento constitucional y resulten respetuosos del principio de proporcionalidad.

b) En relación con la actividad de difusión de los mensajes, debe considerarse que, bien expresa (como en la CE), bien implícitamente, esta actividad se encuentra protegida por la libertad de expresión, pues de entender lo contrario el sentido de este derecho quedaría notablemente reducido.

Por último, conviene destacar que, en tanto derecho de libertad, la libertad de expresión tiene también un contenido negativo, consistente en la posibilidad de no expresarse. En consecuencia, un hipotético derecho del público a recibir una determinada información entraría, en principio, en colisión con la libertad de expresión, circunstancia ésta que no debe sorprender, pues no hay derechos absolutos y todos se limitan recíprocamente en su ejercicio.

C.- TITULARES Y OBLIGADOS

La libertad de expresión sirve para la autorrealización individual y, por tanto, pertenece por igual a todos los individuos, afirmación ésta frecuentemente destacada en por la jurisprudencia, en especial a la hora de negar a los periodistas el ejercicio exclusivo o privilegiado de este derecho. En consecuencia, también las denominadas categorías especiales de personas son titulares de la libertad de expresión: los extranjeros, los menores y quienes se encuentran en una relación de sujeción especial con la Administración, y ello con independencia, en este último caso, de que puedan aparecer límites específicos que justifiquen las intervenciones sobre el ejercicio del derecho fundamental por estos sujetos (la jerarquía administrativa, por parte de los funcionarios o la independencia judicial, por parte de los jueces y magistrados).

Seguramente el problema principal que plantea la titularidad de este derecho es el de la expresión colectiva y de personas jurídicas. Cuando son varias personas concretas las que aparecen como firmantes de un mensaje no se plantean especiales problemas, pues todas ellas pueden considerarse titulares del derecho. Más discutible resulta el caso de mensajes suscritos por personas jurídicas, sin mención a persona física alguna (p. ej., el editorial de un periódico o un comunicado emitido por una asociación), pero podemos admitir su legitimidad, al menos a la vista de la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas.

Las personas jurídico-públicas, por su parte, sólo serían titulares de la libertad de expresión si admitiéramos la ficción de que pudieran expresarse; en realidad quienes exteriorizan los correspondientes mensajes son los titulares concretos del cargo (p. ej., un ministro que realiza unas declaraciones públicas) o un número determinado de los miembros de un órgano (p. ej., una declaración institucional, aprobada por el Pleno de un Ayuntamiento). En relación con los mensajes emitidos por órganos administrativos habrá de tenerse en cuenta la posible afectación al principio de imparcialidad de los funcionarios.

Por lo que a los obligados o sujetos pasivos de la libertad de expresión se refiere, baste aquí con señalar que, junto a los poderes públicos, los particulares están también obligados al respeto del derecho, lo que debería traducirse en la inconstitucionalidad de cualquier impedimento o prohibición, procedente de un poder privado, a la libre emisión de los mensajes.

D.- INTERVENCIONES Y LÍMITES

Las intervenciones sobre la libertad de expresión se justifican, en primer lugar, en límites directos, enunciados expresamente por la norma suprema al reconocer el derecho.

Por su parte, para el artículo 10.2 CEDH, la libertad de expresión tiene como límites “la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos”, la confidencialidad de determinadas informaciones y la “autoridad y la imparcialidad del poder judicial”. Ahora bien, conviene realizar dos advertencias: en primer lugar, los límites mencionados ni son los únicos que cabe utilizar para justificar las intervenciones sobre la libertad de expresión (cualquier otra norma constitucional puede hacerlo) ni ocupan una hipotética posición privilegiada (que permitiera, p. ej., otorgarles una primacía en la ponderación o una mayor importancia que otros límites); en segundo lugar, la utilización de estos bienes jurídicos como límites de la libertad de expresión deberá encontrar sustento en una norma constitucional concreta, lo que no sucede en relación con todos los bienes mencionados. En el apartado siguiente de este capítulo volveremos más detenidamente sobre esta cuestión.

E.- GARANTÍAS ESPECÍFICAS

Prueba de la importancia que la libertad de expresión adquiere en el ordenamiento constitucional es la existencia, bien en la propia Constitución, bien en su desarrollo legislativo, de mecanismos adicionales que tienen por finalidad reforzar su protección. Así, nos encontramos con:

a) **La prohibición de la censura previa**. Según la CE, el ejercicio de la libertad de expresión “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. El primer problema que plantea la prohibición es naturalmente el concepto de “censura previa”, que el constituyente parece entender en términos amplios, implícitos en la fórmula “ningún tipo”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional español parece optar más bien por un concepto más restringido de censura, calificada ahora como “intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales”, cuya prohibición se dirige además

"en principio con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura gubernativa y no a la posibilidad de que un Juez o Tribunal, debidamente habilitado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas" de la libertad de expresión. Por lo que aquí interesa, conviene sobre todo retener que una eventual censura procedente de poderes privados no sería, en rigor, censura, al menos en el sentido constitucional.

Un segundo problema, de más difícil solución, es el de dilucidar si la prohibición de la censura previa tiene o no un carácter absoluto, es decir, si admite excepciones en algún caso, mediando por supuesto justificación en otra norma constitucional. A nuestro entender, la mención expresa a la censura (una más de las intervenciones posibles sobre el derecho) y la fórmula "ningún tipo" parecen conducir a una comprensión absoluta de la prohibición, tesis que vendría avalada por el restringido concepto de censura mantenido por la más reciente jurisprudencia constitucional

b) **La prohibición del secuestro administrativo**. Según la CE "Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial", con lo que implícitamente se impide a la Administración hacer uso de una de las formas más típicas de impedir la difusión de los mensajes. En relación con esta garantía específica de la libertad de expresión se plantean tres problemas principales:

a') Determinar cuáles son los "medios de información" cuyo secuestro resulta constitucionalmente ilegítimo. A nuestro entender, el término debe interpretarse en un sentido amplio, acorde con la finalidad perseguida por el derecho fundamental. Por ello, en principio cualquier forma de difusión de mensajes ha de encontrarse protegida, ya que la Constitución no distingue entre unas y otras. Desde luego, la difusión de páginas web en Internet estaría protegida por la garantía constitucional.

b') Determinar el ámbito de la decisión judicial constitucionalmente permitida. Parece que el secuestro puede entenderse como sinónimo de retención física de los soportes materiales de determinados mensajes, que en todo caso deberá hacerse efectiva a través de los procedimientos judiciales oportunos en los que pretendan hacerse valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límites de la libertad de expresión, así como con el necesario respeto a los límites generales a los límites de los derechos fundamentales (el principio de proporcionalidad, sobre todo).

c') Determinar la relación entre el secuestro judicial y la prohibición de censura previa. En relación con este punto hay que señalar que la más reciente jurisprudencia viene a eliminar, en la práctica, los supuestos de censura previa de origen judicial, de forma tal que, por ejemplo, aquellos secuestros que deriven del examen del contenido del mensaje con arreglo a determinados valores abstractos con los que el mensaje se contrasta se encontrarían de entrada fuera de la prohibición constitucional. Ello no quiere decir, desde luego, que resulten constitucionalmente legítimos, pues continuamos aquí en presencia de una intervención sobre la libertad de expresión, que, como las demás, habrá de superar los criterios generales de control de su justificación.

II. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

A.- HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

El límite más importante a la libertad de expresión viene constituido por los llamados derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen. Estos derechos, que inicialmente se habían mantenido en el estrecho ámbito del Derecho privado, son reconocidos en los primeros textos internacionales sobre derechos humanos, tales como la DUDH (art. 12) y el CEDH (art. 8), y después en la mayor parte de las Constituciones europeas (en España, art. 18 CE).

En España, la Ley Orgánica 1/1982 regula el ejercicio de los citados derechos de la personalidad sin distinguir con claridad entre unos y otros. Sin embargo, existen importantes diferencias entre ellos:

a) **El derecho al honor** alude a la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano, intrínseca al principio de dignidad. Para que se produzca una lesión del derecho al honor es necesario que se afecte a esta dignidad, al reconocimiento que los demás tienen de la persona, de su integridad moral o de su consideración social. Su principal peligro proviene de ataques de particulares.

b) **El derecho a la intimidad**, por su parte, hace referencia a la obligación, por parte de los poderes públicos y de los particulares, de respetar un ámbito de privacidad de la persona. En palabras del Tribunal Constitucional español, este derecho garantiza “un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a nuestra persona y familia, [...] pudiendo imponer a terceros, sean éstos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida”.

Desde este punto de vista, el honor y la intimidad, no se superponen sino que más bien se relacionan, pudiéndose ver atacados de manera conjunta o separada: no siempre la violación de la intimidad supone un descrédito del honor o viceversa y puede ocurrir que el descrédito se lleve a cabo mediante una lesión al derecho a la intimidad, cuando se revelen datos atinentes a la intimidad de la persona.

El derecho a la intimidad se puede definir como el derecho a no ser molestado y a guardar la conveniente reserva acerca de los datos de una persona que ésta no quiera divulgar. En otros términos, es el derecho a mantener una vida privada sin interferencias de otras personas ni del Estado. Conecta así con el ámbito de privacidad a que tiene derecho todo ciudadano en un Estado de Derecho, en riesgo sobre todo frente al poder del Estado (una nueva diferencia con el derecho al honor), principal propietario, junto con la industria multinacional, de la información y la acumulación de datos sobre la intimidad de las personas.

Desde esta perspectiva, el problema fundamental radica en la determinación del grado de confidencialidad a que viene obligado el Estado respecto de la vida privada de los ciudadanos. Debe tenerse en cuenta que la acumulación de datos por parte del Estado en ocasiones va más allá del mero interés en uno concreto, pues los datos, en sus combinaciones posibles, exceden de lo que en un principio se puede suponer que representan. Por ejemplo, la dirección postal de una persona, que parece un dato objetivo sin trascendencia en la intimidad, representa una información importante en cuanto al *status* social de las personas, que, combinado con otros, puede ocasionar lesiones del derecho a la intimidad.

La doctrina tradicional admitía tres grados de intimidad considerados como círculos concéntricos: la esfera privada, la intimidad confidencial y, por último, el secreto. Frente a esta tesis tradicional

surge recientemente la **teoría del mosaico**, que parte de la idea de que los datos, tal y como se estructuran desde la informática, no tienen sentido en sí mismos, pero sí lo tienen en cuanto se relacionan entre ellos. Por ejemplo, determinados datos que pueden ser intrascendentes en una entidad bancaria adquieren circunstancialmente importancia decisiva para otros usos, incluso para actos delictivos. A esta idea relacional de la informática es a la que se refiere la teoría del mosaico. En este sentido, con datos aparentemente triviales de la vida de las personas, podría llegar a violarse su intimidad.

c) Por último, el **derecho a la propia imagen** puede ser definido, también de forma autónoma a los dos anteriores, como la garantía del individuo frente a los intentos de un tercero de captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización. La imagen protege, según el Tribunal Supremo español, "la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, [lo que] puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra desconocidos sujetos".

La Ley Orgánica 1/1982, que en esta ocasión regula separadamente el derecho fundamental, excluye de su ámbito protegido, en general, "las actuaciones acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante" y, en especial, los tres supuestos siguientes: la "captación, reproducción o publicación [de la imagen de una persona] por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público"; "La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social" y "La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria".

En relación con el derecho a la propia imagen debemos hacer somera mención a su posible afectación (en concurrencia en ocasiones con el derecho a la intimidad) por **sistemas de videovigilancia**. En España esta cuestión se encuentra regulada por la Ley Orgánica 4/1997, que permite a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad "la utilización de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas o infracciones administrativas relacionados con la seguridad públicas".

La Ley establece un mínimo procedimiento de autorización para la instalación de videocámaras, fijas o móviles, que concluye por resolución de la autoridad administrativa competente en cada caso, siempre tras el previo informe, no vinculante, de una denominada Comisión de Garantías de la Videovigilancia. Aprobada la instalación, la Ley indica, con buen criterio, que "la utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima".

B.- PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL

Inicialmente estos derechos eran protegidos por las cláusulas generales de responsabilidad extracontractual (en España, el art. 1902 del Código Civil), desde una tendencia claramente patrimonialista. En tiempos recientes es sin embargo frecuente la promulgación de normas especiales de protección.

En España la protección civil de estos derechos se contiene en la Ley Orgánica 1/1982, que remite, como norma general, a datos extrajurídicos para apreciar la vulneración ("La protección [...] quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia") y admite la renuncia

temporal de derechos ("No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima [...] cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso").

Esta normativa considera una serie de intervenciones ilegítimas en todo caso. Así, se prohíben:

a) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

b) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro y reproducción.

c) La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

d) La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

e) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo las excepciones legalmente previstas en relación con el derecho a la propia imagen, referidas líneas atrás.

f) La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

g) La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

La garantía judicial civil (prestada por los tribunales ordinarios) protege al individuo, con un generoso plazo de caducidad de cuatro años, frente a las intervenciones aludidas u otras similares y comprende, según la Ley, "la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores", añadiéndose que "Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como al reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados". En todo caso, en la práctica, la finalidad principal de la demanda va a ser normalmente el logro de la indemnización, con lo cual no estamos muy lejos, pese a los buenos propósitos del legislador, del viejo sistema de marcado corte patrimonialista. En aras de una siempre difícil seguridad jurídica en la materia (hoy es notable la disparidad judicial al respecto) la Ley señala que "La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

Por su parte, la protección penal de estos derechos castiga fundamentalmente las ofensas más graves al derecho al honor, dentro de un sistema congruente con la óptica patrimonialista civil, pues la condena penal lleva normalmente aparejada la obligación de indemnización civil. De hecho, según la Ley Orgánica 1/1982, "En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito".

El Derecho penal considera al honor un patrimonio personal que no debe lesionarse y, dentro de esto, se agravan especialmente los delitos en los que hay imputaciones perseguibles de oficio, o funcionarios públicos afectados, que gozan de una protección jurídica privilegiada en función de las peculiaridades de sus propios cometidos públicos. Esto adquiere singular relieve cuando se trata de autoridades, en las que la ubicación de delito cambia y se sitúa junto a los delitos contra la seguridad del Estado, dándose la ficción de considerar que toda injuria a cualquier funcionario público constituye una amenaza al Estado.

En España, el vigente Código Penal vigente regula los delitos de injuria y calumnia en diferentes normas, según las instituciones contra las que se dirigen las conductas delictivas. El delito de calumnia se califica como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Las penas se gradúan en función de la publicidad y se prevé la exceptio veritatis en los términos siguientes: “El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

La injuria, por su parte, se define como “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Del mismo modo que en las calumnias, se prevé una especie de ***exceptio veritatis*** para el acusado de injuria que pruebe la verdad de las imputaciones cuando se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas. En relación con el agraviado por los delitos de calumnia e injuria se prevén tipos cualificados en el caso del Rey o miembros de la Casa Real, las Cortes Generales o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, los miembros del Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

C.- ALGUNOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El reconocimiento constitucional de la libertad de expresión impone un condicionante trascendental a la línea tradicional de protección de los derechos de la personalidad, y en especial del derecho al honor, invirtiéndose el esquema argumentativo tradicional. Antes los jueces ordinarios tenían como punto de referencia, a la hora de analizar una demanda, que se demostrase que había lesión al honor. Verificada está lesión, la libertad de expresión cedía ante el derecho al honor. La jurisprudencia constitucional va a invertir el orden de valoración: ahora la cuestión va a consistir en determinar si la libertad de expresión ha obtenido satisfacción, aun cuando tal conducta en principio haya sido presuntamente lesiva del honor.

Por influencia del modelo anglosajón del balancing, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los Tribunales Constitucionales europeos (así, el español), mantienen, al menos nominalmente, la tesis de la ponderación, según la cual “cuando del ejercicio de la libertad de opinión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, [por lo que] se impone una necesaria y casuística ponderación”. Ahora bien, la ponderación judicial (al menos en España) no es libre, sino que debe partir de la tesis de que la libertad de expresión tiene un interés prevalente sobre el honor o la intimidad de las personas. Esto se debe a que la libertad de expresión es considerada, como vimos en el apartado anterior, “no sólo un derecho fundamental de cada persona, sino que también significa el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, elemento imprescindible del pluralismo político en un Estado democrático, que por lo mismo trasciende el significado común y propio de los demás derechos fundamentales”. En definitiva, en la ponderación hay que tener en cuenta dos procesos de intención a contrastar: el ***animus iniuriandi***, o intención difamatoria, y el animus informandi. El ***animus iniuriandi*** cede si se demuestra que es prevalente el interés en informar, es decir, el ***animus informandi.***

Más allá de estas genéricas afirmaciones, la jurisprudencia ha ido concretando los criterios de solución de los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Siguiendo al Tribunal Constitucional español podemos hablar de los tres siguientes:

a) **El interés público de la información**. La contraposición entre los intereses particulares de los individuos aisladamente considerados, por una parte, y los intereses generales, por otra, ha de resolverse necesariamente a favor de los segundos, concluyéndose así que lo colectivo ha de primar sobre lo individual y lo público sobre lo privado. Esta tesis, sin embargo, no puede aceptarse sin matizaciones, pues no ha de olvidarse que lo privado configura una esfera de libertad que debe también respetarse, al menos en los supuestos límite. La solución al conflicto entre el interés público y el privado se verifica dogmáticamente a través de la categoría de la antijuridicidad. El hecho de que se produzca una información de carácter público opera como una causa de justificación que no opera en el ámbito subjetivo de la intencionalidad sino en el ámbito objetivo por razones de interés público. La conducta contraria a los derechos de la personalidad puede llegar a ser típica, pero que finalmente tropieza con una causa de justificación, que en el Código Penal español hallaría asiento en el cumplimiento de un deber, concretamente del deber de informar.

b) **La diligencia del informador**, que opera cuando está en juego el derecho al honor, no el derecho a la intimidad. El Tribunal Constitucional español, siguiendo aquí la tesis del Tribunal Supremo norteamericano (al menos desde New York Times versus Sullivan) considera que verdad objetiva y ofensa al honor no guardan entre sí una relación necesaria, tesis que se justifica en la necesidad de evitar el "efecto silenciador" que para los medios se derivaría de la opción contraria. Ahora bien, el hecho de que la veracidad sea relativa no la priva de toda trascendencia: como sabemos, el informador ha de contrastar las noticias que publica, deber de contraste que es más exigente en unos casos (afirmaciones graves contra el honor de una persona, fuentes no "oficiales" o poco fiables, etc.) que en otros, existiendo aquí una notable casuística. La diligencia que se exige a los profesionales del medio recuerda la diligencia del "buen padre de familia" en el Derecho privado.

c) Otro criterio relevante en la ponderación es la **naturaleza del mensaje** transmitido. Si estamos ante la libertad de opinión se concede una protección mayor, ya que la libertad de información está condicionada a la verificación de su veracidad (esto es, de la diligencia del informador), sin la cual quedaría exenta de protección constitucional.

IV. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

A.- CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La CE garantiza el derecho al "secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial" (art. 18.3). El bien constitucionalmente protegido es la libertad de expresión (en el sentido amplio al que aludíamos páginas atrás) o, si se quiere, la llamada libertad de comunicación. En palabras del Tribunal Constitucional español el artículo 18.3 CE "consagra implícitamente la libertad de comunicación y, expresamente, su secreto, lo cual presupone que el secreto es, precisamente, su condición previa, sin el cual no existe tal libertad".

Siguiendo también al Alto Tribunal español puede afirmarse que "el secreto se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservados". Este carácter formal lo diferencia respecto a la intimidad, pues lo comunicado es secreto independientemente del contenido que se comunica. Lo íntimo, es decir, aquello protegido por el derecho a la intimidad (al menos según su concepción tradicional), tiene, desde el punto de vista jurídico, un carácter material, es decir, afecta a aque-

llos aspectos concretos de la vida personal o familiar que el titular del derecho desea mantener ocultos al exterior. Frente a ello, el derecho al secreto de las comunicaciones protege frente a todo lo comunicado, sea o no de carácter íntimo.

B.- ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El secreto de las comunicaciones se configura como un clásico derecho de defensa, es decir, protege un ámbito en el cual la norma constitucional garantiza la no intervención.

De entrada, la comunicación puede ser definida como un proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas a través de cualquier medio, natural o técnico. El término proceso presupone que la comunicación tiene un curso y es a lo largo del mismo (no antes ni después) cuando el derecho está protegido.

En palabras del Tribunal Constitucional español vulnera este derecho quien graba una conversación “de otros”, no quien graba una conversación “con otros”. El derecho garantiza, por tanto, la no interceptación del curso de una comunicación y tiene, por tanto, como objeto el no permitir a un tercero tener conocimiento total o parcial del mensaje o, incluso (al menos según la tradición continental europea), de la identidad de los comunicantes.

Por otra parte, la comunicación debe hacerse a través de un medio técnico, no en conversación directa entre personas. A modo ejemplificativo (“en especial”, dice el art. 18.3), la CE enumera las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas, con lo que implícitamente se afirma que la protección se extiende a todo tipo de comunicaciones, sea cual sea el medio técnico empleado, afirmación de gran importancia hoy día, como veremos más adelente al hablar de Internet.

C.- TITULARES Y OBLIGADOS

Son titulares de este derecho tanto los nacionales como los extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, incluidos menores de edad. Los sometidos a situaciones de sujeción especial en establecimientos penitenciarios son titulares de este derecho, aunque ven restringido su ejercicio, de conformidad con lo establecido en la legislación penitenciaria.

Los obligados por el derecho pueden ser tanto personas públicas como privadas. En la actualidad los riesgos (especialmente en estos tiempos de generalizada psicosis antiterrorista) para este derecho proceden sobre todo de los poderes públicos, si bien éstos han perdido últimamente las posibilidades de intervención directa con la desaparición del monopolio público de las telecomunicaciones, por lo que necesariamente habrán de contra con la colaboración de los operadores.

D.- INTERVENCIONES Y LÍMITES.

El secreto de las comunicaciones puede vulnerarse técnicamente de dos maneras: por la interceptación en sentido estricto (aprehensión del soporte del mensaje o captación del proceso de comunicación) o por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado.

El secreto de las comunicaciones es un derecho por definición relativo, ya que la propia Constitución permite levantar el secreto mediante resolución judicial. Esta intervención judicial está sujeta a importantes límites, especialmente cuando afecte a un número indeterminado de personas respecto de las cuales no hay razón alguna para la intervención.

En cuanto a los supuestos y procedimientos de la intervención judicial puede acudirse al artículo 8.2 CEDH y, sobre todo, a su desarrollo jurisprudencial, que establece las condiciones y motivos de las intervenciones legítimas en el ámbito protegido por este y otros derechos. Esta amplia jurisprudencia se resume, a los efectos que aquí interesan, en tres principios:

a) **Principio de legalidad**. La ley debe tipificar el alcance y las modalidades de intervención judicial con suficiente claridad "para facilitar así al individuo la adecuada protección contra la arbitrariedad", en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este principio comporta, además, que las previsiones legales se encuentren suficientemente determinadas para evitar dejar excesivos márgenes a la discrecionalidad judicial. Recientemente, en España el Tribunal Constitucional (STC 184/2003) ha exhortado al legislador a establecer una legislación más precisa en esta materia, ya que la vigente, "adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos [por el derecho fundamental].

b) **Principio de necesidad**. El mencionado artículo 8.2 CEDH establece que toda intervención sobre el derecho, para ser legítima, debe ser, "en una sociedad democrática, [...] necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás". Si bien todas estas finalidades son en gran medida indeterminadas sirven, no obstante, de mínimo parámetro de la resolución judicial, evitando los supuestos de arbitrariedad. En todo caso, debe recordarse que, en general, las intervenciones sobre los derechos fundamentales han de encontrarse justificadas en la necesidad de preservar otros bienes o derechos constitucionales. Además, el principio de necesidad implica que los fines perseguidos por la intervención no pueden conseguirse por otros medios, menos gravosos para titular del derecho fundamental.

c) **Principio de ponderación o de proporcionalidad** en sentido estricto, según el cual el juez debe equilibrar equitativamente los intereses en conflicto al efectuar la intervención, calibrando el interés público de la medida, que debe ser lo menos gravosa posible para el derecho fundamental. Por ejemplo, en España el tiempo máximo de la intervención judicial es de tres meses, si bien puede prorrogarse por iguales períodos de tiempo.

Volviendo a la intervención judicial, hay que subrayar el monopolio que posee el juez para determinar la intervención. Como regla general la competencia se encuentra en manos del juez de instrucción en el curso de un proceso para la investigación de un delito, si bien excepcionalmente, y siempre con finalidades probatorias, puede residir en el juez de guardia, en este caso si aún no se ha iniciado el proceso y la intervención resulta necesaria para iniciarlo, dada la existencia de indicios racionales de criminalidad. En cualquier caso, la intervención debe hacerse siempre mediante resolución motivada, lo que hace posible su control, al menos por el Ministerio Fiscal, la medida. Esta exigencia de motivación hace casi imposible la arbitrariedad judicial y permite, en su caso, el ejercicio posterior del derecho al recurso.

Por último, en España, el artículo 55 CE prevé dos supuestos de suspensión del derecho al secreto de las comunicaciones, admitiendo en ambos la intervención no judicial de las comunicaciones:

a) **Estados de excepción y sitio**. La legislación de excepción permite que en estos supuestos la autoridad gubernativa pueda intervenir las comunicaciones "si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público, comunicándolo con posterioridad, aunque de forma inmediata, por escrito motivado al juez competente".

b) En relación con las investigaciones **sobre la actuación de bandas armadas** o elementos terroristas, la legislación procesal común establece que la intervención de las comunicaciones de los presuntos criminales podrá ser ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo motivadamente al juez, que la confirmará o revocará. La propia Constitución añade en este caso, como garantía frente al abuso de esta potestad extraordinaria de la Administración, que "La utilización injustificada o abusiva de [estas facultades] producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes".

E.- GARANTÍAS ESPECÍFICAS. EN ESPECIAL, EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

En general, la principal garantía específica del secreto de las comunicaciones es de naturaleza penal. Por ejemplo, el Código Penal español recoge diversos tipos delictivos que castigan a quien intervenga ilegítimamente las comunicaciones, contenidos en sus artículos 535 y 536 (responsabilidad penal del funcionario por intervención de comunicaciones) y 197 a 201 (delito de descubrimiento y revelación de secretos).

A estos preceptos se suma la importante jurisprudencia sobre la nulidad de la prueba realizada con violación del derecho al secreto de las comunicaciones, de acuerdo con la **doctrina del fruto del árbol envenenado**, de origen norteamericano Recientemente esta doctrina ha sufrido importantes matizaciones en la jurisprudencia constitucional española, que tiende hoy a distinguir entre las pruebas originales obtenidas por violación de derechos y las pruebas derivadas de éstas, que pueden ser válidas siempre que no exista una relación natural con las primeras o no se dé entre ellas una conexión de antijuridicidad.

También inciden en este derecho diversas normas en materia administrativa que regulan el servicio de correos, los servicios postales y las telecomunicaciones. Al objeto de este capítulo interesa detenernos en estas últimas, contenidas básicamente en los **artículos 49 y 51 LGT**. El primero realiza una generosa remisión a la normativa reglamentaria, obligando a “los operadores que presten servicios de telecomunicaciones al público o exploten redes de telecomunicaciones accesibles al público” a “adoptar las medidas técnicas que se exijan por la normativa técnica en cada momento, en función de las características de la infraestructura utilizada”.

El artículo 51, por su parte, establece garantías para el supuesto de “interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico establecidas en el Convenio internacional de telecomunicaciones, sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general”.

El artículo 33 de la vigente LGT obliga, con una generosa remisión a la normativa reglamentaria, a “los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público” a “adoptar a su costa las medidas que se establezcan reglamentariamente para la ejecución de las interceptaciones”.

El artículo 35 LGT, por su parte, establece garantías para el supuesto de “interceptación de contenidos, cuando para la realización de las tareas de control para la eficaz utilización del dominio público radioeléctrico sea necesaria la utilización de equipos, infraestructuras e instalaciones técnicas de interceptación de señales no dirigidas al público en general”. Para este caso y para el supuesto de “vigilancia del adecuado empleo de las redes y la correcta prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas” se establecen dos obligaciones: en primer lugar, “La Administración de las telecomunicaciones deberá diseñar y establecer sus sistemas técnicos de interceptación de señales en forma tal que se reduzca al mínimo el riesgo de afectar a los contenidos de las comunicaciones”. En segundo lugar, “Cuando, como consecuencia de las interceptaciones técnicas efectuadas, quede constancia de los contenidos, los soportes en los que éstos aparezcan no podrán ser almacenados ni divulgados y serán inmediatamente destruidos”. Distintas figuras de infracciones administrativas de la propia LGT contribuyen a reforzar el carácter vinculante de estas obligaciones.

V. LA PROTECCIÓN DE DATOS

A.- EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

Los avances tecnológicos han abierto un nuevo y cada vez mayor ámbito de comunicación donde, como sucede con el secreto de las comunicaciones, ya no se protege la intimidad en sentido estricto, como mensaje cualificado, sino todo el contenido de la comunicación. Nos referimos a la protección de los datos personales informatizados, en tanto objeto de almacenamiento y tratamiento, sin que su titular tenga conocimiento de ello. El enorme crecimiento de las técnicas telemáticas (mediante las cuales se puede acceder a bases de datos y ficheros informatizados y combinar sus contenidos hasta límites hasta hace poco inimaginables) crea un problema nuevo en relación con los datos personales, que se han convertido hoy en un apreciado objeto de cambio de gran valor económico y en efectivo instrumento de control de los individuos en manos de los poderes públicos y privados.

La CE incluye a este respecto el artículo 18.4, según el cual “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”. Con este reconocimiento se pretende, partiendo de unos planteamientos claramente defensivos y sobre la base del concepto alemán de autodeterminación informativa, satisfacer una necesidad nueva sentida por la sociedad actual: la libertad de determinar, frente a las nuevas técnicas de obtención y tratamiento de información, qué informaciones sobre uno mismo son accesibles, por quién, en qué momento y bajo qué condiciones.

Todavía hoy la doctrina discute si este derecho es una concreción del derecho a la intimidad o un derecho autónomo, si bien la tendencia dominante camina más bien en esta segunda dirección. En palabras del Tribunal Constitucional español, que opta claramente a favor de la tesis de la autonomía del derecho a la autodeterminación informativa, “Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad [...], atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos [...]. La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran”. Así, en primer lugar el derecho a la autodeterminación informativa tiene un objeto más amplio que la intimidad (al menos de la intimidad en su sentido tradicional), “pues no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal”. En segundo lugar, la protección de datos tiene también un contenido más amplio que la intimidad, pues mientras que el derecho a la intimidad “confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho a la intimidad y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer”.

B.- NORMATIVA GENERAL SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

1.- Panorámica

El derecho a la autodeterminación informativa, hoy reconocido por la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países europeos, refleja la preocupación que los efectos perniciosos de las nuevas tecnologías habían despertado en los foros internacionales desde hace ya algunas décadas: en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en la entonces Comunidad Económica Europea y, sobre todo, en el Consejo de Europa. Fruto principal de los trabajos de esta última organización internacional fue el Convenio del Consejo de Europa 108/1981, sobre protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que pretendió regular el tratamiento automatizado de datos personales en todos los sectores, instaurando los principios de recogida lícita y leal de los datos, de finalidad determinada de los mismos, de su proporcionalidad y calidad y de confidencialidad de los datos sensibles, así como los derechos de información, acceso y rectificación. El Convenio recogió también el principio de libre circulación de los datos personales entre los Estados firmantes, de forma tal que éstos sólo podían restringir la transmisión de datos hacia Estados cuyas legislaciones establecieran un nivel de protección menor o que no hubieran ratificado el propio Convenio. Sentados estos principios, El Consejo de Europa ha continuado con su labor normativa en la materia, en relación con las implicaciones en la vida privada de las personas del tratamiento de datos en sectores como la Medicina, la investigación, el marketing, la Seguridad Social o el correo electrónico, aprobando recomendaciones elaboradas por el Comité de Expertos para la Protección de Datos.

El vigente **Derecho comunitario** sobre protección de datos (formado, fundamentalmente, por las Directivas 95/46 y 2002/58) tiene un doble objetivo: en primer lugar, “respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular la intimidad”, utilizando como parámetro de protección el CEDH y, en segundo lugar, evitar que las diferencias en la protección de dichos derechos puedan constituirse en obstáculo para el ejercicio de “una serie de actividades económicas a escala comunitaria, falsear la competencia e impedir que las administraciones cumplan los cometidos que les incumben en virtud del Derecho comunitario”. Se pretende así armonizar las obligaciones que incumben a las personas, autoridades públicas, empresas, agencias u otros organismos que efectúen tratamientos de datos, de forma tal que todas las legislaciones de los Estados miembros se acomoden a un patrón de protección mínimo.

La Directiva 95/46/CE, 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, ya ha sido traspuesta al ordenamiento español, por lo que eludiremos exponer aquí su contenido, remitiéndonos a lo que de inmediato diremos sobre la legislación española.

A pesar de la eficacia directa del derecho reconocido en el artículo 18.4 CE resultaba indudable la necesidad de dotar de desarrollo a este derecho. Por ello, aunque tardíamente, vio la luz la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos Personales (LORTAD), primera regulación española sobre la materia. Poco después la LORTAD fue sustituida por una nueva Ley, la **Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)**, cuyos rasgos generales se resumen como sigue:

a) La Ley se articula a partir de una serie de **principios**, que cabe concretar en los siguientes: precaución (que, entre otras cosas, limita la posibilidad de recoger o tratar datos de carácter personal a los casos en que éstos “sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”); adherencia del dato a la finalidad para la que fue recogido; calidad (según el cual “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan como veracidad a la

situación actual del afectado)"; pertinencia (que opera tanto en el momento de obtención de los datos como en el de su destrucción, cuando no sean necesarios para la finalidad para la que fueron recabados los datos); seguridad (que exige que la recogida y el tratamiento de estos datos deben realizarse en condiciones aceptables de seguridad); consentimiento (según el cual, con carácter general el tratamiento y la cesión de datos requieren el consentimiento del afectado) y responsabilidad por el uso inadecuado de los datos (concretado en la responsabilidad civil, administrativa y, en su caso, penal).

b) En concreción de lo anterior se reconocen una serie de **derechos**, entre los que cabe citar, sobre todo, los tres grupos siguientes: el derecho a recibir información sobre la existencia de un fichero, el carácter obligatorio o facultativo de la información correspondiente, las consecuencias de la obtención de los datos, los derechos reconocidos por el ordenamiento y sobre la identidad del responsable del tratamiento; el derecho de disposición sobre los propios datos, que se proyecta sobre las operaciones de obtención, tratamiento y comunicación; así como los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos.

c) Por último, de la LOPD se desprende un conjunto de **obligaciones**, controladas, en su caso, por una Administración independiente especializada (la Agencia de Protección de Datos), entre las que cabe citar: un estatuto del responsable y encargado del tratamiento, plasmado en un amplio conjunto de deberes y sujeciones específicos, que sería prolijo enumerar aquí; un peculiar deber de secreto, que atañe a cuantos participan en el proceso de gestión de datos y que incluso se mantiene una vez extinguida la situación que justificó el acceso al fichero; así como la fijación de niveles de seguridad en función de la calidad de los datos, contenidos básicamente en el Real Decreto 994/1999.

2.- Su aplicación al sector de las telecomunicaciones

La gran expansión y la peculiar naturaleza de las telecomunicaciones, con la creciente capacidad de sus soportes característicos, hace necesaria una regulación específica de la protección de datos en el sector. De entrada, resulta aplicable la legislación general sobre la materia, contenida en España, en lo esencial, en la LOPD, según hemos visto. El objeto de la Ley comprende los datos (esto es, "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables") "de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga ser susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado". Por su parte, el tratamiento de datos es definido en como el conjunto de "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas interconexiones y transferencias". Desde estos parámetros parece evidente la aplicabilidad de la LOPD al sector de las telecomunicaciones. Esta impresión inicial se confirma con el examen más detenido de la propia LOPD y de la legislación general de telecomunicaciones. Así:

a) La LOPD concreta su ámbito de aplicación a partir de una serie de criterios, que son básicamente los tres siguientes:

- **Criterio objetivo**. La LOPD es de aplicación a los datos de carácter personal recogidos en cualquier soporte (en el más amplio sentido del término) que los haga susceptibles de tratamiento, con el único requisito del carácter personal de la información, aunque la persona no sea inmediatamente identificable. Esta última precisión es relevante en el sector que analizamos, donde gran parte de la información personal transmitida, pese a su carácter aparentemente técnico e impersonal, puede ser utilizada para atribuir o descubrir información personal de un sujeto.

Por otra parte, la LOPD regula cualquier operación de tratamiento de datos, con independencia de su finalidad. Se prevén sin embargo algunas excepciones al ámbito regulado por la LOPD (supuestos de baja peligrosidad o regulados por leyes específicas), entre las que (es importante subrayarlo) no se encuentran los servicios de telecomunicación. Cierto es que en algún caso la LOPD remite a la normativa sectorial para el establecimiento de determinadas garantías, pero en esos supuestos la Ley continúa aplicándose, a modo de normativa supletoria y sin que con ello se permita disminuir su característico nivel de protección; entender lo contrario implicaría la vulneración de la reserva constitucional de ley orgánica, contenida en el artículo 81 CE. Uno de estos supuestos es el de las guías telefónicas ("Los datos que figuren en las guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público se regirán por su normativa específica", art. 28.4 LOPD), al que nos referiremos más adelante.

- **Criterio territorial**. La LOPD tiene un marcado carácter territorial, que puede quedar fácilmente desbordado por la característica naturaleza transnacional de los servicios de telecomunicaciones. Para evitar este problema los Estados han seguido dos caminos: uniformar las distintas legislaciones internas y adoptar normas internacionales sobre la materia. A este respecto cabe aludir al ya citado Convenio 108/1981 del Consejo de Europa y, más recientemente, a las Directivas 95/46 y 2002/58.

- **Criterio subjetivo**. La LOPD no contempla la posibilidad de reducir su ámbito de aplicación por razón de la calidad subjetiva del titular del fichero, del responsable o del encargado del tratamiento. Por ello, tampoco cabría excluir la aplicación de la LOPD sobre la base de circunstancias subjetivas del operador de telecomunicaciones.

b) La legislación general de telecomunicaciones confirma plenamente la aplicación de la LOPD al sector. Dispone, en efecto, el artículo 34 LGT que "Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público deberán garantizar, en el ejercicio de su actividad, la protección de los datos de carácter personal, conforme a la legislación vigente". Los servicios de telecomunicación quedan así inequívocamente incluidos dentro del ámbito objetivo de aplicación la LOPD. El cumplimiento de esta normativa se establece como una obligación específica de los operadores y no parece posible, conforme a las afirmaciones ya realizadas (fundadas sobre todo en la reserva de ley orgánica) sobre el ámbito de aplicación de la Ley, que la legislación sectorial (mucho menos el poder reglamentario) pueda disminuir el nivel de garantía ofrecido por la LOPD.

La tácita referencia del artículo 34 LGT a la LOPD es de indudable trascendencia, por lo que implica de entrada "natural" del sistema de protección de datos al ámbito de los servicios de telecomunicación. Gracias a ello, las garantías propias de la LOPD se insertan con normalidad como condiciones propias del servicio, de forma tal que pasan a formar parte del conjunto de obligaciones de cada operador, y ello hasta el punto de que la infracción de los deberes de protección de datos puede suponer la revocación del título (art. 56 LGT).

Más en concreto, el artículo 34 LGT establece un mecanismo específico de garantía de la protección de datos en virtud del cual se impone un deber (consistente en la garantía de preservación del nivel de protección previsto en la LOPD) a los operadores de servicios de telecomunicaciones al público o a los que exploten redes de telecomunicaciones accesibles públicas. Nos encontramos en presencia de un auténtico deber jurídico (formulado al margen de la condición del operador de responsable o de encargado del tratamiento), que lógicamente implica la adopción de las medidas de seguridad necesarias para cumplir con las garantías previstas. Estas medidas pueden ser de orden jurídico, técnico o de organización, pero en todo caso han de cumplir con lo dispuesto en la LOPD y en su normativa de desarrollo. Así, han de incluir, por ejemplo, la advertencia de los posibles riesgos que puedan producirse en el servicio que se presta, atender a los niveles de seguridad establecidos en el RD 994/1999 para los ficheros de datos personales, utilizar la

mejor tecnología existente para adaptarse a las normas que en el futuro se aprueben en actualización de los actuales niveles de protección, etc.

C.- NORMATIVA ESPECÍFICA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES.

El artículo 50 de la derogada LGT de 1998, que es sustituido por el actual artículo 34 de la ley de 2003 es desarrollado por el Título V del Real Decreto 1736/1998, que aprobó el denominado Reglamento de desarrollo del Título III de la Ley General de Telecomunicaciones, en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, a las demás obligaciones de servicio público y a las obligaciones de carácter público en la prestación de los servicios y en la explotación de las redes de telecomunicaciones (ROSP). Hay que tener en cuenta que en esta materia incide la reciente **Directiva 2002/58/CE**, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que deberá ser incorporada al ordenamiento de los Estados miembros antes del 31 de octubre de 2003.

En este apartado estudiaremos únicamente las previsiones vigentes del ROSP, siguiendo la misma sistemática adoptada por la misma división en capítulos del Título V del Reglamento citado:

1.- Disposiciones generales

Inicialmente el ROSP determina su ámbito subjetivo de aplicación en materia de protección de datos, circunscrito a “los operadores con licencia individual o, en su caso, autorización general para la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público o que exploten redes públicas de telecomunicaciones”. Esta regulación pasa así a formar parte del estatuto típico de estos sujetos. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que, con carácter general, la responsabilidad de cada operador estará en función de su intervención en el proceso de recolección, gestión y transmisión de los datos protegidos. Normalmente el operador será sólo responsable del tráfico de información personal (y su almacenamiento temporal o permanente) necesario para el funcionamiento del servicio, tanto en el plano técnico (tráfico y encaminamiento) como económico (facturación).

Por su parte, para definir el ámbito objetivo de aplicación del ROSP basta acudir a la LOPD (recordemos, norma aquí de directa aplicación), si bien, negativamente, se excluye la aplicación del ROSP a los supuestos en que, “de conformidad con la normativa vigente, sea necesario adoptar medidas para la protección de la seguridad pública, la seguridad del Estado, la aplicación del derecho penal y la interceptación legal de las telecomunicaciones para cualesquiera de estos fines”.

De entrada, se impone a los operadores citados una genérica obligación de seguridad, en los términos siguientes: “[aquellos] deberán tomar las medidas adecuadas para salvaguardar la seguridad de sus servicios, cuando sea necesario, en colaboración con el operador de la red pública de telecomunicaciones. Dichas medidas deberán garantizar, en todo caso, un nivel de seguridad adecuado para el riesgo existente”. Con esta formulación se da entrada el principio de proporcionalidad, que exige aquí ponderar tanto las características de la información (los datos) como las condiciones del canal de comunicación y las circunstancias en las que se realice el servicio.

Esta obligación genérica de seguridad se completa con un amplio deber de información, formulado en los términos siguientes: “cuando exista un riesgo concreto de violación de la seguridad en la red, el prestador del servicio deberá informar a los abonados sobre dicho riesgo y las posibles soluciones, indicando su coste”.

Nada dice el ROSP sobre el deber de actualización previsto en el Derecho europeo. Sin embargo, este deber puede considerarse exigible desde el principio general de protección adecuada al riesgo existente en cada momento, lo que exigiría contar de forma permanente con las medidas tecnológicas, adecuadas y actualizadas, para paliar tales riesgos.

2.- Disposiciones especiales

a) En relación con los datos personales sobre el tráfico y la facturación, el ROSP indica que "Los operadores deberán destruir los datos de carácter personal sobre el tráfico relacionados con los usuarios y los abonados que hayan sido tratados y almacenados para establecer una comunicación, en cuanto termine la misma".

Debe señalarse, no obstante, que el operador necesita tratar determinados datos para la gestión del tráfico del servicio y para la posterior facturación al abonado, circunstancia ésta que podría entenderse comprendida bajo una de las excepciones de la LOPD ("partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral, o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento"). Por ello, el ROSP permite el tratamiento de determinados datos (entendiendo por tal el definido en la LOPD), siempre que se respete el principio de proporcionalidad ("exclusivamente con objeto de realizar la facturación y los pagos de las interconexiones").

Los datos personales que pueden ser objeto de tratamiento son los siguientes: el número o la identificación del abonado; la dirección del abonado y el tipo de equipo terminal empleado para las llamadas; el número total de unidades que deben facturarse durante el ejercicio contable; el número del abonado que recibe la llamada; el tipo, la hora de comienzo y la duración de las llamadas realizadas o el volumen de datos transmitidos; la fecha de la llamada o del servicio y otros datos relativos a los pagos, tales como pago anticipado, pagos a plazos, desconexión y notificaciones de recibos pendientes. Este conjunto de datos podrán tratarse y almacenarse únicamente por el plazo durante el cual pueda impugnarse la factura o exigirse el pago, de conformidad con la legislación aplicable. Transcurrido dicho plazo, los operadores deberán destruir los datos en todo caso.

El ROSP permite también a los operadores tratar los datos antes referidos para la promoción comercial de sus propios servicios de telecomunicaciones, siempre y cuando el abonado haya dado su consentimiento previo. A estos efectos, los operadores deberán dirigirse a los abonados, al menos, con un mes de antelación al inicio de la promoción, requiriendo su consentimiento que, de producirse, será válido hasta que los abonados lo dejen sin efecto de modo expreso. Si en el plazo de un mes desde que el abonado reciba la solicitud, éste no se hubiese pronunciado al respecto, se entenderá que consiente.

Según el ROSP el tratamiento de los datos de tráfico y facturación debe realizarse por las personas que actúen bajo las órdenes del operador prestador del servicio o del explotador de la red que se ocupen de la gestión de la facturación o del tráfico, de las solicitudes de información de los clientes, de la detección de fraudes o de la promoción comercial de los propios servicios del operador, añadiéndose que "En todo caso, dicho tratamiento deberá limitarse a lo necesario para realizar tales actividades".

b) En materia de facturación detallada, el ROSP reconoce el derecho de los abonados a recibir facturas no detalladas cuando así lo soliciten a los operadores que legalmente tengan la obligación de prestar dicho servicio, remitiendo a disposiciones administrativas inferiores la fijación de las modalidades de facturación detallada que los abonados pueden solicitar a los operadores, tales como la supresión de un determinado número de cifras en la factura de los números a los que se ha llamado o la no aparición en la factura de los números a los que se llama cuando el pago se haga con tarjeta de crédito, como mecanismos de garantía de la utilización anónima o estrictamente privada del servicio.

c) En cuanto a las guías de telecomunicaciones (en rigor, guías de servicios de telecomunicaciones disponibles al público) se indica que los datos personales que figuren en tales guías o que puedan obtenerse a través de servicios de información, ya sean impresas o electrónicas, deberán limitarse a los que sean estrictamente necesarios para identificar a un abonado concreto, remitiendo a disposiciones administrativas inferiores la determinación de las condiciones para hacer constar dichos datos. No obstante, el ROSP dispone que los operadores encargados de la elaboración de las guías podrán publicar otros datos personales de los abonados siempre que éstos hayan dado su consentimiento inequívoco, entendiéndose por que este existe cuando el abonado se dirigió al operador por escrito solicitándole que amplíe sus datos personales que figuran en la guía. También se producirá cuando el operador solicite al abonado su consentimiento y éste le responda en el plazo de un mes dando su aceptación. Si en dicho plazo el abonado no hubiese dado su consentimiento expreso, se entenderá que no acepta que se publiquen en la guía correspondiente otros datos que los estrictamente necesarios para su identificación.

De otro lado, el ROSP reconoce el derecho de los abonados a exigir a los operadores que se les excluya de las guías, que se indique que sus datos personales no puedan utilizarse para fines de venta directa o que se omita parcialmente su dirección. Los operadores requeridos deberán cumplir esta obligación sin coste alguno para los abonados.

d) El ROSP regula también la protección de datos en relación con las llamadas no solicitadas para fines de venta directa, indicándose que, si se efectúan mediante sistemas de llamada automática, a través de servicios de telecomunicaciones, sin intervención humana (aparatos de llamada automática) o facsímil (fax), sólo podrán realizarse a aquellos que hayan dado su consentimiento previo. En cuanto a las llamadas no solicitadas por los abonados con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos a los antes referidos, el ROSP dispone que podrán efectuarse, salvo que el usuario hubiese manifestado su deseo de no recibirlas.

3.- Servicios avanzados de telefonía

Por último, el ROSP prevé normas especiales de protección de datos en los llamados servicios avanzados de telefonía, y en concreto en relación con las facilidades de identificación de la línea llamante e identificación de la línea conectada. Por facilidad de identificación de la línea llamante el ROSP entiende “la prestación que permite que el usuario que recibe una llamada, obtenga la información del número telefónico de la línea desde donde se origina esa comunicación”; por su parte, la facilidad de identificación de la línea conectada se define como “la prestación que permite que el usuario que origina la llamada, obtenga información del número telefónico de la línea a la que ha sido conectada su llamada”. La utilización de ambos tipos de facilidades está sujeta a las siguientes condiciones:

a) Deber de información sobre el impacto que tales servicios pueden tener en relación con la intimidad de los usuarios. Esta obligación del operador debe realizarse de manera individualizada (no servirían los anuncios generales) y a todos los usuarios, antes del inicio de las operaciones (con un mínimo de 15 días de antelación). La información que vaya a realizarse debe ser previamente comunicada a la Agencia de Protección de Datos. El deber de información subsiste a lo largo de la prestación del servicio, a través de los servicios de información y consultas que tiene el deber de suministrar el operador.

b) Posibilidad de eliminación de la información relacionada con la línea llamante y la línea conectada. Este derecho de los usuarios adopta cuatro modalidades: supresión en origen llamada a llamada de la identificación de la línea llamante; supresión en origen por línea de la identificación de la línea llamante; supresión en destino de la identificación de la línea llamante y supresión de la identificación de la línea conectada. Los procedimientos técnicos para el ejercicio de estos derechos son, en todos los casos, obligatorios para los operadores, sencillos y gratuitos para los usuarios y reversibles en iguales condiciones.

c) Como limitaciones al ejercicio de los derechos recién mencionados se establecen los mecanismos siguientes:

- Medidas tendentes a impedir el abuso de derecho, pues la supresión de los datos que permiten identificar el origen de una llamada puede ser utilizada para actividades ilícitas o inconvenientes para terceros o para el interés general. En este sentido el ROSP permite el filtrado en destino de llamadas sin identificación en términos análogos a los establecidos para la supresión de la identificación de la línea llamante.

- La eliminación de la supresión de identificación de línea llamante puede realizarse unilateralmente por el poder público en relación con llamadas a entidades autorizadas para la atención de urgencias, en los supuestos de supresión de garantías del secreto de las comunicaciones y en relación con las llamadas maliciosas o molestas. Estas previsiones, que podrían afectar a la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, deben interpretarse de manera restrictiva.

- Por último, la legislación también prevé la supresión permanente en destino de la identidad de línea llamante, y ello para facilitar el acceso a determinados servicios.

d) Como garantía complementaria de las obligaciones y derechos relacionados con los servicios avanzados de telefonía el ROSP prevé la necesidad de comunicar a la Administración las características técnicas y los procedimientos a emplear para la efectividad estas medidas y la futura aprobación de una normativa técnica de referencia para el establecimiento de las distintas soluciones.

e) La responsabilidad de la implantación de las medidas citadas corresponde al operador del servicio. Esta obligación, consustancial al título habilitante que disfruta el operador, se proyecta sin perjuicio de la interconexión, de forma tal que el operador desde cuya red se origine la llamada responde de la generación y entrega en el punto de interconexión de la identidad de la línea llamante y el respeto de la posible marca de su- presión que haya sido introducida por el usuario; por su parte, el operador cuya red sea el destino final de la llamada y preste la facilidad de identificación de la línea llamante deberá hacerlo atendiendo a la información recibida asociada a la llamada. En ambos casos, son responsables de la correcta provisión de las funcionalidades específicas que correspondan a su red. Por su parte, el operador cuya red realice exclusivamente servicios de tránsito de las llamadas debe transmitir en cada caso y de manera transparente la identidad de la línea llaman te o de la línea conectada y sus marcas aso- ciadas. Por último, se aplica, en relación con estas funcionalidades, el principio de puerto seguro, según el cual no es posible comunicar la identificación de línea llamante a países que carezcan un régimen adecuado de protección de datos de carácter personal.

BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA, F.J. La libertad de antena, Ariel, Barcelona, 1990.

DE DOMINGO, T. ¿Conflicto entre derechos fundamentales?, CEPC, Madrid, 2001.

ESCOBAR ROCA, G. "Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss", Revista Española de derecho Constitucional, nº 58, 2000.

- "Informe sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio Electrónico", en http://www.kriptopolis.com.

- "El Derecho de los periodistas", Telos, nº 53, 2002.

FAYOS GARDÓ, A. Derecho a la intimidad y medios de comunicación, CEPC, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L. Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Civitas, Madrid, 1999.

LLANEZA GONZALEZ P. La configuración constitucional del derecho de la intimidad, Tecnos, Madrid, 1995

MARTÍN MORALES, R. El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones, Civitas, Madrid, 1995.

ORTEGA GUTIÉRREZ, D. Derecho a la información versus derecho al honor, CEPC, Madrid, 1999.

PACE, A. "El derecho a la propia imagen en la sociedad de los mass media", Revista Española de derecho Constitucional, nº 52, 1998.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad, McGraw-Hill, Madrid, 1998.

RUIZ MIGUEL, C. La configuración constitucional del derecho a la intimidad, Tecnos, Madrid, 1994.

RUIZ MIGUEL, C. El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1994.

SALVADOR CODERCH, P. y CASTIÑEIRA PALOU, M.T. Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños, Marcial Pons, Madrid, 1997.

VIZCAÍNO CALDERON, Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, Civitas, Madrid, 2001.

YZQUIERDO TOLSADA, M. "La Ley del honor, veinte años después", La Ley, nº 5591, 2002.

MODULO IV

DERECHO AUDIOVISUAL

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

Escuela Nacional de la Judicatura
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

MODULO IV

DERECHO AUDIOVISUAL[1]

Se trata en este módulo el régimen jurídico de las actividades audiovisuales que se prestan a través de cualquier tecnología. Este tratamiento diferenciado, impuesto por muchas leyes de telecomunicaciones, obedece a la presencia de problemática específica del sector audiovisual, la Radio y la Televisión, en tanto que servicios de difusión y medios de comunicación social. El fenómeno de la convergencia en cierta medida está borrando las fronteras para el tratamiento y el estudio específico de estos aspectos, pero no obstante justo es reconocer, hoy por hoy, una autonomía en la exposición didáctica del régimen jurídico que afecta a la Radio y la Televisión.

Pese a lo amplio del contenido del módulo, en este curso se aborda dividiendo el contenido en dos unidades didácticas de la manera que sigue:

1) **DERECHO AUDIOVISUAL.** Con exposición de la problemática general, examen de los sujetos y de la empresa audiovisual.

2) **CONTENIDOS AUDIOVISUALES.** Exposición del régimen de los contenidos y de los valores constitucionales y derechos que se ejercen con motivo de las actividades audiovisuales.

1.- Las unidades didácticas correspondientes a este módulo han sido redactadas con la colaboración del Dr. Guillermo Escobar Roca.

UNIDAD DIDACTICA 16
DERECHO AUDIOVISUAL

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

A.- Redes y servicios audiovisuales.

B.- ¿Medios de comunicación, servicios de difusión o servicios audiovisuales?

II. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO AUDIOVISUAL.

A.- Justificación y crisis del monopolio.

B.- Persistencia del servicio público.

C.- Justificación de los medios públicos.

III. PLURALISMO Y COMPETENCIA EN EL SECTOR AUDIOVISUAL.

A.- El pluralismo audiovisual como mandato constitucional.

B.- Derecho europeo.

C.- Derecho español

1.- Derecho general de la competencia

2.- Radiodifusión

3.- Televisión.

IV. TIPOS DE SERVICIOS AUDIOVISUALES Y FORMAS DE ENTRADA EN EL MERCADO.

A.- Radiodifusión

B.- Televisión.

C.- Otros servicios audiovisuales.

V. LA EMPRESA AUDIOVISUAL

A.- Concepto y régimen jurídico.

B.- Función social y estructura interna.

I. INTRODUCCIÓN

A.- REDES Y SERVICIOS AUDIOVISUALES

Entendido en sentido amplio, el Derecho audiovisual comprende las normas reguladoras de los servicios audiovisuales (lo que incluye el régimen de los contenidos), así como de las redes e infraestructuras que les son propias. Sin embargo, el núcleo de este sector del ordenamiento, que conforma su autonomía y peculiar fisonomía, está formado casi exclusivamente por el régimen jurídico de los aludidos servicios, ya que la problemática de la redes e infraestructuras puede hoy considerarse común, salvo especialidades de matiz, a la propia del sector de las telecomunicaciones[2]. Prueba de ello es la opción seguida por el legislador español, quien, pese a regular separadamente, según el modelo tradicional, las telecomunicaciones en sentido estricto (LGT) y los servicios audiovisuales (otras leyes), incluye dentro del primer sector "las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión".

B.- ¿MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL, SERVICIOS DE DIFUSIÓN O SERVICIOS AUDIOVISUALES?

El Derecho comparado utiliza denominaciones diversas para referirse al núcleo duro del Derecho audiovisual: sobre todo tres, medios de comunicación social, servicios de difusión y servicios audiovisuales. Así por ejemplo, el ordenamiento español utiliza el primer término, medios de comunicación social (que incluirían en todo caso a la prensa, ajena a nuestro objeto de estudio), a los meros efectos del reparto de competencias normativas y ejecutivas entre el poder central y los poderes territoriales y utilizó el segundo, servicios de difusión, en la hoy derogada Ley de 1987, definiéndolos como aquellos "servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente". La ambigüedad y, sobre todo, la amplitud de esta definición, a la vista del actual desarrollo tecnológico, la hace hoy ineficaz a los efectos de delimitar un ámbito normativo de caracteres específicos.

Por ello, parece actualmente imponerse en el panorama comparado el término servicios audiovisuales, más claro y estricto que el de servicios de difusión. El reciente desarrollo tecnológico plantea ahora, de forma más acuciante que en el pasado, el problema de la definición de tales servicios, habida cuenta de la aparición de otros distintos a los tradicionales de radio y televisión. En particular, el problema se presenta cuando existen todavía regímenes jurídicos diferenciados para los servicios de telecomunicaciones y los estrictamente audiovisuales, y es preciso distinguir con nitidez cuáles son éstos, a efectos de delimitar el correspondiente ámbito de aplicación de la norma. En todo caso, cualquier definición de servicios audiovisuales corre el mismo riesgo que acontecía con los servicios de difusión, pues el desarrollo tecnológico puede hacerla obsoleta en cualquier momento. Algunos ordenamientos, como el español, prefieren evitar definir los servicios audiovisuales, trasladando el problema a la determinación, necesariamente renovada y ampliada, de los conceptos de "radiodifusión" y de "televisión". Más adelante volveremos sobre este problema, especialmente para dilucidar cuál pueda ser el régimen jurídico aplicable a los llamados nuevos medios, que en principio parecen a caballo entre los servicios de telecomunicación y los audiovisuales tradicionales.

2.- Ya hicimos referencia a ello al hablar del fenómeno de la convergencia en el sector de las telecomunicaciones. Vid.UD 1.

II. EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS ACTUALES DEL DERECHO AUDIOVISUAL

A.- JUSTIFICACIÓN Y CRISIS DEL MONOPOLIO

La radio y televisión, al menos en Europa, fueron sectores tradicionalmente reservados al Estado en régimen de monopolio, con la consiguiente prohibición de ejercicio de estas actividades por particulares. Esta circunstancia motivó una creciente crítica doctrinal y política (inicialmente desde sectores liberales, para ir extendiéndose a gran parte del arco parlamentario en los respectivos países), fundada jurídicamente, sobre todo, en el argumento de la restricción injustificada de la libertad de expresión[3].

Los Estados defendieron no obstante durante algunos años, con el aval de la jurisprudencia (en España, vid., p. ej., la conocida STC 12/1982, sobre el caso Antena 3), el monopolio en radio y televisión, sobre la base de distintos argumentos, que pueden resumirse en dos principales, hoy en evidente crisis:

a) **Argumento de la escasez.** Este argumento fue útil especialmente cuando todos los servicios audiovisuales utilizaban el espectro radioeléctrico (ondas hertzianas) para su difusión, realizada además mediante tecnología analógica. El argumento sirve todavía para justificar, con sólidas razones, la limitación del número de operadores en determinadas modalidades de radio y televisión, pero carece evidentemente de fuerza en relación con los servicios audiovisuales por satélite, por cable o con tecnología digital. Si inicialmente sólo un número muy reducido de empresas podían emitir (y, siendo así, podría resultar lógico que fuera el Estado el único ente legitimado para hacerlo), hoy las posibilidades de creación de nuevos canales son casi infinitas.

b) **Argumento del poder de influencia** del medio de comunicación. Aunque no hay unanimidad en la Sociología de la comunicación sobre el alcance efectivo del poder de influencia social y política de los medios audiovisuales sobre los ciudadanos, nadie duda hoy de la presencia de un poder efectivo y ciertamente importante de aquellos. En un principio, esta circunstancia podría justificar también el monopolio estatal, entendiendo que con ello se evitarían los peligros derivados de todo poder excesivo y descontrolado, todo ello, claro está, desde la garantía de unos medios públicos independientes y plurales. Ahora bien, el remedio no deja de parecer excesivo (para solucionar un problema se crea otro mayor, la restricción total de las libertades de expresión y de empresa en el sector) y, como sucedía con el argumento anterior, parece difícilmente sostenible en la actualidad: el avance tecnológico (al final, el auténtico detonante del fin del monopolio), convenientemente combinado con normas anticoncentración, permitiría una amplia variedad de emisoras de radio y televisión, con lo cual los riesgos derivados del excesivo poder de influencia quedarían en gran parte diluidos. Además, siempre quedarían en manos del Estado poderes de intervención sobre las empresas en competencia.

B.- PERSISTENCIA DEL SERVICIO PÚBLICO

Dada la crisis de los argumentos justificadores del monopolio, desde hace algunos años la ruptura del monopolio estatal (liberalización) en el sector se ha generalizado en Europa, y no existe ya ningún país en el cual los particulares tengan totalmente vedado el acceso al mercado de la radio

3.- Sobre ello, vid. Unidad Didáctica 15, II.

y la televisión. Persiste sin embargo la tendencia, derivada en gran medida de la inercia del modelo tradicional (así como de evidentes intereses políticos), a mantener en el sector la impronta del servicio público formal, técnica según la cual estos servicios continúan perteneciendo nominalmente al Estado (el "señor" del servicio), quien puede no obstante "concederlos" a los particulares mediante la oportuna firma del correspondiente contrato de gestión del servicio público o concesión administrativa, fórmula en la cual el Estado ostenta importantes poderes discrecionales, y ello hasta el punto de que, según suele afirmarse, el gestor o concesionario no ostentaría derecho subjetivo alguno sino una mera expectativa de derechos.

Más en concreto, una definición amplia del servicio público formal incluiría, al menos, los siguientes elementos, extraídos de la legislación correspondiente (en España, sobre todo, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas): actividad administrativa de prestación, exclusividad regalística, actividad indispensable, prestación regular y continua y finalidades de utilidad general del público.

A la vista de estas características un relevante sector doctrinal defiende la implantación en el sector audiovisual de las mismas reglas que han presidido la reciente transformación del sector de las telecomunicaciones, esto es, no sólo la ruptura del monopolio (algo aceptado hoy de forma unánime) sino también el abandono de la categoría del servicio público formal (despublificación). En especial, se considera que la categoría del servicio público resulta inadecuada a las características propias del mercado de radio y televisión. Por ejemplo, no existe un régimen especial de afectación de bienes, una obligación de prestar el servicio, en las mejores condiciones posibles, un derecho del usuario a exigir la implantación del servicio o a un acceso igualitario, como tampoco una relación de especial sujeción del usuario o un característico régimen de responsabilidad del concesionario. Estos argumentos son atendibles y, de hecho, el servicio público ha desaparecido ya parcialmente en el sector (en España no son ya servicio público la televisión por satélite y algunos servicios audiovisuales prestados en las redes de cable) y es previsible que esta tendencia se consolide en los próximos años.

A nuestro entender, lo realmente grave no es el mantenimiento de la ***publicatio*** del sector sino la prohibición de entrada en el mercado a nuevos operadores, sin justificación suficiente. Lo primero no conlleva necesariamente lo segundo. Para algunos ámbitos (como la televisión por ondas hertzianas) el argumento de la escasez de frecuencias podría justificar esta limitación, inaceptable en otros. Así por ejemplo, resultaría difícilmente compatible con las libertades de expresión y de empresa que, con la excusa del servicio público o con cualquier otra (como la capacidad de influencia del medio o el interés público en garantizar la viabilidad económica de las empresas) se impidiera a nuevos operadores prestar servicios de televisión por cable.

C.- JUSTIFICACIÓN DE LOS MEDIOS PÚBLICOS

El régimen vigente en la mayor parte de los países europeos suele denominarse modelo dual. Aun aceptando la persistencia de la técnica del servicio público formal en el sector, este modelo plantea en la actualidad fundamentalmente dos tipos de cuestiones: los problemas de competencia derivados de la convivencia entre empresas públicas y privadas y la justificación de los medios de comunicación públicos, discutibles desde posiciones liberales extremas. Ambas cuestiones están imbricadas, pero pueden ser analizadas separadamente. Comenzaremos con la segunda, dejando la primera para el apartado siguiente de este Capítulo.

¿Tiene hoy sentido la existencia de empresas públicas de radio y televisión? La presencia del servicio público formal bien aceptaría su exclusión, pues éste bien podría ser prestado exclusivamente por particulares, como sucede en otros servicios públicos (en España, p. ej., el gas, la electri-

cidad o el transporte por carretera). Con independencia de los problemas planteados para la libre competencia, que veremos después, el argumento principal que se esgrime contra los medios audiovisuales públicos es su natural tendencia a la politización. Ciertamente, estas críticas tienen buena parte de razón, especialmente en países como España, donde tradicionalmente la televisión pública ha sido utilizada por el Gobierno de turno para intereses partidistas. Sin embargo, consideramos que estos riesgos, nunca eliminables del todo, pueden evitarse en gran parte sometiendo, bien la gestión, bien el control posterior de la misma, a autoridades independientes. La opción mayoritaria en el Derecho comparado (con la excepción del caso español) es precisamente encomendar el control de la actividad de las empresas públicas del sector, en especial de todo lo referente a los contenidos, a entes de Derecho público de designación parlamentaria y con independencia garantizada, sustentada tanto por los requisitos (preparación técnica, incompatibilidades) y duración (más allá de la legislatura) del nombramiento como, sobre todo, por la imposibilidad de cese, salvo por causas tasadas y objetivas.

Además, debe tenerse en cuenta que existen también sólidas razones a favor del mantenimiento de una radio y televisión públicas, gestionadas directamente por el Estado, opción ésta seguida, por otra parte, por la práctica totalidad de los países del mundo. En España, la reciente reforma del Estatuto de Radio y Televisión, realizada bajo la presión de las autoridades comunitarias, puede servir para ejemplificar el catálogo de las funciones que, al menos sobre el papel, pueden cumplir hoy una radio y televisión públicas. Estas funciones, englobadas bajo la categoría “función de servicio público” se enuncian literalmente como sigue:

“La producción y emisión de un conjunto equilibrado de programaciones y canales, generalistas y temáticos, de radio y televisión, que integren programas diversificados, de todo tipo de géneros, con el fin de atender a las necesidades democráticas, sociales y culturales del conjunto de los ciudadanos, garantizando el acceso de la ciudadanía a información, cultura, educación y entretenimiento de calidad.

A estos efectos, las programaciones de RTVE, compatibilizando el objetivo de rentabilidad social con el principio de eficiencia económica, deberán:

- Impulsar el conocimiento de los valores constitucionales.
- Promover activamente el pluralismo, con pleno respeto a las minorías, mediante el debate democrático, la información objetiva y plural y la libre expresión de opiniones.
- Promover el respeto de la dignidad humana y, especialmente, los derechos de los menores, la igualdad de sexos, la no discriminación por motivos de raza, ideología, religión y cualquier otra circunstancia personal o social.
- Impulsar la diversidad cultural y lingüística.
- Ofrecer calidad, diversidad, innovación y exigencia ética.
- Tener por objetivo atender a la más amplia audiencia, asegurando la máxima continuidad y cobertura geográfica, social y cultural.
- Propiciar el acceso de todos a los distintos géneros de programación y a los eventos institucionales, sociales, culturales y deportivos, dirigiéndose a todos los segmentos de audiencia, edades y grupos sociales, incluidas las minorías con discapacidades.
- Favorecer la educación, la difusión intelectual y artística y de los conocimientos cívicos, económicos, sociales, científicos y técnicos, y su desarrollo por medios audiovisuales.
- Asegurar la protección de los derechos del consumidor.
- Fomentar la producción audiovisual española y europea”.

Como fácilmente se advierte, la relevancia constitucional de estas funciones es innegable. Ello podría llevar incluso a sostener que los medios audiovisuales públicos no sólo resultan legítimos, sino que se encuentran impuestos por la Constitución, pues resultaría sumamente dificultoso, por razones económicas y jurídicas, imponer esas funciones a empresas privadas. La supresión de los medios audiovisuales públicos podría acarrear entonces un vicio de inconstitucionalidad por omisión.

III. PLURALISMO Y COMPETENCIA EN EL SECTOR AUDIOVISUAL

La consecución del pluralismo y la defensa de la libre competencia en el sector audiovisual son dos objetivos que se complementan recíprocamente. Como vamos a comprobar, desde la perspectiva constitucional resulta, en todo caso, más importante el primero de ellos. En este apartado analizaremos ambos puntos de vista, desde la lógica preeminencia del primero, prestando atención a sus manifestaciones normativas más importantes. La regulación especial del acceso a los medios audiovisuales será estudiada con más detalle en otro lugar[4].

A.- EL PLURALISMO AUDIOVISUAL COMO MANDATO CONSTITUCIONAL

Las Constituciones modernas (así la española, en su art. 1.1), al incorporar como elemento central de su estructura al principio democrático, obligan a un profundo replanteamiento de la vieja concepción liberal de la libertad de expresión. Para el proceso democrático o, lo que es lo mismo, para que la intervención popular en la formación de la voluntad del Estado pueda llevarse a término, el concepto de opinión pública (o, en términos seguramente más clarificadores, de debate público) resulta esencial. Este concepto no era desconocido por el Estado liberal, pero el Estado democrático mantiene y refuerza su importancia, elevándolo a la categoría de elemento constitutivo o esencial de la forma de Estado.

La garantía de un debate público plural, como principio constitucional derivado del Estado democrático, no puede entenderse en términos similares a los propios del Estado liberal, habida cuenta de la transformación sustancial de su contexto constitucional y sociopolítico. En la actualidad encontramos, por un lado, a los titulares de los medios, cada vez más implicados en el fenómeno de la concentración económica y con mayor capacidad de influir en la ciudadanía; por otro, a la gran masa de espectadores (no ya ciudadanos), que consumen pasivamente la información recibida, con escasas posibilidades de participar en el debate público. Como puede advertirse fácilmente, el mercado no garantiza por sí solo la consecución del debate público imprescindible para que los ciudadanos puedan obtener una imagen completa de la realidad (a la hora, p.ej., de escoger adecuadamente entre las distintas opciones políticas): el fenómeno evidente de la concentración de los medios de comunicación en manos de un número relativamente reducido de empresas no refleja el pluralismo de la sociedad y, al competir por la máxima audiencia, tiende a simplificar la discusión y reducir la diversidad. Puesto que la oportunidad para la comunicación es limitada y no todos disponen de los medios para llegar al público, sin la intervención del Estado nos encontraríamos ante un debate controlado por las fuerzas dominantes en la estructura social.

De las consideraciones precedentes puede deducirse que la intervención pública sobre los medios de comunicación es una exigencia constitucional. En España, de los artículos 1.1 (Estado democrático, pluralismo político) y 20.1 d) (derecho del público a recibir información veraz) de la

4.- UD 17.

Constitución cabe derivar un genérico mandato, dirigido a los poderes públicos y en especial al legislador, de garantía del pluralismo en el sector audiovisual, con el fin de corregir las disfunciones sociales del mercado y lograr la consecución del necesario debate público, esencial al menos para la práctica de una elección auténticamente libre entre las distintas opciones políticas. Veremos a continuación cómo el legislador europeo y español ha llevado a la práctica el referido mandato constitucional.

B.- DERECHO EUROPEO

Pese a que existen diversas Directivas sobre cuestiones puntuales (como los sistemas de acceso condicional o las retransmisiones deportivas, que analizaremos en su momento[5]), en la Unión Europea no existe por el momento una normativa general sobre el pluralismo en el sector audiovisual, cuestión polémica que prefiere dejarse en manos de los Estados miembros. El punto de vista adoptado en Europa es, sobre todo, el propio del Derecho de la competencia, aplicándose al sector las normas generales sobre la materia.

Por lo que aquí interesa, el núcleo del Derecho europeo de la competencia se encuentra contenido en el **Reglamento del Consejo 4064/1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas**, modificado por el Reglamento 1310/1997. Según esta norma la Comisión Europea es el órgano competente para autorizar o no las operaciones de concentración de empresas que tengan "dimensión comunitaria", la cual no viene determinada sólo por el carácter transnacional de la operación sino también por una serie de parámetros relativos al volumen de negocios. Por debajo de dichos parámetros el control de la concentración corresponderá, en su caso, a los Estados miembros.

Como consecuencia del importante proceso de concentración en el sector, el Reglamento 4064/1989 viene siendo aplicado, con importancia creciente, al sector audiovisual. Aquí se impone un difícil equilibrio entre dos intereses contradictorios: por un lado, la Comisión no puede impedir la formación de empresas fuertes, capaces de competir en un mercado cada vez más globalizado, lo que favorecería la innovación tecnológica y la calidad de los productos; por otro ha de evitar los peligros que el Derecho de la competencia trata precisamente de evitar: el abuso de la posición de dominio y las dificultades de acceso al mercado para nuevos competidores, de perjudiciales consecuencias para la libertad de opción del consumidor. La línea seguida por las autoridades comunitarias ha sido hasta la fecha la de no oponerse en principio a la creación de grupos audiovisuales fuertes, prohibiendo tan sólo su constitución en los casos de práctica imposibilidad de acceso al mercado por parte de nuevos competidores, lo que suele ser consecuencia de la alianza entre las empresas privadas de televisión de mayor audiencia con las compañías monopolistas de telecomunicaciones ***(casos MSG, NSD y Premiére) o con los primeros productores de programas (casos HMG y BetaResearch)***.

En todo caso, el punto de vista adoptado es tan sólo el de la pluralidad empresarial, no el del pluralismo audiovisual en sentido estricto. Por este y otros motivos la doctrina ha exigido la introducción de una normativa europea específicamente dirigida al sector audiovisual, con objetivos superiores a los meramente económicos. En este sentido, la propia Comisión elaboró, en marzo de 1997, un Proyecto de Directiva sobre la propiedad de los medios de comunicación en el mercado interior, que no encontró el consenso necesario para su aprobación.

Otro problema abordado por la Unión Europea, que afecta más indirectamente al principio del pluralismo, es el de la doble financiación (Presupuestos Generales del Estado e ingresos publicitarios) de los medios públicos, evidentemente perjudicial para el desarrollo de los privados. Aquí los intereses de los Estados miembros son fuertes y, después de años de debates, en 1997 se llegó

5.- UD 17, VI y VII

a una solución de compromiso: mantener la doble financiación de los medios públicos, siempre y cuando el gasto público se destine exclusivamente a la denominada "función de servicio público", no exigida a los medios privados. Así, según el **Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros**, anexo al Tratado de la Comunidad Europea, las disposiciones del Tratado sobre la libre competencia "se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal y como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público".

También la normativa europea sobre conductas abusivas y colusorias se ha aplicado al sector audiovisual:

a) El actual artículo 82 TCE, que prohíbe "la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo", se ha aplicado a empresas audiovisuales en escasas ocasiones. El caso más célebre es el resuelto finalmente por una Sentencia del Tribunal de Justicia de 1995 (***caso Magill***), en el que se consideró contraria al Tratado la reserva de las cadenas de televisión del mercado secundario de las guías semanales de televisión, "excluyendo cualquier competencia en el mercado, puesto que negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía". Esta jurisprudencia confirma la aplicación, al sector que nos interesa, de la doctrina de las ***essential facilities***, según la cual las empresas que cuentan con la instalación o infraestructura indispensable para la prestación de un determinado servicio están obligadas a permitir a sus competidores el acceso a la misma en condiciones no discriminatorias, pues de lo contrario estos no podrían desarrollar su actividad.

b) El vigente artículo 81 TCE, según el cual "Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común", se ha aplicado sobre todo al problema de las exclusivas que los titulares de derechos de retransmisión conceden a las cadenas de televisión. En esta materia cabe citar, como ***leading case***, la ya antigua Sentencia del Tribunal de Justicia ***Coditel II***, de 1982, según la cual las licencias exclusivas sólo resultan prohibidas cuando, por las circunstancias económicas y jurídicas y por las características específicas del mercado, el ejercicio de los derechos exclusivos provoque la creación de barreras artificiales e injustificables, confiera la posibilidad de obtener beneficios excesivos o cuando la duración de la exclusiva resulte desproporcionada.

C.- DERECHO ESPAÑOL

En España las medidas legales encaminadas a garantizar el pluralismo y la competencia pueden clasificarse en dos grandes grupos: las que favorecen la pluralidad empresarial, normalmente externa (diversidad de empresas, formalmente independientes) y las que tienden a preservar el pluralismo en sentido estricto o pluralismo en la programación o de los contenidos, que en la práctica se traducen básicamente como pluralismo en el interior de cada medio. Conviene recordar una vez más que ambos tipos de medidas no tienen la misma relevancia constitucional: lo realmente importante para la salvaguarda del principio democrático y del derecho del público a recibir información veraz es la garantía del pluralismo de los contenidos, lo que sin duda puede verse reforzado con medidas estrictamente económicas.

En este apartado aludiremos únicamente a las medidas destinadas a garantizar la pluralidad empresarial, dejando para el capítulo siguiente el análisis de las garantías del pluralismo de los contenidos.

Las garantías de la pluralidad empresarial en el sector audiovisual español son de tres tipos:

1.- Derecho general de la competencia

En primer lugar, puesto que de empresas se trata, resulta aplicable la ***Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia***. Dadas las peculiares características del mercado audiovisual, a las empresas del sector resultan aplicables tanto las normas sobre el control de las concentraciones económicas como las relativas a las prácticas restrictivas de la competencia.

La normativa anticoncentración impone notificar a la Administración cualquier "proyecto u operación de concentración de empresas" por el que "se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio", o cuando "el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de [240 millones de euros], siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a [60 millones de euros]". La Ley 16/1989 pone en manos de un órgano administrativo específico, el Tribunal de Defensa de la Competencia, la tarea de elaborar los preceptivos informes sobre estas operaciones, cuya aprobación u oposición final corresponde con gran discrecionalidad al Consejo de Ministros. Sólo en dos ocasiones se ha aplicado este sistema de control a empresas audiovisuales. En ambas el Gobierno aprobó la concentración de medios afines al partido gobernante, anulada en el primer caso por el Tribunal Supremo (***caso Cadena SER-Antena 3 Radio***) y paralizada en el segundo por la Comisión Europea (***caso Telefónica-Canal Plus***). En este momento está pendiente de aprobación un tercer caso, relativo a la fusión de las dos "plataformas" de televisión por satélite existentes en España.

En cuanto a la aplicación de la normativa española sobre conductas abusivas y colusorias al sector que nos ocupa cabe citar de nuevo el típico supuesto de los derechos exclusivos de retransmisión. La decisión más importante en este sentido fue la adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en 1993 (caso Liga profesional), confirmada posteriormente por los tribunales del orden contencioso-administrativo. En esta ocasión el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que la venta exclusiva de los derechos de retransmisión de los partidos de Liga y Copa durante ocho temporadas a las televisiones autonómicas constituía un abuso de la posición dominante que la Liga Nacional de Fútbol Profesional ostentaba en el mercado español de los derechos de retransmisión de fútbol por televisión. La decisión se fundamentó en que la venta de todos estos derechos en bloque y en exclusiva excluía a otras cadenas del mercado durante un largo período de tiempo, que incluso podía ampliarse si las televisiones autonómicas ejercían sus derechos de tanteo y retracto.

2.- Radiodifusión

La LOT, declarada vigente en este punto por la antigua LGT de 1998, garantiza actualmente la pluralidad empresarial en las dos modalidades de radiodifusión donde se permite la gestión privada del servicio público. En onda media se prohíbe que una misma persona obtenga (o participe mayoritariamente) dos o más concesiones sobre un mismo ámbito territorial de cobertura. En frecuencia modulada, por su parte, se sigue el mismo criterio, si bien se permite la acumulación de un máximo de dos concesiones por un mismo titular, cuando "por el número de las ya otorgadas quede suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica".

Para impedir que con posterioridad al otorgamiento de la concesión puedan alterarse las reglas referidas la LOT exige que "cualquier modificación en la titularidad de las acciones [...] así como las ampliaciones de capital cuando la suscripción de acciones [...] no se realice en idéntica proporción entre los propietarios del capital social deberá ser autorizada previamente por la Administración".

Como se advierte, en materia de radiodifusión la pluralidad empresarial se garantiza preferentemente mediante mediadas preventivas cuya ejecución corresponde normalmente al órgano que otorgó la concesión.

3.- Televisión

Como más adelante veremos, la normativa sobre televisión se encuentra dispersa en España y existe una gran variedad de regímenes jurídicos. Por lo que aquí interesa la normativa de mayor importancia, dado el claro predominio de la audiencia correspondiente, es la contenida en la Ley 10/1988, de Televisión Privada, reformada en este punto por la Ley 50/1998. Según esta Ley "ninguna persona física o jurídica podrá ser titular, directa o indirectamente, de acciones en más de una sociedad concesionaria o que representen más del 49% de su capital social", añadiéndose que tanto las adquisiciones de una participación significativa en el capital de las sociedades concesionarias como el incremento, directo o indirecto, en dicha participación estarán sujetos a previa autorización administrativa.

Como en el caso de la radiodifusión la garantía de la pluralidad empresarial se articula aquí sobre todo en medidas preventivas ejecutadas por quien otorgó la concesión, si bien aquí la relevancia del "principio de no concentración de medios" (considerado inspirador de la propia Ley) es mayor, pues se va más allá de la mera limitación del número de concesiones: dado que sólo se permiten tres en todo el país, se exige además que cada empresa de televisión nacional por ondas esté participada, al menos, por tres personas, físicas o jurídicas, independientes.

IV. TIPOS DE SERVICIOS AUDIOVISUALES Y FORMAS DE ACCESO AL MERCADO

A.- RADIODIFUSIÓN

1.- Concepto

En España la radiodifusión sonora o radiodifusión en sentido estricto (aquella que corresponde estudiar aquí)[6] es definida legalmente como "la producción y difusión de sonidos mediante emisiones radioeléctricas a través de ondas o mediante cables, destinadas mediata o inmediatamente al público en general o bien a un sector del mismo, con fines políticos, religiosos, culturales, educativos, artísticos, informativos, comerciales, de mero recreo o publicitarios".

2.- Modalidades

Atendiendo a la banda de emisión podemos hablar de cuatro modalidades de radiodifusión: onda corta, onda larga, onda media (con limitación a seis canales por dial, pero amplia cobertura y posi-

6.- Téngase en cuenta que en algunas normas (singularmente, en el Derecho comunitario) el término radiodifusión incluye la radio y la televisión.

bilidad de recepción en movimiento) y frecuencia modulada (que admite hasta treinta canales por dial, pero limitada a la cobertura local y con dificultades de recepción en móviles). Por su parte, desde el punto de vista del medio de difusión utilizado podemos hablar de cinco modalidades posibles: difusión analógica terrenal, difusión vía satélite, difusión vía cable, difusión a través de página ***web (Web Cast)*** y difusión digital terrenal.

El acceso al mercado de la radiodifusión se encuentra en primer lugar condicionado por la escasez del espectro radioeléctrico, problema éste que se solventará en gran medida con la implantación de la radio digital, que será el modelo dominante en un futuro próximo. De conformidad con la previa la asignación internacional de frecuencias, el Estado aprueba el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, complementado por los correspondientes Planes Técnicos Nacionales.

En España todas las modalidades de radiodifusión están consideradas servicio público, en dos casos en monopolio (ondas larga y corta) y en el resto en competencia, según el modelo dual (coexisten emisoras públicas y privadas, tanto en onda media como en frecuencia modulada). En consecuencia, para acceder al mercado se hace preciso obtener la correspondiente concesión administrativa para la gestión indirecta o privada del servicio público, a otorgar por el poder central o por los poderes territoriales, según los casos, siempre de conformidad con el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias y con el Plan Técnico aplicable en cada caso.

B.- TELEVISIÓN

1.- Concepto

En España la televisión es legalmente definida como “la forma de telecomunicación que permite la emisión o transmisión de imágenes no permanentes, por medio de ondas electromagnéticas propagadas por cable, por satélite, por el espacio sin guía artificial o por cualquier otro medio”, añadiéndose que “No tendrá la consideración de televisión la emisión o transmisión de imágenes realizadas por instalaciones que, sin conexión a redes exteriores y sin utilizar el dominio público, presten servicio en un vehículo, en un inmueble, en una comunidad de propietarios [...] o en una manzana urbana de fincas colindantes”.

En relación con la transmisión por cable, modalidad en la que pueden plantearse problemas de delimitación con otros servicios, la televisión es definida en el Derecho español, con mayor precisión, como el servicio consistente en la difusión “de imágenes no permanentes con su sonido asociado, transmitidas en un solo sentido, codificadas o no, que constituyen una programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio”.

Por su parte, a los meros efectos del control de contenidos, la legislación española de trasposición de la Directiva *Televisión sin fronteras* define la televisión como “la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario, no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares”.

2.- Modalidades

A la hora de establecer una tipología de los servicios de televisión pueden seguirse criterios distintos, tales como el medio técnico de transmisión, el ámbito territorial de cobertura o la naturaleza pública o privada de la empresa audiovisual respectiva. Como ejemplo de regulación de la televisión acudiremos nuevamente al vigente ordenamiento español, que comprende una gran diversidad de regímenes jurídicos, fruto de una "legislación de aluvión", dispersa y en ocasiones contradictoria. Esta diferenciación de regímenes se realiza combinando varios de los criterios de clasificación antes citados. Aquí nos limitaremos a hacer somera mención de ellos, con expresa alusión, en su caso, al problema que sistemáticamente aquí interesa, el acceso al mercado de operadores privados:

a) **Televisión por ondas terrestres.** Acapara el 95% de la audiencia de televisión en España. Comprende a su vez cuatro regímenes jurídicos diferenciados: pública nacional, pública autonómica, privada nacional y local, objeto cada uno de ellos de una Ley propia. Todos son calificados hoy como servicios públicos en sentido formal.

La televisión pública nacional es gestionada directamente por el "Ente público RTVE", sujeto al Derecho administrativo, salvo en sus "relaciones jurídicas externas, en las adquisiciones patrimoniales y contratación", regidas por el Derecho privado. La gestión ordinaria del Ente corresponde a un Consejo de Administración, nombrado por el Parlamento y, sobre todo, al Director General, nombrado por el Gobierno. Dada la acentuada politización del medio no parece correcto considerar a RTVE una autoridad administrativa independiente, pues aunque en la práctica el Gobierno no puede cesar al Director General, éste acepta siempre las "sugerencias" de dimisión que aquél le plantea.

Las televisiones públicas autonómicas son gestionadas por entes públicos similares a RTVE, formalmente titulares de una concesión otorgada por el poder central, fórmula criticada por la doctrina por la perversión del modelo tradicional del servicio público y, sobre todo, por lo que implica de pérdida de la autonomía de los entes territoriales, constitucionalmente reconocida. Para obtener un canal autonómico el Gobierno regional solicita al estatal la concesión, tras la cual se crea un Ente público gestionado a imagen y semejanza de RTVE: un Director General de confianza del Ejecutivo y un casi inoperante Consejo de Administración. Sólo en Cataluña encontramos especialidades dignas de mención, pues allí existe un Consejo del Audiovisual, de designación parlamentaria (con excepción del Presidente, elegido por el Gobierno regional), que controla y sanciona a las televisiones catalanas, con especial atención a las de naturaleza pública.

En cuanto a la televisión privada de ámbito nacional sólo se admiten tres concesionarios, lo que se justifica en la escasez del espectro radioeléctrico. Como sabemos, esta fórmula ha sido considerada inadecuada por la doctrina. En la práctica, sin embargo, no se plantean especiales problemas, pues los tres concesionarios (que se financian casi exclusivamente mediante la publicidad y pueden hoy considerarse consolidados en términos de rentabilidad económica) actúan de hecho con entera libertad, sólo enturbiada por algunos expedientes sancionadores por vulneración de la normativa especial sobre publicidad.

Por último, la televisión local por ondas terrestres es considerada también servicio público. Sólo se admite una concesión (excepcionalmente dos) por municipio, otorgada por la Comunidad Autónoma correspondiente, limitación que resulta discutible, pues en los municipios grandes técnicamente resultaría posible un número mayor. Si desean crear una televisión local, los municipios tienen preferencia sobre los particulares: en este caso, poco frecuente, suele crearse una "entidad gestora" de naturaleza pública, controlada por el Pleno del Ayuntamiento. Si, por el contrario, el concesionario es una empresa privada, la Ley establece unas mínimas obligaciones de tipo formal. Actualmente en España la situación es de claro incumplimiento de la Ley, pues existen multitud de

emisoras (más de una en muchos municipios) emitiendo sin la preceptiva concesión, lo que es tolerado por los poderes territoriales, en parte porque la situación es consecuencia, sobre todo, de su propia inactividad, al no haberse convocado los concursos correspondientes.

b) **Televisión por satélite.** En España es el único servicio de televisión que no es formalmente servicio público. Esto se traduce, sobre todo, en la libertad de entrada en este mercado. Es decir, no hay límite de operadores y basta con obtener una autorización, de naturaleza reglada, que corresponde otorgar al órgano regulador de las telecomunicaciones. Aquí las dificultades de acceso son obviamente económicas y de peso; prueba de ello es que las dos únicas "plataformas" de televisión por satélite han decidido fusionarse, acuerdo aún pendiente de aprobación por las autoridades de la competencia.

c) **Televisión por cable.** Inicialmente el conjunto del sector de las "telecomunicaciones por cable" fue considerado servicio público y se dividió el territorio nacional en demarcaciones, permitiéndose tan sólo un concesionario en cada una de ellas, además de Telefónica, que gozaba de título habilitante ***ex lege*** en todas. Poco después la primera LGT convirtió a las telecomunicaciones en servicio despublificado, con la consiguiente supresión de las demarcaciones, si bien manteniendo vigente la vieja LTC "para el régimen del servicio de difusión de televisión", fórmula con la cual no quedaba claro si la televisión por cable conservaba o no su caracterización como servicio público. Pese a la ambigüedad legislativa, la normativa reglamentaria de desarrollo y la práctica administrativa confirmaron el mantenimiento del servicio público de televisión por cable, lo que provoca no pocos problemas de articulación y alguna paradoja, ya que, por ejemplo, una empresa puede disponer de autorización para instalar redes aptas para servicios de televisión pero no puede prestarlos (ni permitir que lo hagan otras empresas) por carecer de la única concesión admitida por demarcación. Al hablar de los otros servicios audiovisuales volveremos sobre esta cuestión.

d) **Televisión digital terrenal.** El Derecho español define este servicio como "aquel en el que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción simultáneamente, utilizando para ello la tecnología digital y los canales radioeléctricos". Aunque este sistema ofrece menor capacidad que el satélite y el cable tiene la ventaja de que permite el aprovechamiento de las infraestructuras de recepción de televisión analógica ya existentes, sin exigir del usuario la instalación de parábolas. Además, mejora la calidad de la imagen y admite la interactividad. De hecho, está previsto que en un futuro próximo sustituya a la técnica ahora dominante, la televisión analógica por ondas.

La televisión digital terrenal tiene también naturaleza de servicio público, el cual puede prestarse de tres formas: en gestión directa (por RTVE y los Entes similares autonómicos), en gestión indirecta (mediante concesión administrativa) o en régimen especial, aplicable a las tres concesionarias de televisión nacional por ondas, que tienen la obligación legal de emitir simultáneamente los mismos contenidos mediante tecnología analógica y digital.

El Plan Técnico prevé en el futuro la disponibilidad de 392 bandas de frecuencias (con diferentes ámbitos territoriales de cobertura), cada una de las cuales admite a su vez uno o varios "canales múltiples", y cada canal múltiple, uno o varios "programas" (lo que hoy entendemos habitualmente por canal). La normativa de desarrollo irá precisando cuántos canales múltiples permite cada banda de frecuencia y cuántos programas permite cada canal. Los concursos para la obtención de las concesiones se irán convocando progresivamente, conforme las bandas de frecuencias vayan quedando técnicamente disponibles y la Administración lo considere oportuno, pues rigen aquí criterios de oportunidad. Los concursos de ámbito nacional serán convocados por el Consejo de Ministros y los demás por los Gobiernos autonómicos correspondientes.

3.- Régimen del acceso condicional

Por último, interesa hacer somera mención a una normativa transversal, específica de los denominados servicios televisivos de acceso condicional o de pago, característicos de las modalidades más recientes de televisión (cable, satélite y digital terrenal). Esta normativa se centra en la imposición de requisitos a los aparatos descodificadores, que son de dos tipos:

a) La obligación de inscripción en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional. En el Derecho español cualquier persona física o jurídica que comercialice, distribuya, ceda temporalmente o alquile descodificadores está obligada a inscribirse en este Registro. Esta obligación se interpreta, por imposición de las autoridades comunitarias, como meramente formal, ya que la inscripción se considera declarativa y no constitutiva para la comercialización de los aparatos.

b) El cumplimiento de una serie de requisitos técnicos, que se resumen en la obligación, derivada de la Directiva 95/47/CE, de facilitar el carácter abierto y compatible de los sistemas de acceso condicional, de forma tal que los usuarios puedan recibir a través de un solo descodificador los programas emitidos por cualquier operador en el mercado, para evitar que el aparato se convierta en una barrera de entrada. En caso de que técnicamente los descodificadores no sean compatibles (como sucede en España con las dos “plataformas” todavía existentes de televisión por satélite) los operadores deberán alcanzar un acuerdo, bajo el control del órgano regulador de las telecomunicaciones. La CMT ostenta también competencias en lo relativo al control de los modelos de contrato con los usuarios.

C.- OTROS SERVICIOS AUDIOVISUALES

El avance tecnológico ha permitido la aparición de “nuevos medios” que parecen audiovisuales (emplean imágenes en movimiento, sonidos o ambos conjuntamente) pero no siempre encajan en el concepto tradicional de radiodifusión o de televisión.

Para concretar el catálogo de estos llamados nuevos medios podemos acudir a la relación efectuada por el organismo regulador español, que distingue entre:

a) **Videoconferencia**, definido como un servicio suministrado con tecnología digital que transforma imagen y sonido en datos.

b) **Vídeo bajo demanda**, consistente en un servicio interactivo personalizado que se presta a través de canales punto a punto dedicados, eligiendo el usuario un programa concreto a través de la red, que es ejecutado en un servidor remoto y visualizado en el domicilio del usuario en tiempo real, incorporando funcionalidades típicas de reproductor de vídeo, tales como avance rápido y parada de imagen.

c) **Vídeo casi bajo demanda**, que se caracteriza porque el usuario puede solicitar la visión de un programa predeterminado (que se emite en varios canales con el mismo contenido retardados en tiempo indeterminado unos con respecto a otros), debiendo para ello, en cada caso, mandar una orden al sistema a través del terminal de acceso del usuario, a fin de que el programa se cargue en la cuenta y se produzca un mandato de descodificación del programa que se desea ver.

d) **Vídeo a la carta**, consistente en la difusión de programas audiovisuales en la que el usuario final interactúa con la red para acceder al programa deseado, que le es suministrado en un momento prefijado por la red.

El principal problema jurídico que plantean estos servicios es si se consideran asimilables o no a los servicios audiovisuales tradicionales (radio o televisión), pues de la respuesta que se dé a esta cuestión depende el régimen jurídico aplicable. En España los cuatro servicios audiovisuales antes referidos no han sido considerados por el organismo regulador como servicios de televisión sino como servicios de transmisión de datos disponibles al público. Esta opción, fundada en el argumento de identificar televisión con ausencia de interactividad, tiene una trascendencia jurídica de primer orden, pues para prestar estos servicios basta ahora con obtener una mera autorización de naturaleza reglada, otorgada de forma prácticamente automática por la CMT (no una concesión administrativa, imposible por otra parte en el cable, donde están ya otorgadas todas las concesiones posibles). En todo caso, la cuestión es polémica y se encuentra pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo planteado por la Administración General del Estado (que ha perdido el control de hecho sobre estos servicios) contra esta interpretación de la CMT.

V. LA EMPRESA AUDIOVISUAL

A.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

No existe un concepto jurídico claro de empresa audiovisual. Por nuestra parte podemos definirla como aquella empresa cuyo objeto social es la emisión de programas de radio o de televisión, lo que vendría a identificarse con la idea social de emisora, excluyendo por tanto las empresas de mera producción de contenidos, de naturaleza algo distinta, y que quedarán fuera de nuestro estudio.

Las empresas audiovisuales así entendidas son habitualmente sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada. Algunos ordenamientos (como el español) exigen, al menos para algunas modalidades de empresas audiovisuales (p. ej., en España, para las televisiones públicas autonómicas o para las televisiones privadas por ondas de ámbito nacional), la constitución de sociedades del primer tipo, pues ello permite un mayor control, interno y externo, sobre su actividad. A ello se añaden a veces requisitos específicos, tales como la obligación de que las acciones sean nominativas, la prohibición de entrada de capital extranjero hasta un determinado límite o específicas normas anticoncentración, estudiadas ya en este Capítulo.

Como ya hemos comprobado, toda empresa audiovisual exige normalmente algún tipo de autorización administrativa[7], bien la mera autorización, bien la concesión administrativa. Su régimen jurídico estará en dependencia de la fórmula exigida en cada caso, cuestión que no podemos abordar aquí, remitiéndonos a la normativa aplicable para las distintas modalidades.

B.- FUNCIÓN SOCIAL Y ESTRUCTURA INTERNA

En este lugar interesa destacar brevemente algunas peculiaridades de las empresas audiovisuales, derivadas de su consideración como medios de comunicación social. Interesa aquí destacar que no estamos en presencia de empresas típicas, orientadas sin más a la producción y distribución de bienes o servicios para la consecución de un beneficio económico, sino que, junto a esta innegable faceta económica, encontramos una importante faceta social e incluso política, la llamada función social de los medios de comunicación, a la cual el Derecho no puede resultar ajeno.

7.- Esta regla no rige en relación con las empresas que operan en Internet (Art. 6 LSSI), pero resulta discutible que las mismas puedan ser consideradas empresas audiovisuales.

En efecto, las empresas audiovisuales desempeñan funciones públicas, de especial trascendencia para el conjunto de la sociedad, tanto a nivel individual como colectivo: en primer lugar, satisfacen derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el de recibir información (constitutivo éste para el sistema democrático), educación y cultura[8]; en segundo lugar, son el punto de encuentro y cauce necesario para la integración social.

Desde el punto de vista jurídico esta realidad se traduce básicamente en dos tipos de consecuencias. En primer lugar, el Estado está legitimado para imponer un mayor control de estas empresas, dada la importancia de los intereses en juego, especialmente desde el punto de vista de los contenidos de la programación a emitir, pudiendo el poder público, bien imponer, bien prohibir determinados contenidos; en el Capítulo siguiente trataremos pormenorizadamente de esta importante cuestión. En segundo lugar, las empresas audiovisuales son empresas en las cuales la ideología está presente de manera especial, circunstancia ésta que, mezclada a la naturaleza propia de toda empresa (la obtención de beneficios económicos como prioridad y la centralización de las decisiones como método habitual de trabajo), no siempre obtiene respuesta fácil desde el punto de vista jurídico. A este problema nos referiremos brevemente a continuación.

En tanto que empresas, al menos parcialmente, informativas[9], las empresas audiovisuales pueden ser caracterizadas como empresas de tendencia. Se trata de una categoría doctrinal, sin reconocimiento expreso en el Derecho positivo, utilizada para denominar a las empresas destinadas directa y predominantemente a la puesta en práctica de una determinada ideología. Aunque la doctrina acostumbra a calificar en bloque y sin matizaciones a todas las empresas informativas como empresas de tendencia, a nuestro entender tal calificación no es correcta en todos los casos, a menos que optemos por una amplísima definición de esta categoría, que acabaría privándola de toda utilidad. Un método útil para determinar si una empresa audiovisual es una empresa de tendencia es comprobar la presencia de principios editoriales del medio, expresamente manifestados. Se trata de la relación, hecha pública por los propietarios de determinados medios, de los criterios que inspiran su actividad, siempre que éstos se asemejen a la concreción de una ideología más o menos determinada.

Desde el punto de vista constitucional, una empresa audiovisual (o, en rigor, sus propietarios y los cargos de confianza de éstos) ejerce tres tipos de derechos fundamentales:

a) Como norma general, la actividad de la empresa audiovisual se encuentra cubierta por la libertad de empresa, que se ejerce incluso cuando se opera bajo el régimen propio del servicio público. En aras de la obtención de beneficios económicos, finalidad última de toda empresa, su titular puede organizarla internamente de la forma que crea más conveniente y, sobre todo, orientar su funcionamiento de acuerdo con esa finalidad.

b) La libertad ideológica pertenece también a los titulares de la empresa informativa, quienes la ejercen en el funcionamiento ordinario de la misma, complementando así la dirección puramente empresarial con una dirección marcada por objetivos distintos, coincidentes con los propios de su ideología.

c) Se plantea la duda de si la empresa audiovisual en cuanto tal puede ejercer la libertad de expresión. A nuestro juicio este ejercicio sólo resultaría posible en las actividades de programación, más cercanas por su naturaleza a la libertad de expresión que a la libertad de empresa.

8.- A estos derechos podría añadirse un discutible derecho al ocio o al entretenimiento que, no por carecer de reconocimiento jurídico deja de ser reclamado por la ciudadanía.
9.- La típica “empresa informativa” es la prensa. La radio y la televisión no responden estrictamente a esta categoría, por cuanto el porcentaje mayor de la programación suele corresponder al ocio o al entretenimiento y no tanto a la información estrictamente considerada.

Consideremos ahora un nuevo elemento, característico de toda empresa informativa (y, por ende, de toda empresa audiovisual), que condiciona constitucionalmente (al menos sobre el papel) toda su actividad: la presencia de unos profesionales peculiares, que ejercen derechos fundamentales propios, de los que carecen los trabajadores de otras empresas. Especialmente el régimen jurídico del periodista dota a la empresa audiovisual de una impronta característica que no puede soslayarse.

Ante todo, hay que señalar que el periodista que de forma regular presta sus servicios en la empresa audiovisual no es un trabajador más, sino un trabajador que constitucionalmente goza de una autonomía reforzada. No es aceptable considerar a estos profesionales como meros voceros de las ideas del propietario de la empresa, cuyo trabajo quedaría reducido a reproducir en público los dictados de éste. Desde el punto de vista constitucional los periodistas son portadores de derechos fundamentales propios, que ejercen al antes al servicio de la sociedad (del público, si se quiere) que de los intereses particulares de quienes los contrató.

Como consecuencia del reconocimiento, constitucional o legal, de derechos propios de los periodistas (cláusula de conciencia, derecho de autor) o habitualmente ejercidos por éstos (libertad de expresión), la situación de la empresa audiovisual es la del conflicto de derechos, a solucionar jurídicamente mediante el criterio interpretativo de concordancia práctica, que exige la ponderación o equilibrio entre los intereses implicados, de forma tal que ninguno de ellos prevalezca en demasía sobre el otro, pues no hay derechos ilimitados. Desde luego, en el contexto de las relaciones de poder que caracterizan a la empresa audiovisual, especialmente patente en países donde la precariedad laboral de los periodistas es acusada, resulta lógico pensar que éstos tenderán con frecuencia a la práctica de la ***autocensura***, renunciando de hecho al ejercicio de sus derechos fundamentales. En estas circunstancias, tal y como ya recogen algunos estatutos de redacción, la doctrina propone una adecuada separación de funciones entre la empresa y los periodistas, cuya natural posición de inferioridad debería encontrar adecuado contrapeso en la fijación de un cierto estatuto privilegiado a favor de los comités de redacción.

UNIDAD DIDACTICA 17
LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

III. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD, LA TELEVENTA Y EL PATROCINIO.

A.- Planteamiento general.
B.- Formas prohibidas de publicidad.
C.- Obligaciones de identificación y colocación de la publicidad.
D.- Tiempo máximo de emisión de publicidad y televenta.
E.- Obligaciones relativas a los programas patrocinados.

IV. PROTECCIÓN DE MENORES.

V. PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL: LAS CUOTAS EUROPEAS.

VI. RETRANSMISIONES DEPORTIVAS.

VII. DERECHOS DE ACCESO.

A.- Planteamiento.
B.- El acceso de los grupos sociales y políticos.
C.- El acceso gubernamental.
D.- El derecho de rectificación.
E.- Formas especiales de acceso en la televisión por cable.

VIII. LOS CONTENIDOS EN PERÍODO ELECTORAL.

A.-La publicidad electoral.
B.-Los espacios gratuitos.
C.-La información en campaña electoral.

IX. LOS LLAMADOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA PROGRAMACIÓN Y LA FUNCIÓN DE LOS MEDIOS PÚBLICOS.

X. NATURALEZA Y CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES.

BIBLIOGRAFÍA DEL MÓDULO IV

I. INTRODUCCIÓN

Los contenidos audiovisuales son los mensajes transmitidos a través de los servicios audiovisuales, esto es, la radio, la televisión y los llamados nuevos medios, enumerados en una unidad didáctica anterior[10]. La programación audiovisual, en el sentido amplio del término (inclusivo no sólo de la planificación general de los espacios sino también del contenido de los mismos), es objeto de atención por el Derecho audiovisual de forma bastante parcial y fragmentaria, es decir, al ordenamiento le interesa tan sólo prohibir contenidos muy particulares (especialmente, determinadas formas de publicidad y la pornografía a determinadas horas) y, de forma todavía más excepcional, obligar a que se emitan determinados mensajes. A esta normativa, dispersa en el Derecho español, nos referiremos a continuación, no sin antes enmarcar el problema, como no podía ser de otra manera, en sus coordenadas constitucionales.

Sobre la función que el ordenamiento ha de desempeñar en materia de programación se enfrentan dos modelos extremos, que conviene de antemano desechar precisamente por su carácter unilateral. Para el primero de ellos, el Estado no debe intervenir en absoluto en la libertad de programación de los operadores, pues cualquier injerencia que fuera más allá del régimen general de la libertad de expresión supondría una injustificable restricción a los derechos fundamentales, que incidiría negativamente en la libre formación de la opinión pública, más si se tiene en cuenta la habitual propensión del poder estatal a orientar políticamente los contenidos audiovisuales. Para el modelo contrario, la función pública de todos los medios audiovisuales, derivada de su servicio al interés general y de la necesidad de salvaguardar los derechos de los usuarios, legitima una amplísima actuación del Estado sobre los mismos, que no puede ser frenada por la configuración individualista de la libertad de unos pocos y en la que, de considerar que tiene apoyo constitucional, predomina su aspecto objetivo o institucional. Pues bien, ni una ni otra postura extrema encuentra fácil acomodo en el orden constitucional positivo: ni la actividad de programación resulta ajena al sistema de derechos fundamentales ni éstos pueden ser concebidos de modo que impidan totalmente el control del Estado, justificable muchas veces por la necesidad de proteger otros derechos y principios constitucionalmente relevantes.

De entrada, debe afirmarse el principio de libertad de programación, entendida como el derecho de los operadores (o, en su caso, de los profesionales a su cargo) a determinar, sin impedimentos injustificados, el conjunto de los productos audiovisuales que desean ofrecer al público. Desde el concepto amplio de programación del que hemos partido esta libertad puede encontrar sustento constitucional, bien en la libertad de expresión (emisión directa de mensajes), bien en la libertad de empresa (planificación general de los espacios). La opción por uno derecho tendrá alguna consecuencia práctica: si bien ambos son igualmente fundamentales y no puede hablarse en rigor de una jerarquía entre ellos, resultará por lo general más sencillo justificar las intervenciones sobre la libertad de empresa, a la vista de la misma posición de este derecho (condicionado en la CE a las “exigencias de la economía general, y en su caso, de la planificación”) en la estructura constitucional. En todo caso, esté en juego la libertad de expresión o la libertad de empresa, las intervenciones sobre la libertad de programación deberán encontrarse de un modo u otro justificadas, aunque sólo sea por el necesario respeto al principio de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cuando el Estado imponga obligaciones en materia de programación que impliquen una intervención sobre estos derechos fundamentales (y habrá que ver si toda obligación equivale a una intervención), deberá justificarlo, directa o indirectamente, en otras normas constitucionales.

10.- UD 16.

II. RÉGIMEN GENERAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Los contenidos audiovisuales están sujetos, en primer lugar, a los límites generales propios de la libertad de expresión, ya analizados en la UD correspondiente, adonde remitimos[11].

En el Derecho español **los ilícitos penales y civiles se agravan** si el medio utilizado es un medio audiovisual. Así:

a) Los delitos de injurias y calumnias se ven penados con mayor gravedad si existió "publicidad" (art. 206 CP), presumiéndose que ésta se da cuando las afirmaciones prohibidas se realizaron "por medio de [...] la radiodifusión" (art. 211 CP), término éste aquí inclusivo de la radio y de la televisión.

b) En caso de obligación de indemnizar civilmente por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, el juez ha de tener en cuenta, para la fijación de la cuantía correspondiente, la "difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido" (art. 9.3 LOPH). Esta solución resulta más flexible que la adoptada por el CP, pues admite expresamente la graduación de la sanción.

Siguiendo con el Derecho español, otra especialidad digna de mención de la aplicación del régimen general de la libertad de expresión a los medios de comunicación (lo que obviamente incluye los audiovisuales) es la peculiar **distribución de la responsabilidad**, tanto en sede penal como civil:

a) En los delitos y faltas cometidos "utilizando medios o soportes de difusión mecánicos" se establece un sistema de responsabilidad que puede llegar hasta el propio medio audiovisual. Así, según el artículo 30.2 CP, "los autores [del delito o falta] responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º) Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º) Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º) Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora".

b) En sede civil la responsabilidad del medio es mucho más fuerte, pues es de carácter solidario. Aunque nada se dice sobre ello en la LOPH, la jurisprudencia española extiende a todos los ilícitos civiles cometidos a través de los medios de comunicación el régimen de los artículos 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 (aplicable, en principio, únicamente a la prensa) y 212 CP (responsabilidad civil derivada del delito).

III. RÉGIMEN DE LA PUBLICIDAD, LA TELEVENTA Y EL PATROCINIO

A.- PLANTEAMIENTO GENERAL

Todos los contenidos audiovisuales se encuentran sujetos a la normativa general de publicidad. Por su parte, los contenidos televisivos[12] se encuentran además sujetos a normas específicas, mucho más estrictas, derivadas básicamente de las previsiones de la Directiva *Televisión sin fronteras*. A continuación examinaremos conjuntamente todo este complejo normativo, desde el punto de vista del Derecho español.

11.- UD 15, II.

En la medida que entendiéramos que la actividad publicitaria es una actividad informativa cubierta por la garantía del derecho fundamental a la libertad de información las prohibiciones y obligaciones que veremos a continuación deberían justificarse en la necesidad de preservar otras normas constitucionales, lo que en España no parece difícil a la vista de la necesaria veracidad de la información (art. 20.1 d) CE) y del reconocimiento constitucional del derecho a la salud (art. 43) y de los intereses de los consumidores (art. 51).

La Ley española, trasposición exacta de la Directiva citada, entiende por publicidad en televisión "cualquier forma de mensaje televisivo emitido, mediante contraprestación y por encargo de una persona física o jurídica, pública o privada, en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover la contratación de bienes muebles o inmuebles o de servicios de cualquier tipo", añadiéndose expresamente que se consideran publicidad "los mensajes dedicados a la autopromoción", así como cualquier otro "emitido por cuenta de terceros para promover determinadas actitudes o comportamientos entre los telespectadores".

Por su parte, por televenta se entiende "la radiodifusión televisiva de ofertas directas al público para la adquisición o el arrendamiento de toda clase de bienes y derechos o la contratación de servicios, a cambio de una remuneración".

B.- FORMAS PROHIBIDAS DE PUBLICIDAD

Integrando lo dispuesto en la Directiva y en la normativa española general de publicidad nos encontramos con nueve supuestos de publicidad prohibida:

a) **La que vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución**. Dentro de esta amplísima fórmula se incluyen expresamente los intereses más sensibles, directa o indirectamente constitucionalizados, tales como la infancia, la juventud y la mujer, las convicciones religiosas o políticas, el derecho a la no discriminación, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente. Asimismo se prohíbe la publicidad que apele al miedo o a la superstición o que pueda fomentar abusos, imprudencias, negligencias o conductas agresivas, así como la que incite a la crueldad o al maltrato de personas o animales o a la destrucción de bienes culturales o naturales.

b) **La publicidad engañosa**, considerando por tal aquella "que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor", así como "la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios".

c) **La publicidad desleal**, que a su vez puede ser de tres tipos: 1º) "La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades"; 2º) "La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros distintivos de los

12.- A efectos de la Directiva la televisión es definida como "la emisión primaria, con o sin cable, por tierra o por satélite, codificada o no, de programas televisados destinados al público. Este concepto comprenderá la comunicación de programas entre personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que tengan por finalidad la emisión de televisión destinada al público. Por el contrario, no se incluyen en esta definición aquellos servicios de comunicaciones prestados previa petición individual, cuya finalidad sea la aportación de elementos de información u otras prestaciones, como servicios de facsímil, bancos de datos electrónicos y otros servicios similares" (art. 3 de la Ley 25/1994).

competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles"; 3º) "La publicidad comparativa cuando no se apoye en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado".

d) **La publicidad subliminal**, es decir, "la que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida".

e) **La publicidad encubierta**, esto es, la que suponga "la presentación verbal, visual o sonora, dentro de los programas, de los bienes, los servicios, el nombre, la marca, la actividad o los elementos comerciales propios de un empresario que ofrezca bienes y servicios y que tenga, por intención del operador de televisión, propósito publicitario y pueda inducir al público a error en cuanto a su naturaleza", presumiéndose tal intención en caso de remuneración y excluyéndose del concepto las presentaciones en acontecimientos abiertos al público cuando la participación del operador de televisión titular de los derechos de emisión "se limite a la mera retransmisión del evento, [sin] desviación interesada para realzar el carácter publicitario".

f) **La publicidad, directa o indirecta, de cigarrillos y demás productos del tabaco**. Por publicidad indirecta se entiende la que, "sin mencionar directamente los productos, utilice marcas, símbolos u otros rasgos distintivos de tales productos o de empresas cuyas actividades principales o conocidas incluyan su producción o comercialización".

g) **La publicidad, directa o indirecta, de medicamentos y de tratamientos médicos** que sólo puedan obtenerse por prescripción facultativa en el territorio nacional, así como la televenta de productos sanitarios.

h) **La publicidad de contenido esencial o primordialmente político**, o dirigida a la consecución de objetivos de tal naturaleza. Más adelante, al aludir a los contenidos en período electoral, volveremos sobre esta cuestión y sobre las excepciones a esta prohibición.

i) **La publicidad, directa o indirecta, de bebidas con graduación alcohólica** superior a 20º. Si la bebida es inferior a dicha graduación, su publicidad resultará también prohibida si se dirige específicamente a los menores o presenta a éstos consumiendo estas bebidas, si asocia el consumo de alcohol con la mejora del rendimiento físico o con la conducción de vehículos o da la impresión de que el consumo contribuye al éxito social o sexual o sugiere que las bebidas alcohólicas tienen propiedades terapéuticas o un efecto estimulante o sedante o que constituyen un medio para resolver conflictos y si estimula el consumo inmoderado de bebidas alcohólicas u ofrece una imagen negativa de la abstinencia o de la sobriedad, o subraya como cualidad positiva de las bebidas su alto contenido alcohólico.

C.- OBLIGACIONES DE IDENTIFICACIÓN Y COLOCACIÓN DE LA PUBLICIDAD

Como norma general, los espacios publicitarios se emitirán entre los programas, agrupadamente y de forma fácilmente identificable, diferenciada del resto de la programación con medios ópticos o acústicos. No obstante, la publicidad podrá también insertarse dentro de los programas siempre que no perjudique su unidad ni desmerezca su valor o calidad y su emisión se realice teniendo en cuenta las propias interrupciones naturales del programa, su duración y naturaleza, sin perjuicio para los derechos de los titulares de los programas donde la publicidad se inserta.

Por otra parte, dentro de los programas las interrupciones publicitarias deberán estar separadas por un lapso de tiempo de veinte minutos como mínimo, si bien se permite, por una sola vez dentro de cada programa, que dicho lapso pueda ser inferior a veinte minutos y superior a quince, siempre que se haga "para respetar las pausas naturales" del programa, o que pueda ser inferior a veinte minutos si sólo hay dos interrupciones publicitarias dentro del programa. También se permite que el lapso pueda ser inferior a veinte minutos si transcurre entre la emisión de la publicidad o televenta anterior o posterior a un programa y las primeras o últimas interrupciones para insertar publicidad o televenta dentro de aquél.

Por lo que a las condiciones técnicas de emisión de publicidad se refiere, la legislación prohíbe la modificación de los parámetros habituales, especialmente para que los espacios publicitarios no "produzcan en el telespectador un efecto de incremento sonoro notoriamente perceptible, respecto de la emisión inmediatamente anterior".

Por último, existen reglas especiales sobre la colocación de publicidad en determinados programas, tales como los "compuestos de partes autónomas o que cuenten con intervalos de tiempo entre cada una de las partes", las emisiones deportivas, los largometrajes cinematográficos o televisivos que no formen parte de una serie o los programas informativos, documentales, religiosos e infantiles.

D.- TIEMPO MÁXIMO DE EMISIÓN DE PUBLICIDAD Y TELEVENTA

En cada canal se permiten hasta tres horas diarias de emisión de programas de televenta. Estos programas, que no podrán ser más de ocho diarios, deberán tener un mínimo de quince minutos de duración ininterrumpida.

Por lo que a la publicidad en general (de cuyo concepto se excluyen ahora los anuncios "de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, y la autopromoción) y a los espacios (no programas) de televenta se refiere, la legislación establece los siguientes tiempos máximos: cada día, el 20% de la emisión y cada hora 17 minutos.

Aunque no se indica expresamente, parece razonable entender que los porcentajes y los minutos señalados toman en consideración cada canal por separado, no el conjunto de la oferta distribuida por un único operador. Otra interpretación pondría claramente en riesgo la finalidad perseguida por la norma: de admitirse el cómputo total el operador podría concentrar la publicidad en los canales de mayor difusión, con lo que los intereses de los usuarios quedarían burlados.

E.- OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS PROGRAMAS PATROCINADOS

Los programas patrocinados son aquellos en los que una persona (cuya actividad principal no sea la fabricación de productos o la venta de servicios cuya publicidad esté prohibida en televisión), llamada patrocinador, contribuye a la financiación de programas de televisión realizados por otra persona, con la finalidad de promover el nombre, la marca, la imagen, las actividades o las realizaciones del patrocinador.

Estos programas (que no pueden ser "diarios sobre noticias" ni programas de "actualidad política", aunque sí las partes de los mismos dedicadas a la información deportiva y metereológica) deberán cumplir tres requisitos:

a) Su contenido no podrá ser influido por el patrocinador, lo que atentaría contra la "independencia editorial" del patrocinador.

b) Los programas deberán estar claramente identificados como patrocinados mediante el nombre u otros signos del patrocinador, al principio, al final del programa, durante sus interrupciones publicitarias o incluso durante el transcurso del programa, en este último caso siempre que se haga de manera esporádica y sin perturbar su desarrollo.

c) Los programas y sus identificadores no deberán contener mensajes que inciten a la compra o a la contratación de los productos o servicios del patrocinador o de un tercero mediante referencias concretas de promoción a dichos productos o servicios aunque obviamente dicha incitación resulta posible en los espacios de publicidad que en su caso se inserten en los programas patrocinados.

IV. PROTECCIÓN DE MENORES

El más moderno Derecho de menores presta especial atención a las posibilidades y peligros de los medios audiovisuales para el desarrollo personal de aquellos, si bien centrándose antes en la función promocional del Estado que en la prohibición de determinados contenidos. Así, ya la **Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989** dispuso que "Los Estados partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental". En parecidos términos se expresa en España la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que establece mandatos algo más concretos de actuación a las Administraciones públicas (desprovistos de sanciones efectivas en caso de incumplimiento) para incentivar "la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores", velar "porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista" y "garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos no les perjudique moral o físicamente".

Este último punto de vista, el de la prohibición de determinados contenidos, es el adoptado por la Directiva ***Televisión sin fronteras***, desarrollada también en este punto por la legislación española. La normativa distingue normalmente entre programas prohibidos en todo caso (contenidos ilícitos) y programas que sólo se prohíben a horas en las que podrían ser vistos por menores (contenidos nocivos). En esta ocasión la constitucionalidad de estas prohibiciones (nuevas formas de intervención sobre la libertad de programación) resulta fácil de justificar desde el común reconocimiento de "la protección de la juventud y de la infancia" (art. 20.4 CE) como límite directo a la libertad de expresión.

Según el Derecho español "Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social".

En cuanto a los contenidos nocivos se señala que "La emisión de programas susceptibles de perjudicar [levemente, se entiende] el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá rea-

lizarse entre las 22 y las 6 horas y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos", añadiéndose que "Cuando tales programas se emitan sin codificar deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración".

Por último, como garantía adicional, relativa tanto a los contenidos ilícitos como nocivos, se establece que "Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudar la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los telespectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad".

En la práctica, toda esta normativa se dirige sobre todo contra los programas de carácter pornográfico o similares. En la televisión convencional (por ondas y en abierto) apenas se plantean problemas, pues en casi todos los países una norma no escrita (o, en su caso, fruto de la autorregulación) impide su difusión. De no existir esta norma no escrita seguramente la legislación antes descrita resultaría insuficiente, pues es evidente que cualquier menor podría acceder sin dificultad a estos programas a partir de las diez de la noche, y poco podría hacer para impedirlo una mera advertencia óptica o acústica.

Los programas pornográficos se emiten, sin embargo, ordinariamente, en las televisiones de pago. En este caso el legislador español ha considerado necesario introducir una garantía complementaria a las previstas en la Directiva, si bien articulada jurídicamente tan sólo en relación con la televisión por cable. Según la legislación aplicable, estos programas deberán ofrecerse a los abonados "de forma independiente" y "sin formar parte del paquete básico de contratación". La primera obligación ha sido interpretada (así, p. ej., en la normativa aprobada en Cataluña) en el sentido siguiente: los operadores deben ofrecer estos programas de forma especialmente codificada o sometida a tecnologías de filtrado, de forma tal que pueda fácilmente impedirse el acceso a ellos de los menores.

Debido a una defectuosa técnica legislativa, en la regulación sobre televisión por satélite y sobre televisión digital no se prevén obligaciones similares. Una vez más, el problema se solventa desde la buena voluntad de los operadores, que normalmente ofrecerán este tipo de programación según la fórmula adoptada por la legislación catalana.

V. PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL: LAS CUOTAS EUROPEAS

Partiendo de la constatación de la influencia social y política de los medios audiovisuales, que llega incluso a incidir sobre la conformación cultural de cada nación, las instituciones europeas (Consejo de Europa y Unión Europea, fundamentalmente) proponen, bajo la evidente influencia de la política cultural francesa, el establecimiento de normas especiales (la llamada excepción cultural) destinadas a limitar la apertura del comercio internacional en el sector audiovisual, con el fin de proteger la industria nacional frente al claro predominio mundial de la norteamericana. Esta política se traduce, en primer lugar, en ayudas directas a la producción audiovisual y, en segundo lugar, en normas específicas sobre la programación en televisión. A este capítulo interesa sobre todo este segundo tipo de medidas.

En esta ocasión la intervención estatal en la libertad de programación (entendida aquí como libertad de empresa) puede resultar de discutible justificación. Ahora bien, entendemos que, al menos en el ordenamiento español, los artículos 3.3 (protección de las lenguas de España), 20.1 b) (derecho a la producción artística, aquí en su vertiente objetiva), 46 (promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España), 93 (integración europea) y 130.1 (desarrollo

de todos los sectores económicos) de la Constitución ofrecen apoyo suficiente a estas restricciones a la libertad de decisión y a las posibilidades de obtención de beneficios de las empresas audiovisuales.

Según la legislación española, transposición una vez más de la Directiva ***Televisión sin fronteras***, los operadores deberán reservar el 51% de su tiempo de emisión anual a la difusión de obras audiovisuales europeas. Para este cómputo no se tendrá en cuenta el tiempo de emisión dedicado a "informaciones, transmisiones deportivas, concursos o juegos, publicidad, televenta y servicios de teletexto".

Las obras europeas son aquellas originarias de Estados de la Unión Europea o de Estados que sean parte del Convenio Europeo sobre la Televisión Transfronteriza y las obras originarias de otros Estados europeos con los que la Unión haya celebrado acuerdos relativos al sector audiovisual. Las obras europeas deberán cumplir, además, uno de los tres requisitos siguientes: estar realizadas por uno o más productores establecidos en alguno de los Estados citados; tener una producción supervisada y controlada por uno o varios productores establecidos en alguno de los Estados europeos; o bien financiar su coste total de producción mediante la contribución mayoritaria de productores establecidos en dichos Estados, en supuestos de coproducción, siempre que ésta no sea controlada por uno o varios productores establecidos fuera de los mismos. Ahora bien, podrá exceptuarse el cumplimiento de estos requisitos a las obras producidas en el marco de tratados bilaterales, siempre que los coproductores comunitarios controlen de hecho la producción misma.

Dentro de la cuota europea la Directiva permite a los Estados incluir una cuota lingüística. En España, del 51% de difusión obligatoria de obras europeas, más del 25,5% deberá tener como expresión originaria cualquier lengua española y al menos el 10% provendrá de productores independientes, esto es, de empresas no controladas por las entidades de radiodifusión televisiva.

VI. RETRANSMISIONES DEPORTIVAS

La Resolución de 22 de mayo de 1996 del Parlamento Europeo, sobre retransmisión de acontecimientos deportivos, dispuso que los derechos retransmisión de determinados acontecimientos deportivos de interés general deberían concederse a las cadenas que transmiten sin codificar. A raíz de esta Resolución, en el proceso de reforma de la Directiva ***Televisión sin Fronteras*** el Parlamento Europeo aprobó una enmienda en esta dirección, que quedó finalmente plasmada en el nuevo artículo 3 bis, que prevé la posibilidad de que los Estados miembros establezcan listas de acontecimientos que consideren de "gran importancia para la sociedad" y que, por tanto, deberán ser transmitidos en abierto. Estas listas deben adoptarse a su debido tiempo, ser claras y transparentes y notificarse previamente a la Comisión para que ésta pueda verificar su compatibilidad con el Derecho comunitario.

Por otra parte, el citado artículo 3 bis establece un peculiar reconocimiento mutuo de las listas que cada Estado miembro podrá establecer. Según esta disposición, los Estados miembros deberán impedir que las entidades de teledifusión sometidas a su jurisdicción ejerzan los derechos exclusivos que hayan podido adquirir respecto de determinados acontecimientos deportivos, si estos acontecimientos se consideran de gran importancia en otro Estado miembro. En estos casos los Estados miembros están obligados a garantizar que el público de aquel Estado miembro en el que esté listado el respectivo acontecimiento pueda acceder a las imágenes en televisión de libre acceso, con independencia de que el acontecimiento en cuestión sea o no considerado de gran importancia en el Estado miembro bajo cuya jurisdicción se encuentre el organismo de difusión.

La Ley 21/1997, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, traspone al derecho español las previsiones referidas en un sentido más restrictivo para los operadores, afectando de forma significativa las posibilidades de explotar derechos de retransmisión sobre acontecimientos deportivos mediante sistemas de acceso condicional. El objetivo principal de la Ley es establecer límites a la retransmisión de acontecimientos deportivos en codificado, lo que se plasma en la calificación de determinados acontecimientos deportivos como de "interés general", que deberán se retransmitidos en abierto.

En primer lugar, para salvaguardar el derecho a la información deportiva la Ley española establece un derecho de libre acceso a los estadios de los medios de comunicación, a efectos de poder confeccionar gratuitamente extractos formativos para telediarios de una duración máxima de tres minutos, derecho que no podrá ser limitado en los contratos de cesión de derechos de retransmisión. Si una cadena de televisión quiere emitir resúmenes que excedan la duración máxima de tres minutos, en particular en el marco de programas deportivos, la Ley indica que los titulares de los correspondientes derechos tendrán derecho a una contraprestación económica, que se fijará en función de la duración, cobertura y franja horaria de la emisión, la importancia del acontecimiento deportivo, y del coste de adquisición de los derechos.

Otra novedad que introduce la Ley es el derecho de las televisiones que hayan adquirido los derechos sobre resúmenes a grabar sus propias imágenes. Para ello, la Ley impone al titular de derechos que facilite el acceso de los equipos profesionales necesarios para realizar los programas a cualquier operador o programador interesado.

La Ley 21/1997 va bastante más lejos que la Directiva al regular el acceso de los espectadores a acontecimientos deportivos de "interés general". En principio, la Ley es aplicable a cualquier acontecimiento o competición oficial, de carácter profesional y ámbito estatal, a los encuentros de las selecciones nacionales y, en general, a cualquier acontecimiento deportivo que tenga especial relevancia y trascendencia social. Para asegurar el acceso de los consumidores a dichos acontecimientos, la Ley establece dos mecanismos:

a) La elaboración de un catálogo de acontecimientos deportivos periódicos pero no frecuentes, que por su relevancia y trascendencia social deberán retransmitirse en emisión abierta en directo y para todo el territorio nacional[13]. Todos estos acontecimientos no podrán, por tanto, retransmitirse en codificado mediante sistemas de acceso condicional.

b) En relación con las competiciones de Liga y Copa, se establece directamente (es decir, sin la mediación de una lista de acontecimientos) que un encuentro de cada jornada será de interés general, por lo que deberá emitirse en abierto, directo y para todo el territorio del Estado. El mecanismo para asegurar este objetivo consiste en conceder a los operadores que emitan en abierto y estén interesados en la retransmisión de una encuentro un derecho preferente de elección frente a los operadores que emitan en codificado.

El polémico artículo 6 de la Ley 21/1997 regula la explotación de derechos de retransmisión en la modalidad de pago por visión. Tras definir el "pago por consumo" como "el abono de las prestaciones económicas fijas y variables establecidas por la recepción individualizada de determinados programas o retransmisiones", la Ley somete la realización de emisiones en esta modalidad a una obligación de negociación, en los términos siguientes: "Para poder realizar esta retransmisión, los operadores negociarán con los titulares de los derechos, respetando los principios de publicidad

13.- El primero de estos catálogos incluyó, entre otros acontecimientos, determinados partidos de la Copa del El Rey, de la Liga de Campeones, de la Recopa y la Copa UEFA; todos los partidos oficiales de la selección nacional; el Tour de Francia; así como algunas competiciones de baloncesto, atletismo y tenis.

y libre concurrencia, las condiciones de la oferta y el abono de una contraprestación económica, que se fijarán teniendo en cuenta los siguientes criterios": la estabilidad económica de los clubes, la viabilidad de la competición, el interés de los usuarios, las condiciones de la retransmisión y la franja horaria de la emisión, y la importancia del respectivo acontecimiento. Esta disposición debe interpretarse junto a la referencia legal a las "modificaciones contractuales" que pudieran derivarse de la aplicación de este sistema a derechos adquiridos antes de la entrada en vigor de la Ley, que parece prever que se alcancen "acuerdos" entre operadores y titulares. A la luz de esta disposición, puede hablarse de una obligación de los titulares efectivos (es decir, no necesariamente los originarios que pueden ser clubes u organizadores de las respectivas competiciones) de los derechos de retransmisión en la modalidad de pago por visión a negociar con cualquier operador que emita en esta modalidad para "alcanzar acuerdos" a efectos de cederle estos derechos.

VII. DERECHOS DE ACCESO

A.- PLANTEAMIENTO

Aunque es previsible que la situación cambie en un futuro próximo, los medios audiovisuales clásicos, radio y televisión, siguen estando dominados por un reducido número de cadenas generalistas que acaparan la mayor parte de la audiencia. Esta situación resulta perjudicial tanto para el pluralismo audiovisual como para la libre competencia en el sector, al dificultar la entrada de nuevos operadores[14]. Para la consecución de estos objetivos el Derecho positivo introduce, de forma parcial y fragmentaria (y muchas veces con una característica ineficacia), la obligación de los operadores de emitir una serie variopinta de programas o contenidos externos, que escapan a su llamada "libertad editorial" y, desde luego, implican un nuevo límite a la libertad de programación.

Alguno de estos derechos de acceso se estudiarán en otras unidades didácticas o en otros apartados de esta misma. Así, también pueden ser considerados formas de acceso el deber de respetar el pluralismo[15] o las normas especiales aplicables durante el período electoral[16]. En este apartado aludiremos a las cuatro formas de acceso más típicas: el acceso ordinario de los grupos sociales y políticos, el acceso gubernamental, el derecho de rectificación y determinadas formas de acceso peculiares de la televisión por cable.

B.- EL ACCESO DE LOS GRUPOS SOCIALES Y POLÍTICOS

La Constitución española, en este punto original en el panorama del Derecho comparado, reconoce el "acceso [a los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público] de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España" (art. 20.3). Aunque la cuestión es discutible, el precepto parece aplicable a los medios estrictamente públicos y no a los concesionarios de un servicio público, si bien en estos casos también el medio depende nominalmente del Estado.

A partir de aquí, la ambigüedad del precepto resulta manifiesta, y ello ya desde la misma naturaleza de la figura, pues ni siquiera sabemos si estamos en presencia de un derecho subjetivo prestacional de determinados grupos o de una mera norma de mandato a los poderes públicos, que

14.- Sobre el pluralismo y la competencia en el sector audiovisual, vid. UD 16.
15.- Vid. el apartado IX de esta UD.
16 Vid. el apartado VIII de esta UD.

obligaría a éstos a dar entrada, por ejemplo, mediante un tratamiento informativo plural, a dichos grupos, pero sin que éstos pudieran exigir judicialmente las prestaciones correspondientes.

La normativa de desarrollo del artículo 20.3 CE se contiene básicamente en el ERTV de 1980, según el cual "la disposición de espacios en RNE y TVE se concretará de modo que accedan a estos medios de comunicación los grupos sociales y políticos más significativos", añadiéndose, en lo que parece una concreción de lo anterior, que corresponde al Consejo de Administración de RTVE "determinar semestralmente el porcentaje de horas de programación destinadas a los grupos sociales y políticos significativos, fijando los criterios de distribución entre ellos en cumplimiento de lo establecido en el artículo 20 de la Constitución". Con esta redacción el acceso parece interpretarse como un **derecho subjetivo de antena** (algo que existe en la mayor parte de los países europeos a favor de partidos políticos, sindicatos y confesiones religiosas) antes que como un mandato de actuación administrativa. Sea como fuere, lo cierto es que el Consejo de Administración de RTVE no ha dado, por el momento, cumplimiento a las obligaciones citadas, por lo que en la práctica este derecho no está siendo ejercitado. Nada se prevé legalmente para este incumplimiento, resultando aplicable el régimen común de la inactividad de la Administración. Los "grupos sociales y políticos significativos" no parecen interesados (tal vez debido a la experiencia de la escasa audiencia de estos programas en otros países) en exigir al Consejo el cumplimiento de la ley, pues no tenemos constancia de que se haya planteado ningún recurso sobre el particular.

C.- EL ACCESO GUBERNAMENTAL

La legislación española, siguiendo aquí la tónica dominante en el Derecho comparado, impone a RTVE, a los canales públicos regionales de televisión y a las televisiones privadas por ondas de cobertura nacional el deber de permitir el acceso del Gobierno para difundir, en cualquier momento, "cuantas declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público [aquel] estime necesarias, con indicación de su origen". Esta obligación, que teóricamente podría plantear problemas de constitucionalidad dada la amplitud de la formulación legal, queda en la práctica limitada a supuestos excepcionales. De hecho, lo normal será que el Gobierno, en tales supuestos, utilice otras vías de comunicación, y especialmente los medios públicos, sobre los cuales ostenta materialmente el control.

D.- EL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

El derecho de réplica o rectificación es un derecho de difícil clasificación. No resulta claro si ostenta o no la categoría de derecho fundamental (no está reconocido expresamente en las Constituciones) y, en caso afirmativo, tampoco resulta fácil decidir si debe concebirse como una peculiar modalidad de ejercicio de la libertad de expresión, como una técnica de garantía del derecho al honor o como ambas a la vez.

El Derecho español regula este derecho en la Ley Orgánica 2/1984, según la cual "Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio". Se reconoce así una peculiar forma de acceso al medio, limitada a los casos excepcionales de atentado contra los derechos de la personalidad (en el sentido amplio del término) de una persona identificable. El acceso de grupos interesados o indirectamente aludidos por la información o la tutela frente a afirmaciones falsas que no perjudiquen a nadie de forma directa son supuestos que parecen encontrarse fuera del ámbito protegido por la Ley.

El procedimiento de ejercicio del derecho es muy sencillo, aunque seguramente excesivamente generoso para el medio de comunicación, en clara posición de ventaja frente al individuo perjudicado. En el plazo de siete días desde la emisión de la información el aludido puede dirigirse al medio solicitando la rectificación de la misma. El medio, de considerar ajustada a Derecho la petición, "deberá publicar o difundir íntegramente [y de forma gratuita] la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquélla en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas". En caso contrario queda en manos del interesado el ejercicio de una acción civil ante los tribunales ordinarios, tras la cual el juez decidirá mediante sentencia si cabe o no la rectificación pretendida. El fallo condenatorio no puede tener otro contenido que la imposición de la rectificación, debiendo el interesado acudir a otras vías si desea, por ejemplo, obtener una indemnización.

Algunas normas específicas sobre televisión hacen referencia en España a esta peculiar forma de acceso. En concreto, la vigente Ley 10/1988, de Televisión Privada, incluye entre las infracciones administrativas sancionables "la violación, declarada en resolución firme, de la normativa sobre [...] ejercicio del derecho de rectificación". No nos consta ningún caso de imposición de sanciones por este motivo.

Por su parte, el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza de 1989, enmendado en este punto en 1998, otorga al derecho de rectificación gran importancia, obligando a interpretar extensivamente la normativa estatal aludida. Según leemos en el Convenio, "Cada Parte transmisora se asegurará de que toda persona física o jurídica, sea cual fuere su nacionalidad o su lugar de residencia, pueda ejercer un derecho de réplica o tener acceso a otro recurso jurídico o administrativo equiparable [...]. En particular, velará por que el plazo y las demás preventivas para ejercer el derecho de réplica sean suficientes para permitir el ejercicio efectivo de dicho derecho. El ejercicio efectivo de este derecho o de otros recursos jurídicos o administrativos equiparables deberá estar asegurado tanto desde el punto de vista de los plazos como por lo que se refiere a las modalidades de aplicación".

E.- FORMAS ESPECIALES DE ACCESO EN LA TELEVISIÓN POR CABLE

La vigente legislación española sobre televisión por cable[17] mantiene dos peculiares formas de acceso a esta modalidad televisiva:

a) **Los canales de distribución obligatoria.** En el Derecho español los operadores de cable tienen la obligación de distribuir a todos los abonados la mayor parte de los canales de televisión emitidos en abierto. Esta exigencia de distribución, habitualmente utilizada en la legislación comparada y conocida como el principio ***must carry***, se justifica en la necesidad de ofrecer un servicio más completo a los abonados (haciendo innecesaria para ellos la instalación de antenas receptoras de ondas hertzianas) y, sobre todo, de mantener el equilibrio en el sector audiovisual para que la aparición de los nuevos servicios distribuidos por cable no perjudique en el futuro la situación actual de las televisiones por ondas. La afectación a la libertad de programación de los operadores se encuentra así justificada en la Constitución española en las "exigencias de la economía general" (art. 38) y en la garantía del derecho del público a ser informado (art. 20.1 d) por otras emisoras de televisión.

b) **El porcentaje asignado a los programadores independientes.** En España los operadores de televisión por cable deberán asignar, desde el inicio mismo de sus actividades, un mínimo del 40% del total de la oferta audiovisual distribuida por su red a programadores independientes, los

17.- Es importante recordar que la situación actual es el mantenimiento del servicio público en el sector y la limitación a un único operador en cada una de las demarcaciones territoriales que se constituyeron: UD 16

cuales no podrán ser tratados de modo discriminatorio. Esta nueva intervención estatal sobre la libertad del operador de decidir las personas con las que ha de contratar podría justificarse (aunque ciertamente la aplicación práctica de toda esta normativa no parece servir a este objetivo) en la necesidad de salvaguardar principios y derechos constitucionales, tales como, una vez más, el pluralismo y el derecho del público a recibir información.

Los programadores independientes son definidos como "las personas físicas o jurídicas propietarias de programas audiovisuales o de datos distribuidos por el operador de cable que no sean objeto de influencia dominante de éste, directa o indirectamente, por razones de propiedad o participación financiera".

Por último, habría que llamar la atención sobre una nueva incoherencia del legislador español: parece lógico que las dos formas de acceso previstas para la televisión por cable se extendieran también a la televisión por satélite y a la televisión digital terrenal, donde no existen previsiones al respecto. Pensamos que los objetivos perseguidos por la norma son igualmente necesarios en estas otras modalidades televisivas. No es aceptable el argumento de la posibilidad de entrada de nuevos operadores (recordemos que en el cable sólo se admite uno por demarcación), pues en el satélite y en la televisión digital terrenal las barreras económicas de acceso son muy elevadas.

VIII. LOS CONTENIDOS EN PERÍODO ELECTORAL

Durante el período electoral (que comienza con la convocatoria de las elecciones), y especialmente durante la campaña (en España, los quince días anteriores al de la votación), la necesidad de preservar el pluralismo y la veracidad de la información se hacen especialmente acuciantes. El ordenamiento, consciente de la insuficiencia de las normas generales sobre la materia, suele establecer un régimen jurídico especial sobre los contenidos emitidos durante este período. La justificación constitucional de estas intervenciones a la libertad de programación resulta clara.

A.- LA PUBLICIDAD ELECTORAL

El ordenamiento español sigue el criterio de la admisión general de la publicidad electoral en la radio privada y de la prohibición de la misma en todas las modalidades de televisión. Esta radical diferenciación de regímenes jurídicos se basa en la mayor capacidad de influencia sobre el electorado del medio televisivo. Nada se dice sobre Internet y los nuevos servicios audiovisuales. Veamos más en concreto las distintas previsiones legales:

a) Según la normativa electoral, "Las candidaturas tendrán derecho a realizar publicidad [...] en las emisoras de radio de titularidad privada", si bien con un límite de gastos: el 20% del total permitido en cada caso18. Para evitar que las emisoras más fuertes impidan el acceso a determinados partidos (algo que en principio estaría permitido por la libertad de contratación y que resultaría posible en otras formas de publicidad) se establece que "Las tarifas para esta publicidad electoral no serán superiores a las vigentes para la publicidad comercial y no podrá producirse discriminación alguna entre las candidaturas en cuanto a la inclusión, tarifas y ubicación de esos espacios de publicidad, en los que deberá constar expresamente su condición".

b) Como decíamos, la publicidad electoral en televisión está prohibida. La legislación electoral la prohíbe en "los medios de comunicación de titularidad pública" y leyes especiales en los demás

18.- Debe destacarse que en España, como en otros países europeos, existe un límite legal a los gastos realizados por los partidos en período electoral.

medios “objeto de concesión”. Por defectuosa técnica, el legislador olvidó establecer previsiones similares para la televisión por satélite, por lo que jurídicamente la publicidad electoral en esta modalidad de televisión podría entenderse, sensu contrario, permitida. En la práctica las dos “plataformas” españolas han procedido en la práctica como si la prohibición estuviera vigente también para ellas.

c) Por último, la legislación electoral española contiene una prohibición, siempre discutida y muchas veces vulnerada de forma indirecta, de prohibición de todo tipo de publicidad (esta vez, en el amplio sentido del término) el día antes de las elecciones, la denominada jornada de reflexión.

B.- LOS ESPACIOS GRATUITOS

En compensación por la prohibición de publicidad en televisión y en salvaguarda, una vez más, del pluralismo y del derecho del público a recibir información, así como del principio de igualdad de oportunidades entre los partidos en la contienda electoral, absolutamente esencial en el Derecho electoral contemporáneo, se establece la obligación de los medios públicos, radio y televisión, de emitir espacios electorales de forma gratuita. La gratuidad es, sin embargo, limitada, pues no alcanza a cubrir los gastos ocasionados por la preparación del correspondiente espacio, que deberán sufragarse desde el presupuesto ordinario de cada partido.

La legislación electoral regula detalladamente el sistema de reparto, en tiempo y en momento de emisión, de los espacios electorales entre los diferentes partidos políticos. El criterio de reparto es respetuoso con el ***statu quo***, desde una visión rigurosamente formal del principio de igualdad, pues se basa en el “número total de votos que obtuvo cada partido [...] en las anteriores elecciones equivalentes”. Este sistema, aceptable en términos constitucionales, tiene el grave inconveniente político, sin duda conocido por el legislador, de dificultar el acceso a la arena política de nuevos partidos y de impedir el avance de los minoritarios.

C.- LA INFORMACIÓN EN CAMPAÑA ELECTORAL

Las normas anteriores, pese a su precisión, parecen todavía insuficientes para impedir la natural tendencia de los medios audiovisuales (no se olvide, empresas de tendencia, en el sentido amplio del término) a influir sobre el electorado. De ahí que se complementen con reglas sobre la información emitida sobre la campaña, normalmente en los espacios de noticias.

Así, la legislación electoral reitera, con diferencias de matiz (“neutralidad” en vez de “imparcialidad”), lo previsto en los “principios inspiradores de la programación” que veremos en el apartado siguiente, señalando que “El respeto al pluralismo político y social, así como la neutralidad informativa de los medios de comunicación de titularidad pública en período electoral, serán garantizados por la organización de dichos medios y su control previstos en las Leyes”. Leyes posteriores, aplicables también exclusivamente al período electoral, utilizan fórmulas similares (“respeto al pluralismo y a los valores de igualdad”), aunque eludiendo significativamente el término “neutralidad informativa”. Estas leyes se aplican a las televisiones “objeto de concesión”, con lo cual una vez más la televisión por satélite quedaría fuera de este régimen jurídico.

Dada la intrínseca ambigüedad de estas fórmulas (“pluralismo”, “neutralidad” y “valores de igualdad” son evidentemente conceptos difíciles de definir en la práctica) resulta importante atender a las sanciones previstas en caso de incumplimiento de estas obligaciones de programación. Pues bien, la única sanción que el ordenamiento español prevé es la señalada genéricamente en la pro-

pia normativa electoral, según la cual la Junta Electoral competente (órgano independiente, de composición mayoritariamente judicial y cuya función principal es velar por la transparencia del proceso electoral) puede imponer una multa cuya cuantía máxima es 1204 euros si el infractor fue funcionario y 602 euros si se trató de un particular. Existe además un procedimiento de reclamación ante la Administración electoral, fruto de la potestad reglamentaria de ésta, pero dicho procedimiento no tiene naturaleza sancionadora, limitándose la Administración, en su caso, a la adopción de "las medidas necesarias para el restablecimiento de la efectividad de los principios [de respeto al pluralismo y de neutralidad informativa] vulnerados".

IX. LOS LLAMADOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA PROGRAMACIÓN

En España, la primera norma relevante de Derecho audiovisual dictada tras la aprobación de la Constitución de 1978, el ERTV de 1980, característico de la época del monopolio (que se mantuvo hasta 1988), introdujo una curiosa categoría, los llamados principios inspiradores de la programación, enunciados literalmente como sigue:

"a) La objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones.

b) La separación entre informaciones y opiniones, la identificación de quienes sustentan estas últimas y su libre expresión, con los límites del apartado 4 del artículo 20 de la Constitución.

c) El respeto al pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico.

d) El respeto al honor, la fama, la vida privada de las personas y cuantos derechos y libertades reconoce la Constitución.

e) La protección de la juventud y de la infancia.

f) El respeto de los valores de igualdad recogidos en el artículo 14 de la Constitución".

Sin embargo, nada se preveía en el ERTV para el caso de incumplimiento de tales principios, los cuales así se demostraban, efectivamente, "inspiradores", no fundamento de auténticas obligaciones, jurídicamente exigibles. Como es obvio, con la salvedad de aquellos concretados en la legislación general (p. ej., el derecho al honor), referidos en la UD correspondiente[19].

Con la ruptura del monopolio, la legislación audiovisual que, a modo de aluvión, fue dictándose, incluyó, miméticamente y sin variación alguna, entre las obligaciones de los operadores del resto de las modalidades televisivas (curiosamente, en este caso incluyendo a la televisión por satélite pero no a la televisión por cable, en una nueva incoherencia del legislador) el cumplimiento de estos principios inspiradores, si bien esta vez acompañando su infracción de severas sanciones económicas, que incluso podían acarrear la misma suspensión de la concesión.

El panorama expuesto arroja un balance claramente contradictorio: los principios inspiradores no pueden exigirse a los medios públicos, dada la no previsión de sanciones concretas, pero sin embargo pueden exigirse a los medios privados, con contundencia excesiva, y poniendo así en grave riesgo su libertad de programación (sin duda, parece exagerado y desde luego ingenuo exigir que la programación de un medio privado que sea en todo caso objetiva e imparcial). Se entenderá entonces que hasta ahora en ningún caso se haya exigido la obligación de respeto a los principios inspiradores.

19.- UD 15.

X. NATURALEZA Y CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

En estrictos términos jurídicos, y con la salvedad de la televisión por satélite, toda la normativa sobre contenidos audiovisuales que hemos sintetizado en los apartados precedentes podría considerarse integrada dentro del régimen propio del servicio público. De hecho, los correspondientes contratos de gestión de cada uno de los servicios hacen referencia, bien de forma genérica, bien de forma pormenorizada, al deber del concesionario de cumplir con las obligaciones de programación contenidas en la legislación vigente.

En la práctica, sin embargo, el control de los contenidos audiovisuales no se lleva a cabo dentro de los esquemas característicos del servicio público formal sino como una manifestación más del poder administrativo de policía en la actividad económica[20]. Es más, si como parece previsible, se produjera la despublificación del sector sustancial nada cambiaría en cuanto al control de la programación, pues persistiría el llamado aspecto material del servicio público, que seguiría dotando de garantía a los bienes protegidos.

En España, la técnica legislativa "de aluvión" ha dado lugar a un ordenamiento de los contenidos audiovisuales extremadamente complejo. Como hemos podido comprobar en nuestro rápido repaso, las obligaciones en este ámbito se encuentran dispersas en varios cuerpos normativos y no son infrecuentes las lagunas (zonas no cubiertas por determinadas obligaciones), seguramente no pretendidas por el legislador. A ello se suman no pocas contradicciones, entre las que destacamos la incoherencia de exigir con mayor contundencia el cumplimiento de fines conectados con la función pública de los medios (los llamados principios inspiradores de la programación) a los medios privados que a los públicos. Se impone entonces inexorablemente no sólo una refundición del disperso material normativo que aporte la necesaria seguridad jurídica para el desarrollo del sector y, sobre todo, para la garantía de los derechos de los usuarios, sino también una clarificación del alcance de determinadas obligaciones y de las sanciones correspondientes, que por su ambigüedad parecen más declaraciones políticas de intenciones que normas jurídicamente aplicables.

El problema del órgano controlador plantea dificultades añadidas, pues la normativa no siempre es clara al respecto, especialmente en lo que atañe a la distribución de funciones entre el poder central y los poderes territoriales: por ejemplo, es frecuente que la normativa estatal remita a la autonómica, y que ésta no haya sido dictada. En general, con alguna notable excepción (como el Consejo de lo Audiovisual de Cataluña), el grueso de las competencias de control reside en órganos políticos, dependientes directa o indirectamente del Gobierno central o autonómico. Hay que tener en cuenta que el poder de influencia de los medios audiovisuales puede hacer pasar, de cara a la opinión pública, como ataque político cualquier intento gubernamental por exigir el cumplimiento de las obligaciones de programación. Desde esta constatación y desde las evidentes "conexiones" entre los medios más poderosos y la "clase política" se entenderá la renuncia habitual del órgano de control a ejercer su función. En resumen, y sin que podamos entrar en detalles, puede afirmarse que, en gran medida como consecuencia de los defectos legales recién apuntados, buena parte de la normativa que hemos referido en los apartados anteriores (en especial, como es obvio, la dotada de mayor ambigüedad) es habitualmente incumplida, sin que el órgano de control haga nada por evitarlo.

20.- Escuela Nacional de la Judicatura

A nuestro entender, resulta necesaria la creación en España de una Administración independiente de lo audiovisual, habitual en todos los países europeos. Aunque el riesgo de politización está siempre presente, podría en gran parte evitarse con la creación de un órgano de designación parlamentaria, formado por expertos independientes y con un mandato inamovible de duración superior al de la legislatura.

BIBLIOGRAFIA

ABAD ALCALÁ, L.: El servicio público de televisión ante el siglo XXI, Dykinson, Madrid, 1999.

AA.VV., El régimen jurídico del audiovisual, Marcial Pons, Madrid, 2000.

AA.VV., Democracia y medios de comunicación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARIÑO, G: El Proyecto de Ley sobre Televisión Privada Madrid, IEE, 1987

BAÑO LEÓN, J.M.: "La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia", en S. Muñoz Machado (ed.) Derecho europeo del audiovisual, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

BASTIDA FREIJEDO, F.J., La libertad de antena. El artículo 20 de la CE y el derecho a crear televisión, Ariel, Barcelona, 1990.

CARLÓN RUIZ, M. Régimen jurídico de las telecomunicaciones. Una perspectiva convergente en el Estado de las autonomías, La Ley, Madrid, 2000.

CHINCHILLA MARÍN, C. La radiotelevisión como servicio público esencial, Tecnos, Madrid, 1988.

ESCOBAR ROCA, G. "Libertad de expresión, pluralismo y derecho a la competencia en España", en G. Escobar y E. Villanueva (coords.), Nuevas tendencias del Derecho de la comunicación, UNESCO, México, 2000.

- "La difícil consecución del pluralismo informativo", La Ley, nº 5181, 2000.

- El estatuto de los periodistas. Régimen normativo de la profesión y organización de las empresas de comunicación, Tecnos, Madrid, 2002.

- "La televisión por cable en España: estado de la cuestión", La Ley, nº 5530, 2002.

ESCOBAR ROCA, G. "¿Quién debe controlar la televisión?", en J.F. Merino Merchán y M. Pérez-Ugena (coords.), Régimen de las telecomunicaciones, Tecnos, Madrid, 1998.

- "Los representantes en los medios de comunicación", Debates constitucionales, nº 1, 1999 (http://constitucion.rediris.es/revista/Dc/html).

- "La libertad de programación y sus límites", en E. Arnaldo Alcubilla y S. Montejo Velilla (coords.), Telecomunicaciones por cable, La Ley, Madrid, 2000.

DEBBASH, CH: Droit de l'audiovisuel. Ed. Dalloz, 4ª ed., París, 1995.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. El paisaje televisivo en España, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GARCÍA LLOVET, E., El régimen jurídico de la radiodifusión, Marcial Pons, Madrid, 1991.

GAY FUENTES, C: La televisión ante el Derecho internacional y comunitario. Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994.

LAGUNA DE PAZ, J.C. Régimen jurídico de la televisión privada, Marcial Pons, Madrid, 1994.

- Televisión y competencia, La Ley, Madrid, 2000.

MONTERO, J.J. y BROKELMANN, H. Telecomunicaciones y televisión. La nueva regulación en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) Derecho europeo del audiovisual, 2 vols., Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997.

- Servicio público y mercado. III: La televisión, Civitas, Madrid, 1998.

PÉREZ GÓMEZ, A. El control de las concentraciones de medios de comunicación, Dykinson, Madrid, 2002.

RALLO LOMBARTE, A. Pluralismo informativo y Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROSADO IGLESIAS, G. La televisión pública en España. Régimen jurídico y control, Cedecs, Barcelona, 1999

ROZADOS OLIVAS, J.M. La televisión local por ondas. Régimen jurídico, Comares, Granada, 2001.

SOUVIRON MORENILLA. Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión. Ed. Comares. Granada 1999.

MODULO V

DERECHO DE INTERNET Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

Este documento ha sido elaborado gracias al financiamiento del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones - INDOTEL- con fondos del préstamo obtenido del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o Banco Mundial con fondos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

ESCUELA NACIONAL DE LA JUDICATURA
República Dominicana

Indotel
Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones

MODULO V

DERECHO DE INTERNET Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.

La problemática regulatoria de Internet, su emparentamiento con los demás sectores que integran el megasector de la información y, en suma, la incidencia revolucionaria sobre las demás aplicaciones y servicios motivan que se le preste especial atención dentro del Curso.

En este apartado se abordan cuatro de los aspectos de la regulación de Internet que más trascendencia tienen sobre el estricto campo del Derecho: **en primer lugar**, la regulación y la organización de Internet, sujetos y actividades objeto de regulación, destacando las características de la Red de redes que inciden directamente sobre su regulación y configuración jurídicas, pasando revista a la problemática jurídica general que plantea hoy el estatuto de Internet en sus variadas manifestaciones; en **segundo lugar**, el Curso discurre por el análisis de los derechos fundamentales que se ejercen con ocasión de los servicios de la Sociedad de la Información y que quedan afectados en su alcance, vulnerabilidad y régimen de protección efectiva por el despliegue de las nuevas tecnologías de la Información, con especial énfasis sobre el régimen de contenidos y de los límites de las diversas libertades implicadas en el proceso comunicacional a través de Internet. Al propio tiempo, se presenta el régimen de responsabilidades, de orden penal, administrativo y de Derecho de la competencia que Internet, por sus especiales características, proyecta sobre el ordenamiento jurídico; **en tercer lugar**, con la unidad didáctica correspondiente, el Curso se atiene a la exposición de la especial consideración que los bienes inmateriales presentan en su ejercicio y disfrute a través de la Red, en relación a la Propiedad Industrial y a la Propiedad Intelectual; **por último**, se centra la atención del Curso en la contratación electrónica y sus diferentes modalidades y vicisitudes, como uno de los fenómenos mayores de la Sociedad Global de la Información, que ha puesto de manifiesto la presencia de una economía digital.

Cuatro unidades didácticas:

1) REGULACIÓN EN INTERNET.

2) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL REGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EN INTERNET

3) INTERNET Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

4) LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.

UNIDAD DIDACTICA 18
REGULACIÓN EN INTERNET

SUMARIO

Introducción.-

I.- LA PROYECCION DE INTERNET SOBRE EL PLANO DEL DERECHO. REGULACION Y RED.

A.- Orígenes y fundamento técnico de Internet.

B.- Los servicios y actividades en Internet.

C.- Características de la comunicación suministrada a través de Internet y su proyección sobre el plano jurídico

D.- Esquematización de la incidencia jurídica de la regulación de Internet por conjuntos temáticos

E.- La incidencia de Internet sobre las diferentes ramas y disciplinas jurídicas.

II.- SUJETOS Y ACTORES EN INTERNET

A.- Instituciones privadas

B.- Operadores en Internet.

C.- Una categoría unificada: el prestador de servicios de la Sociedad de la Información.

D.- Usuarios.

III.- INCIDENCIA DE INTERNET EN AMBITOS JURIDICOS CONCRETOS.

A.- Internet y Derecho de las Telecomunicaciones. El caso del teléfono sobre IP.

B.- Internet y la fiscalidad.

Introducción.

Constituye un lugar común la afirmación de que Internet es un elemento clave de la Sociedad de la Información. Y de que bajo uno u otro prisma ha servido para introducir una revolución en los comportamientos sociales, económicos, culturales e incluso lúdicos de la sociedad contemporánea. Desde nuestro punto de vista interesa conocer de qué manera el fenómeno Internet ha incidido sobre el mundo de principios, valores y técnicas que conforman las instituciones jurídicas. En qué medida ha transformado las categorías preestablecidas o ha hecho necesaria la implantación de otras nuevas para servir el entramado de relaciones entre los distintos actores que intervienen en la Red.

Vistas así las cosas, Internet es la culminación de un proceso de integración de redes y tecnologías de información y empresas suministradoras de servicios y operadores de redes. Es realmente, como ha sido hecho notar, el paradigma de la convergencia que bajo un mismo soporte permite la comunicación global a través de una red de redes, de ordenadores interconectados, voz, datos, imágenes, transmitidos y recepcionados indistintamente en una malla global que alcanza todas las latitudes y sistemas de la comunicación.

La integración de los sujetos a través de la Red permite la interactividad entre agentes y usuarios y afecta directamente en consecuencia al proceso de la comunicación. Queda desdibujado el perfil de proveedores y usuarios que asumen respectivamente roles más allá de las fronteras estatales en que antes se determinaba su posición dentro una concepción del Derecho de telecomunicaciones fundamentalmente reducida a la operación de las redes y la provisión de los servicios. Internet es infraestructura, pero también algo más, puesto que pone en marcha todo un sistema integrado, general y global, de información disponible abiertamente en una red interconectada.

Estas apreciaciones tienen considerable importancia a la hora de medir las consecuencias que sobre el plano jurídico proyecta Internet. Fácilmente se advierte que el esquema de la comunicación punto a punto que dió pié a una regulación específica queda rebasado por la implicación de comunicaciones pluridimensionales, hechas efectivas a través de los denominados servicios multimedia.

Dentro de una perspectiva unitaria y general el primer interés se suscita en torno a la configuración o proyección de Internet sobre el mundo del Derecho. Conocer en qué medida sus características, sus medios, sus posibilidades son circunstancias que remodelan el contenido de las reglas, o el perfil de las categorías y de las instituciones jurídicas, sería el primer objetivo de la presente unidad didáctica.

I.- LA PROYECCION DE INTERNET SOBRE EL PLANO DEL DERECHO. REGULACION Y RED.

A.- ORÍGENES Y FUNDAMENTO TÉCNICO DE INTERNET.

Son bien conocidos los orígenes de Internet, primero en los propósitos bélicos de la red experimental promovida por el Departamento de Defensa de Estados Unidos y más tarde recubierto su alcance mediante una visión académica centralizada en las Universidades. Y para ser más tarde objeto de una popularización y comercialización sin precedentes en cualquier sistema hasta ahora examinado, lo que acarrea en cierto modo una insuficiencia en la perspectiva para su análisis y conceptualización.

El fundamente técnico de Internet reside en la utilización, por un número indeterminado y creciente de operadores, de protocolos comunes. Son los protocolos **TCP/IP o *Transmision Control Protocol*** que están orientados hacia la fragmentación de la información en paquetes y la incorporación de los datos necesarios para su transmisión, descodificación y recepción de mensajes. La información transmitida transita por la red de redes mediante el ***Internet Protocol***, con las direcciones adecuadas.

B.- LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES EN INTERNET.

Dicho de una manera tan sencilla y rudimentaria no se nos oculta la complejidad enorme que se produce en la generación, producción, almacenamiento, transmisión y recepción de la información en sus múltiples aspectos y manifestaciones y puesta a disposición de los accedentes a la red de forma abierta. Como tampoco podemos prescindir de señalar la enorme cantidad de servicios y aplicaciones que este sistema permite, y menos aún de la dimensión, global e interactiva, en que se manifiesta.

La primera ruptura que se produce en la consideración de la estructura simplista de la comunicación es la que se hace en función de sus posibilidades. Entre ellas puede advertirse la presencia de servicios de comunicación entre corresponsales, tales como el correo electrónico, la charla interactiva, la transferencia de ficheros y el uso de ordenadores remotos. Por otra parte es perceptible el acceso a fuentes de información en el cual la estructura bilateral se transforma en multilateral, desde un punto a una multiplicidad de puntos de recepción.

C.- CARACTERÍSTICAS DE LA COMUNICACIÓN SUMINISTRADA A TRAVÉS DE INTERNET Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL PLANO JURÍDICO.

1- La red de redes se proyecta y desenvuelve en el ciberespacio. En cierta manera éste no es sino la ausencia de espacio, la muerte de la distancia y la inmediatividad de la comunicación global. La difuminación de las fronteras es un hecho incontestable de indudable trascendencia en el entorno tradicional de producción y aplicación del derecho de carácter estatal y dentro de los límites territoriales que son propios a este esquema. La deslocalización que provoca Internet invita a reflexionar sobre los problemas planteados por la superación de este marco tradicional en las operaciones jurídicas. La emergencia de un derecho transnacional, superador, en cierta medida y con bastantes cautelas, del marco estatal, es su directa consecuencia.

2- La Red es abierta. Ello quiere decir en definitiva que no existe una comunidad virtual limitada de acceso y disfrute a la información que circula por la red de redes. Los protocolos comunes en

que se materializa Internet constituyen una invitación a la utilización abierta e ilimitada de los servicios y aplicaciones que la conforman. La ausencia de un poder centralizado en el Gobierno, Administración y mando en la red es su corolario. El marco plurijurisdiccional y la presencia de órganos y agentes estructurados en malla, su consecuencia más inmediata.

Se trata pues de la presencia activa y consecuente de la sociedad-red **(CASTELLS)** y del Derecho asimismo producido y aplicado en forma de red **(MUÑOZ MACHADO)**.

3- La Red es fundamentalmente descentralizada. Ello implica la necesidad en el plano jurídico de identificar a los actores y sujetos con poder de decisión y el alcance normativo de los actos y normas que de ellos emanan. Como asimismo la coordinación entre todos los sistemas jurídicos en el marco de una uniformización deseable.

4- La Red está autoregulada. No es enteramente cierto que el ciberespacio constituya un territorio de nadie, un área no regulada. Al contrario, puede estimarse que por su propia naturaleza transnacional es un territorio hiperregulado en el que es frecuente la colisión entre distintos ordenamientos, lo que requiere el esfuerzo jurídico para adecuar las instituciones tradicionales al nuevo entorno eminentemente transnacional de la red. Asistimos en consecuencia a la emergencia de un derecho de raíz consensual o si se quiere extra estatal, basado en la autonomía de la voluntad y de carácter pluridimensional. Aquí como en otros ámbitos de la regulación, el derecho de origen estatal retrocede ante el avance imparable de las fuentes emanadas de la sociedad o de las comunidades directas de agentes y usuarios y proveedores de servicios (lo que se denomina por algunos ***lex elettronica***, trasunto al sistema, de la ***lex mercatoria*** en el plano internacional general). Con todo no estaría acertada la minusvaloración o subestima del papel que también en el sistema Internet desempeña el derecho estatal, como tendremos ocasión de apreciar.

5- En tanto que paradigma de convergencia, la Red funde en un único denominador común, favorecido por la digitalización de las señales, las diferentes estructuras de la comunicación. La convergencia significa que las telecomunicaciones, la informática y el audiovisual queden contemplados en una perspectiva unitaria, lo que inmediatamente se ha de traducir en la configuración de los nuevos servicios, como por ejemplo el ***WebsCasting*** y en una remodelación de los actuales. El carácter bipolar de la comunicación también es circunstancia que produce una incidencia jurídica en un nuevo escenario para el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales nucleados bajo la fórmula genérica del derecho o libertad de expresión, derecho a la información y, en suma, del derecho a la comunicación.

6- La Red de redes es asimismo escenario para una transculturación, por la puesta en relación -y eventual colisión- entre valores y bienes jurídicos correspondientes a las diferentes culturas en presencia. Es obvio que determinados contenidos que circulan por la red pueden ser entendidos, por su ilicitud o nocividad, de forma diferente en espacios geográficos y culturales de distinta concepción. El orden público como valladar ante la presencia de elementos culturales ajenos es asimismo objeto de adecuación dentro del contenido global de la información.

7- La información transmitida a través de la red es en sí misma un bien jurídico sobre el que se proyecta el mundo del Derecho. La desmaterialización o intangibilidad de los bienes informacionales se proyecta asimismo sobre la necesidad de una adecuación de instrumentos tradicionales de tutela y protección de bienes, como la propiedad intelectual, la propiedad industrial o el mismo principio universal de la seguridad jurídica en la red. Estos bienes constituyen un nuevo objeto de comercio y dan lugar a amplios desarrollos en su formulación y aplicación prácticas.

8- Los mensajes transmitidos a través de la red son declaraciones de voluntad o de conocimiento susceptibles de influenciar los esquemas tradicionales en la emisión, recepción, transmisión y efectividad jurídica de los actos negociales. La presencia en el mundo del

Derecho de las declaraciones de voluntad hechas a través de medios electrónicos constituye igualmente un campo abonado para la reflexión y construcción de nuevos esquemas normativos en función de la adecuación de esas categorías y técnicas jurídicas a los nuevos planteamientos electrónicos y a sus exigencias. La contratación electrónica, el comercio electrónico, la electronificación de los títulos valores o de los actos variados producidos en el seno de procedimientos administrativos y procesos judiciales, dentro de las coordenadas tradicionales en las que se producen y actúan tales actos, constituye así un nuevo reto para el Derecho y sus instituciones.

9- Deslocalización de actos jurídicos. La desubicación a que conduce la producción de actos y manifestaciones de todo tipo a través de Internet es ocasión también de un nuevo enfoque en la tradicional contemplación de elementos propios del Derecho internacional privado en tanto que norma de conflictos, tanto de leyes como de jurisdicciones. La vinculación física de los elementos de conexión con un territorio u ordenamiento determinado ha de ceder a las circunstancias propias de la red de redes. El mundo virtual de las conexiones se impone y trasciende a su mundo real, lo que indudablemente repercute a la hora de considerar aplicable uno u otro Derecho, una u otra jurisdicción. Un esfuerzo suplementario debe de ser realizado en este punto para evitar problemas tanto de sobreregulación como de anomia, por la pretendida apatridia del ciberespacio.

10- Eclosión de un Derecho extraestatal. Con todo, la red de redes es fenómeno que por sus características incide también muy directamente en la propia configuración del Estado y de los poderes públicos y sobre todo en las relaciones dialécticas entre Estado y Sociedad. Aunque no sea específico o privativo de Internet y del sistema informacional que comporta, la emergencia de Derechos extraestatales, o el manejo descentralizado de la red por comunidades y grupos ajenos a la organización estatal, hace replantear o resurgir la temática, insistentemente señalada por algunos, del déficit de legitimidad democrática que supone un derecho espontáneo, emanado directamente de los grupos sociales o de los agentes y actores operantes en Internet y que implica un alejamiento de las formas más clásicas de la decisión política democrática.

D.- ESQUEMATIZACIÓN DE LA INCIDENCIA JURÍDICA DE LA REGULACIÓN DE INTERNET POR CONJUNTOS TEMÁTICOS

Tratando de sintetizar los diferentes ámbitos en los cuales se proyectan las características técnicas y de aplicación del sistema comunicacional de Internet podemos hacerlo de la siguiente manera, por los diferentes elementos en su conjunto que configuran las nuevas relaciones o la transformación de las existentes:

1- Sujetos y actores intervinientes. Siendo esencialmente una red abierta y descentralizada, Internet se ha gobernado y se gobierna a través de distintas organizaciones y sistemas no necesariamente vinculados a los Estados nacionales, como primera manifestación de la eclosión de este Derecho transnacional al que contribuye Internet y sus desarrollos. Ello no implica obviamente la eliminación del marco estatal en la producción y aplicación del derecho. La presencia en el momento actual de numerosas leyes nacionales sobre los servicios de la sociedad de la información o sobre alguno de sus aspectos esenciales, lo ratifica. Son las instituciones de carácter asociativo privado, en unas ocasiones las que determinan el régimen de los nombres de dominio (**ICANN, ISOC**, etc.), como aquellas otras que elaboran códigos de conducta destinados a regir las relaciones en un marco, en principio extraestatal, las primeras que hay que analizar.

2- Ejercicio de los derechos fundamentales. La alteración o impacto sobre la estructura del proceso comunicacional produce correlativamente una incidencia en el reconocimiento, forma de ejercicio, limitaciones y tutela efectiva de los derechos a la libertad de expresión, el derecho a la información y otros valores constitucionalmente reconocidos a favor de la formación de una opi-

nión pública libre y plural, relativos a los medios de comunicación social y que es trasladable, no sin cautelas o matizaciones, al mundo de Internet.

3- Derecho de bienes. La forma en que se materializan los bienes protegidos por el ordenamiento es objeto de especial atención en la regulación de Internet. Una nueva generación de bienes enmarcados dentro de la propiedad industrial y su eventual colisión con bienes tradicionales, como marcas o nombres comerciales, exigirían un replanteamiento en las coordenadas de la protección de estos derechos, máxime si se tiene en cuenta la dimensión internacional en que se producen y desarrollan. La especial configuración de la propiedad intelectual a través de la red, y la desmaterialización que ello supone, también es factor que contribuye, como decimos, al nuevo dimensionamiento de estos derechos, multiplicados por el concepto multimedia y las distintas operaciones de reproducción y uso de los mismos y las inmensas posibilidades que prodigan las tecnologías para su vulneración y uso indebido o fraudulento.

4- Derecho tradicional de las telecomunicaciones. La red transmite la información a través de soportes e infraestructuras (operación de redes y prestación de servicios) que están en la base del sistema comunicacional, como hemos tenido ocasión de apreciar. El fenómeno de la convergencia y la integración que conlleva en una visión unitaria y compleja del Derecho de la información o de la comunicación por medios electrónicos también es una circunstancia que invita al análisis y la reflexión constructiva Interesa conocer en efecto si dentro del esquema que se adopte para la operación de las redes y la provisión de los servicios es aplicable el régimen general de telecomunicaciones. Se trata de saber en definitiva si los servicios Internet son encasillables en alguna de las categorías o sistemas preestablecidos por el Derecho de Telecomunicaciones y en consecuencia le es aplicable o no el régimen correspondiente. Como por otra parte, resulta conveniente saber si algunos de estos servicios de Internet se identifican con algunos de los servicios clásicos, del Derecho de Telecomunicaciones. Así por ejemplo la voz sobre IP como remedo del servicio telefónico o la transmisión de datos, como objeto de diferenciación jurídica y aplicabilidad consecuente de regímenes propios de estas categorías.

5- Régimen de contenidos. Esta es la parte que más debate y polémica ha suscitado en la actual singladura regulatoria de Internet, y uno de sus aspectos básicos. El carácter descentralizado y abierto de las redes y su producción transfronteriza implica la articulación de medidas efectivas en cuanto a la protección de determinados colectivos, inermes ante la invasión de contenidos que se prodigan por Internet y que pueden alterar, menoscabar o vulnerar derechos incardinados en las correspondientes culturas en presencia. La lucha contra la pornografía infantil o contra las exaltaciones racistas o xenófobas y otras claras manifestaciones contraculturales generales exige la conformación de un sistema normativo que asegure la coordinación estatal, la eliminación de estos contenidos o la preservación, en su caso, de otros derechos y bienes protegidos por los ordenamientos, tales como la libertad de expresión o el derecho a la información. En el bien entendido de que la autorregulación al uso, mediante códigos de conducta, procedimientos de cifrado o de acceso restringido a este tipo de informaciones no sería suficiente, la colaboración internacional y la tipificación delictiva de estas conductas introduce sin duda planteamientos novedosos.

6- Incidencia en el Derecho de obligaciones. Internet permite, como es obvio, la contratación a distancia y mediante procedimientos electrónicos. El Derecho de obligaciones, tanto en la vertiente extracontractual como contractual propiamente dicha, es objeto asimismo privilegiado en el análisis regulatorio de Internet. Tanto en su aspecto endogámico, sobre bienes y productos y servicios provistos a través de la red, como en relación a toda clase de bienes y servicios (contratación o comercio electrónico propiamente dicho) la relevancia jurídica de Internet es patente. El principio de seguridad impone condiciones específicas para este tipo de contratación, mayormente teniendo en cuenta las cautelas propias de una contratación a distancia; de la protección de la parte en principio más débil que es el usuario y, sobre todo, en el objetivo de otorgar seguridad a las declaraciones de voluntad producidas en el entorno telemático.

7- Procedimientos administrativos. Aspecto éste sin duda importante en la estructuración de las relaciones entre las Administraciones públicas y los administrados, en orden al cumplimiento de los imperativos constitucionales de eficacia y de derechos de defensa, participación y transparencia de las decisiones administrativas. Tanto en lo que concierne a las Administraciones reguladoras de nuevo cuño, en el ámbito de las telecomunicaciones, de la protección de datos y del audiovisual, como en el seno de las Administraciones tradicionales, los actos en curso de procedimiento se conforman de nuevo por la influencia de la transmisión electrónica a distancia. Un importante capítulo en las formas de actuación de las Administraciones Públicas se abre así a soluciones constructivas, como las de los modernos códigos de procedimiento, que introducen ya abiertamente Internet en el mundo de los procedimientos administrativos, como una aplicación sin duda relevante del e-gobierno.

8- Protección de usuarios. Es el usuario de los servicios de telecomunicaciones, y más en concreto, de los servicios propiciados por la Sociedad de la Información, el que ha experimentado un cambio notable en su perfil y en su posición frente a los operadores y prestadores en general. La multiplicidad de servicios ofrecidos, la interactividad entre los polos de la comunicación, la acumulación de regímenes de protección, la dispersión normativa internacional y la necesidad en todo momento de garantizar seguridad jurídica a los usuarios en relación a los bienes y servicios de la sociedad de la información, y cualesquiera otros objeto de contratación **on line** etc., son otros tantos factores que hacen replantear también el tema de los derechos de los usuarios y su eficaz protección. Como hemos advertido en otro lugar, la Sociedad de la Información se basa en el acceso masivo, creciente y satisfactorio de un cada vez mayor número de usuarios de todas clases a las fuentes de la información. La confianza en el sistema, que está en la base de la seguridad jurídica, introduce un capítulo importante en la regulación de Internet. Basta recordar simplemente la importancia de la contratación entre ausentes en el comercio electrónico, la identificación de partes y la autenticidad de las declaraciones de voluntad y la ejecución de las obligaciones contraídas en el ciberespacio.

9- Técnicas adecuadas de solución de conflictos. Por su carácter, como por el ámbito en que se manifiesta, como por la multiplicidad de ordenamientos en presencia, como por las dificultades inherentes a la transnacionalidad del Derecho de Internet, junto a la necesidad inherente de obtener soluciones rápidas, expeditivas y eficaces a los conflictos planteados, el Derecho de Internet se orienta en especial a la adopción de sistemas de solución de conflictos adaptados al medio. Tanto en el plano de las jurisdicciones estatales, en las que nuevas reglas de solución de conflicto son utilizadas, como en el campo de las soluciones extra judiciales, es necesaria una nueva reformulación para una mayor adecuación al mundo de la economía digital, la contratación electrónica y en general a los servicios de la Sociedad Global de la Información.

10- La protección de los datos personales y de la intimidad. Aunque no sea privativo del campo específico ahora examinado es indudable que Internet proyecta una nueva dimensión en la protección de los datos personales como una manifestación universal del derecho a la autodeterminación informativa. El derecho a la intimidad y a la propia imagen aparece especialmente realzado en los medios electrónicos de comunicación a distancia lo que implica el esfuerzo del ordenamiento en la adopción de medios para una tutela efectiva de estos derechos. Circunstancia que se agrava ante la eventual colisión de leyes y jurisdicciones en el plano internacional, en su caso.

E.- LA INCIDENCIA DE INTERNET SOBRE LAS DIFERENTES RAMAS Y DISCIPLINAS JURÍDICAS.

La problemática jurídica de Internet se cierne en cierta manera sobre las diferentes ramas del Derecho.

Resulta evidente la incidencia sobre el Derecho Constitucional en lo que implica el ejercicio y protección de los derechos fundamentales relacionados y en la protección específica de determinados principios y colectivos. Como asimismo, en aquellos ordenamientos en los que existe constitucionalmente establecido un reparto de competencias sobre la base de la descentralización política, como sería el caso de los Estados Federales, o de los regionales y autonómicos, a través del juego de los distintos poderes en actividades que pueden caer en las distintas áreas constitucionalmente deslindadas.

También es perceptible esta influencia en el campo del Derecho Administrativo propiamente dicho en el cual el ejercicio de las actividades y servicios de Internet en cualquiera de sus manifestaciones puede dar lugar a regímenes de aplicación por autorizaciones o concesiones en virtud del ordenamiento específico sectorial. Como asimismo en los procedimientos de actuación ante las Administraciones Públicas implicadas de una u otra manera en el proceso comunicacional de Internet.

Influencia que se aprecia igualmente en el Derecho Penal y Procesal subsiguiente en cuanto a la tipificación de delitos de carácter transnacional y de su persecución ante distintas jurisdicciones estatales. Un nuevo enfoque en la política criminalista derivado de la necesidad de proteger debidamente los nuevos sistemas de comunicación en sí mismos considerados está presente también en un nuevo dimensionamiento de los tipos penales.

Otro tanto cabría apuntar respecto del Derecho Internacional Público en el que las fuentes de Derecho convencional se proyectan para el establecimiento de relaciones de coordinación, cooperación y colaboración entre Estados en orden a una eficaz protección de los bienes y derechos concernidos.

Y en el Derecho Internacional Privado en cuanto sistema legal de normas de conflicto, ante la presencia inesquivable de la superación del marco geográfico estatal y de múltiples ordenamientos y jurisdicciones eventualmente aplicables a las distintas cuestiones que plantea Internet. La deslocalización inherente al mundo de Internet y la huída de los elementos físicos o territoriales en la determinación de las conexiones, también plantea sugerentes motivos para la reflexión y el acondicionamiento de las normativas más clásicas o tradicionales.

Por ultimo, en el Derecho fiscal, en cuanto comporta el ejercicio garantizado de la potestad tributaria ante hechos imponibles o sujetos al margen de las conexiones o ámbitos de aplicación tradicionales. Una reformulación de conceptos como el de establecimiento permanente o de residencia, o la relación con el lugar de los distintos hechos imponibles son elementos dignos de consideración en la perspectiva novedosa de las relaciones que proyecta Internet también en este campo.

II.- SUJETOS Y ACTORES EN INTERNET

A.- INSTITUCIONES PRIVADAS

Dada la característica de espontaneismo en la creación y desarrollo de Internet que hemos señalado, fácilmente se comprende el papel relevante y en muchas ocasiones exclusivo que desempeñan determinadas instituciones en la regulación de aspectos propios de la red. Entre estas instituciones cabe mencionar la ***Internet Society*** **(ISOC)**, de base asociativa y constituida en 1992 en el distrito de Columbia (USA). Abocada al desarrollo de estándares y tecnologías de interconexión de Internet y otros aspectos relacionados con el diseño y crecimiento de la arquitectura de red, la **ISOC** define normas tanto directa como indirectamente, por remisión a los organismos de la comunidad de Internet que elaboran tales estándares. La **ISOC** desarrolla una actividad de carácter eminentemente técnico en la evolución y diseño de los sistemas, pero no necesariamente vinculados a un sistema coercitivo o vinculante en el aspecto jurídico.

Otras organizaciones de este tipo serían la ***Internet Activities Board*** y la ***Internet Architecture Board*** dedicadas a las cuestiones relativas a los protocolos y a la arquitectura de red.

La ***Internet Assigned Numbers Authority*** **(IANA)**, inicialmente tenía encomendada la función de administrar el sistema de nombres de dominio por medio de la asignación de bloques de direcciones numéricas a registros regionales de direcciones IP. Finalmente en 1998 fue creada la ***Internet Corporation For Asigned Names and Numbers*** **(ICANN)**, cuya misión consiste en administrar el sistema de nombres de dominios, direcciones **IP** y de administrar una cierta competencia en el registro de ciertos nombres de dominio genérico.

Los registros derivados de Internet **(Nertwork Informations Centers Nationales)**, asumen la administración del dominio de nivel superior geográfico correspondiente.

Estas organizaciones y otras similares que desempeñan importantes funciones en el diseño y aplicación de los sistemas Internet son una directa consecuencia del carácter descentralizado y abierto de la red, lo que implica el acceso y la cooperación de los interesados en el progreso del desempeño de las redes. La naturaleza de sus normas es de carácter técnico y consensual, descansando su legitimidad, en definitiva, en la aceptación de sus normas y actuaciones por la comunidad de participantes de manera espontánea dentro de un esquema amplio de autoregulación.

Efectivamente, sus funciones de autoregulación son evidentes, aunque en ocasiones, y sobre todo en el marco de los nombres de dominio sean objeto de especial reconocimiento y remisión por parte de organismos públicos con competencias en el sector.

Para algunos aspectos relacionados con ámbitos puntuales de las operaciones Internet, especial consideración merecen organismos incardinados en la organización internacional, como sería el caso de la **OMPI** en cuanto a la regulación y solución de conflictos en relación a los nombres de dominio y la protección generalizada de los derechos de la propiedad intelectual en relación al sistema comunicacional de Internet.

B.- OPERADORES EN INTERNET

Entendiendo básicamente que Internet supone un soporte de infraestructura constituido por redes de telecomunicaciones, por las cuales circula la información de manera global e interactiva; como teniendo asimismo en cuenta que son diferentes los servicios mediante los cuales se accede a la información y se distribuye finalmente hasta completar el proceso de comunicación, resulta que

son diferentes los actores que intervienen, y que simplificadamente podemos exponer de la siguiente manera:

1- Operadores de telecomunicaciones. En concreto nos estamos refiriendo a los operadores que disponen de título habilitante efectivo para la operación de las redes que sirven como soporte de la información. La línea conmutada telefónica es una vía de acceso todavía preponderante que enlaza el ordenador final del usuario con el servicio de acceso a Internet.

Debe precisarse que las redes públicas de telecomunicaciones se interconectan entre sí, cumpliendo con la oportuna obligación, que es clave en la regulación actual de las telecomunicaciones, integrándose así en una perspectiva de globalización que es inherente al sistema Internet. Resulta aquí aplicable la separación estructural entre redes y servicios de manera que por una única red interconectada son posibles múltiples servicios de acuerdo a los protocolos específicos para cada uno de ellos.

2- Proveedores de acceso a Internet. Son los que proporcionan el servicio de conexión a la red. Lo realizan a través de una conexión permanente a Internet, normalmente a través de operadores de redes con título habilitante para ello. En la mecánica del Derecho de Telecomunicaciones los operadores o proveedores de acceso a Internet son prestadores del servicio de transmisión de datos, debiendo obtener para ello el título habilitante correspondiente.

3- Proveedores de servicios de Internet o ISP. Que conectan a los usuarios con Internet a través de la red de acceso del proveedor anteriormente mencionado. Con el tiempo, los servicios de acceso a Internet han evolucionado, posibilitando otras facilidades o prestaciones adicionales como el almacenamiento de correo electrónico, servicios de página ***web*** del cliente u otros servicios o facilidades de apoyo y de actualización de las páginas del sitio.

4- Proveedores de contenidos. Su misión específica es generar información en forma de páginas ***web*** u otros instrumentos para su puesta a disposición del público en un servidor Internet. La separación entre los proveedores de información y los proveedores de acceso y de servicios Internet es neta. En general, la información suministrada puede ser hecha tanto por proveedores de servicios en línea como por terceros.

5- Suministradores de servicios en línea. Son los que proporcionan información a los abonados a sus sistemas, que funcionan como red propia y como vía de acceso a Internet que contratan los proveedores de acceso. Los portales agrupan diferentes servicios y contenidos, con todo tipo de información, bases de datos etc.

6- Prestador de servicios de alojamiento *hosting*, que supone el alquiler de la capacidad de los servidores con este propósito.

Básicamente esta es la distinción de los sujetos que intervienen en el proceso de comunicación, aunque la multiplicidad de redes y servicios interconectados, por un lado, y el aprovechamiento de los nichos de mercado y las inmensas posibilidades de actuación en los segmentos de redes y servicios involucrados en el proceso comunicacional de Internet, por otro, hacen suponer que esta lista no ha de tener carácter limitativo y que antes al contrario sea perceptible una constante expansión en la tipología de agentes y actores en Internet.

C.- UNA CATEGORÍA UNIFICADA: EL PRESTADOR DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Los más modernos instrumentos normativos sobre los servicios de la sociedad de la información, entre los que cabe mencionar las directivas 98/34 CE, 98/84 CE y 2000/31 CE del ordenamiento comunitario europeo en relación a los servicios de la Sociedad de la Información y la reciente Ley española sobre los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, de 11 de Julio de 2002, han introducido un concepto genérico que engloba a todos o la mayor parte de los sujetos mencionados. Es el de prestador de servicios de la sociedad de la información, que se define como aquel tipo de servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y almacenamiento de datos y a petición individual de un receptor de un servicio. Este concepto amplio incluiría tanto los proveedores de acceso como de los suministradores de contenido, con ciertas particularidades, aunque dejaría fuera los operadores de redes de telecomunicaciones (que en realidad actúan como soporte de los auténticos servicios de la sociedad de la información) y los denominados concentradores de tráfico que pudieran ser asimilados a la categoría de los revendedores, sin que estemos en presencia de servicios propiamente dichos de la Sociedad de la Información.

> La Ley española sobre los Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 11 de Julio de 2002 acoge 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 y revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de información relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, 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 vídeo 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, incluído el comercio electrónico (Exposición de Motivos de la Ley).
>
> El régimen general de los servicios de la Sociedad de la Información es el de no sujeción a autorización previa, siempre y cuando se trate de servicios que tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica.
>
> La ley española transpone las Directivas mencionadas aunque de manera muy amplia con el objetivo de efectuar un tratamiento jurídico unitario que otorgue seguridad jurídica a la explotación de los servicios de la Sociedad de la Información.

D.- USUARIOS

Por último cabe mencionar como sujetos o actores en Internet a los usuarios de los servicios distintos que hemos examinado. A diferencia de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, los usuarios de Internet presentan ciertas particularidades que inciden directamente sobre su estatuto jurídico comprensivo tanto de derechos como de obligaciones. Los usuarios de Internet constituyen una comunidad difusa y heterogénea en la que no cabe definir un perfil preciso. El usuario de Internet no se encuentra en una posición jurídica unitaria ya que ésta se establece en relación a los diferentes tipos de servicios de la sociedad de la información en los cuales participa, o que usa o disfruta. El usuario de Internet presenta una doble faz por cuanto es consumidor final de una serie de servicios y es usuario intermedio de otros, en tanto que se introduce en la cadena de valor de los respectivos servicios de información. En este sentido actúan en muchas ocasiones como suministradores de contenidos a través de su participación en páginas ***web*** o en grupos de

noticias. El usuario se sitúa en polos indistintos del proceso de comunicación, ya sea en una relación directa con otro comunicador, a través del correo electrónico o de la charla interactiva, o se erige a sí mismo en difusor de contenidos frente a una multiplicidad indeterminada de otros usuarios, como sería el supuesto ya mencionado de las páginas ***web***. Finalmente, el usuario es interactivo con otros comunicadores y producen declaraciones de conocimiento o de voluntad susceptibles de consecuencias en el plano jurídico, como es el caso de la contratación o del comercio electrónico. Su posición diferente conlleva la aplicación de regímenes jurídicos distintos, aunque sea posible establecer líneas o condicionantes comunes, como sería el supuesto del régimen de protección a través de la configuración de un sistema de normas imperativas, tanto de derecho sustantivo, conflictual o procesal, lo cual se manifiesta en una mayor medida en el ámbito del comercio electrónico en su vertiente internacional.

III.- INCIDENCIA DE INTERNET EN AMBITOS JURIDICOS CONCRETOS.

A.- INTERNET Y DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El régimen de las telecomunicaciones en su conjunto ha experimentado en los últimos años un cambio profundo en todo el mundo. Ello es bien sabido. Fruto de factores de índole tecnológica, financiera, económica, ideológica o política, que hemos analizado en otro lugar, el esquema general de ordenación se ha desplazado desde una posición de monopolio gestionado en forma directa o indirecta por el Estado a un esquema de libre competencia en el que el dato esencial y predominante es la desmonopolización y el tránsito hacia o la asunción plena de una economía de mercado.

Las consecuencias de todo este proceso, que cabe entender dentro de una visión globalizadora impulsada por precisos instrumentos multilaterales y supranacionales, se han plasmado en la proliferación de leyes nacionales de telecomunicaciones, dominadas por los principios de lo que se ha dado en llamar liberalización, reordenación de las telecomunicaciones o regulación a secas, a través de un sistema en que se promueve y garantiza la libre competencia en el acceso y en la funcionalidad de los operadores, como en la sujeción de éstos a obligaciones que recubren principios y metas de servicio público. Vale la pena recordarlo una vez más.

El nuevo marco regulatorio así diseñado, en constante evolución por otra parte, como directa consecuencia de las transformaciones tecnológicas y de los principios y coordenadas de la explotación de las telecomunicaciones, supone un cambio trascendental en la configuración de las políticas de telecomunicaciones y de los instrumentos puestos a disposición para que éstas sean llevadas a cabo.

La liberalización o el cambio ordinatorio ha supuesto cambios asimismo en la técnica legislativa. Se camina hacia la convergencia de sectores: de telecomunicaciones propiamente dichos, del sector audiovisual y de la Informática y ello tiene sin duda alguna importantes consecuencias desde el plano regulatorio como desde el punto de vista del mercado, gestión y explotación de las tecnologías y de las nuevas tecnologías de la Información.

Más que a identificar servicios, la proyección normativa de las nuevas telecomunicaciones se dirige a regular condiciones de acceso y de operatividad en el sector y al cumplimiento de las garantías para la satisfacción de las necesidades colectivas a través del mercado y de las obligaciones de servicio publico, como entre otros, el servicio universal.

De ahí el que los puntos esenciales u objeto de la nueva regulación recaigan sobre las redes que transportan las señales y que permiten a través de aplicaciones concretas los servicios que se materializan a través de terminales. Redes, servicios y terminales son la nueva triada en la que confluye, en última instancia el objeto de la actividad reguladora del Estado, según tuvimos ocasión de ver en la UD correspondiente.

De ahí también que uno de los retos de la nueva etapa sea la de encajar Internet y sus múltiples manifestaciones y aplicaciones dentro de las categorías y esquemas de la regulación económica para las telecomunicaciones. Trátase en suma de saber cuál será el régimen al que han de ser sometidos cada uno de los elementos y aplicaciones que constituyen la trama Internet, enfocado ahora como actividades y elementos propios del Derecho de las Telecomunicaciones.

Parecería fuera de toda duda que en principio Internet haya de estar sometido a la legislación de telecomunicaciones. Y que les redes que lo soportan, los servicios y aplicaciones en que se materializa hayan de ser autorizadas o habilitadas en la forma y bajo las condiciones establecidas en el ordenamiento general de telecomunicaciones. Y que en consecuencia pesen sobre los operadores y prestadores de servicios las obligaciones impuestas por la autoridad de regulación para la salvaguarda de los objetivos y los principios del sistema normativo.

Semejante planteamiento tropieza, en principio, con algunos obstáculos o circunstancias que exigen cuando menos una matización en la aplicación del régimen general de las telecomunicaciones. Entre ellos, la circunstancia siempre presente de que Internet constituye una red abierta, no centralizada, como es lo común para los elementos propios de las telecomunicaciones. No puede identificarse Internet como un operador de la red Internet, desde el momento en que son muchas las redes y muchas las aplicaciones convergentes en el sistema puesto en marcha por los protocolos **IP**.

Por otra parte, Internet supone la aplicación de protocolos determinados y específicos de sistemas y elementos ya existentes, como lo son las redes interconectadas, los ordenadores y terminales y los contenidos que son objeto de la información, en su más amplio sentido, transmitida. No podría hablarse en buena lid de un servicio nuevo sino de múltiples aplicaciones sobre elementos preexistentes.

Internet no es una Red en el sentido en que este elemento se define en las modernas legislaciones de telecomunicaciones. Una Red es ante todo una instalación o conjunto de instalaciones, es decir una infraestructura material, conformada por elementos propios para encaminar y transportar las señales y que se compone como una ***res compositum*** de diversos elementos. Falta en Internet con toda evidencia este soporte material propio, ya que el sistema IP utiliza las redes e infraestructuras preexistentes. Son éstas redes las que han de ser objeto de la aplicación del régimen legal, pero no bajo esta percepción, Internet, que constituye en suma un conjunto de protocolos específicos actuantes sobre esas redes.

Tampoco es un servicio en el sentido legal propiamente dicho, ya que éste exige prestaciones especificas. Internet no es sino la aplicación de funciones específicas en virtud de protocolos también específicos. No es un servicio sino un conjunto de servicios, operando sobre los ya existentes. En todo caso se trataría de servicios propios de la Sociedad de la Información, con regulación separada de la de los servicios de telecomunicaciones, como queda entendido por la Ley española sobre SSI.

Pero el problema radicaría ahora en saber cuál es el tipo de servicio, puesto que por la propia naturaleza, el servicio puede ser entendido como un servicio de telecomunicaciones propiamente dicho (entre puntos definidos de la red) y como un servicio de difusión o audiovisual, en el que lo característico es la emisión de un punto a varios de recepción en forma indefinida.

Generalmente, el encuadramiento de Internet dentro de los elementos de telecomunicaciones, que determina la aplicabilidad de la Ley General, se hace bajo la doble perspectiva de: o bien considerarlo como un servicio único bajo un régimen unitario, o bien distinguir cada una de las aplicaciones y servicios en que se desdobla la aplicación Internet genéricamente comprendida. Y aplicando en este último caso el régimen peculiar y propio de cada una de estas actividades o servicios.

Dentro del primer punto de vista, por otra parte muy extendido en la configuración inicial de Internet como objeto de regulación específico, está la de considerar a Internet como un puro servicio de valor añadido, en tanto que, la amplia definición legal que de este tipo de servicios se da en las legislaciones vigentes, fácilmente lo comprendería. La consecuencia de ello seria el régimen de simple autorización o la declaración unilateral no seguida de aceptación, como técnica prevalente de acceso al mercado.

Y dentro del segundo, más conforme con la exacta naturaleza de Internet como sistema susceptible de desdoblarse en multiplicidad de aplicaciones y servicios, la tendencia es la de discriminar sus diferentes aplicaciones para darles un régimen jurídico diferente según su estricta funcionalidad. Es la técnica del despiece, más propia, aunque, es innegable, también más compleja, de reglamentar.

Todas estas consideraciones sobre la naturaleza de los servicios que se brindan a través de Internet se han mantenido -y aún se mantienen en determinados ordenamientos- en un esquema de regulación que podríamos calificar como sobrepasado si se tiene en cuenta la tendencia a su regulación específica y autónoma con independencia de los servicios y demás actividades de las telecomunicaciones. Estas, en la visión más actualizada, tienden a reducirse al mero suministro de redes y servicios propiamente dichos (como queda materializado en las Directivas últimamente aprobadas por la Unión Europea) cobrando así los servicios de Internet una dimensión autónoma en lo que concierne a su regulación. Y, en mayor medida que respecto de las telecomunicaciones o comunicaciones electrónicas, el régimen de la provisión de los servicios de Internet resulta aligerado en cuanto a la no exigencia o sujeción de titulo habilitante previo, bastando simplemente la declaración ante el Registro a fines meramente publicitarios de las actividades desarrolladas en este ámbito (como es el caso de la ley española de SSI que no exige autorización para el desempeño de los servicios Internet).

El caso del teléfono sobre IP.

El servicio telefónico constituye todavía en muchos países el núcleo duro del sistema de las telecomunicaciones. Por sus características y por las finalidades que cumple -asegurar las necesidades de comunicación de una parte importante de la población- forma parte del contenido de lo que debe considerarse como el servicio universal: mínimo de servicios de comunicación objeto de especial garantía, a precio asequible y que aparta por sí mismo el concepto de rentabilidad sujeta a las inexorables leyes el mercado.

Por su proyección, el servicio telefónico permaneció en manos del Estado con carácter de monopolio en la primera oleada de liberalizaciones (así especialmente en la Unión Europea, por Directiva de Servicios de 1990 y leyes entre otras, la francesa de 1990 y la española de 1987 con sus modificaciones posteriores).

En la última etapa de liberalización de los servicios y redes de telecomunicaciones el servicio telefónico se presta bajo un régimen diferenciado de los demás servicios, pues el legislador ha hecho traducir el peso significativo de esas especiales obligaciones que pesan sobre los explotadores bajo la consideración del teléfono como servicio vertebral aún de la Sociedad de la Información en marcha. El régimen especial de acceso al mercado por parte de sus titulares (licencias individuales, en su momento, en el marco europeo y sujeción a obligaciones más estrictas de servicio

público y exigencia de requisitos esenciales) contribuyó a que fuese señalado como un servicio aparte en el panorama de las regulaciones en muchos países.

Por Internet se puede prestar el servicio telefónico. Basta un protocolo específico para que se dé el fenómeno de voz sobre IP o servicio telefónico a través d Internet.

La cuestión estriba en saber si el teléfono prestado a través de Internet constituye o no el servicio telefónico definido en las leyes generales de telecomunicaciones, obligando a una aplicación de su específico régimen jurídico, en especial del régimen de licencias o de títulos habilitantes y las obligaciones de servicio público y oras similares.

- Es general el rechazo a considerar la voz IP como constitutivo de la prestación de un auténtico servicio telefónico. El proveedor del servicio Internet (proveedor de acceso) no tiene como cometido el prestar este servicio sino únicamente el de proceder el suministro del acceso a la Red Internet para sus eventuales aplicaciones.

A ello se opondría además:

- La propia definición legal del servicio telefónico que supone la voz en tiempo real, lo cual no se da en la telefonía sobe Internet.
- La explotación directa y con destino al público del servicio telefónico como tal, lo cual tampoco se incluiría en la funcionalidad y el contenido, como llevamos dicho, de la voz sobre IP.
- La dejación de la prestación del servicio voz sobre IP en manos del usuario final a través de un software específico, que se lo procura por sus propios medios y que en buena lógica no ejerce ninguna explotación del servicio frente al público en general y sí solo la utilización personal intranscendente.

B.- INTERNET Y LA FISCALIDAD

El carácter aterritorial que es consustancial a Internet y que contribuye a destacar la problemática jurídica fundamental se circunstancia también a tener en cuenta a la ahora de enfocar el régimen fiscal de las actividades desarrolladas por Internet. El territorio es elemento esencial en muchos ordenamientos para fijar la sujeción y aplicabilidad de las normas fiscales, de forma que solo las rentas generadas en o los consumos realizados en un territorio son hechos sujetos.

Otras características de Internet contribuyen a la problemática en el orden fiscal, cual en anonimato de las operaciones y la dificultad de identificar a los sujetos y los hechos imponibles. Como también la deslocalización que facilita y propicia el uso de los paraísos fiscales.

Pero dificultad no significa un problema sustantivo, y las soluciones a los problemas fiscales se han venido dando en los ordenamientos de la misma manera, mediante la edición de normas y sujeción al poder tributario de un país determinado.

Soluciones, como la de aplicar las reglas e instituciones clásicas con cierta flexibilidad en razón de las técnicas y medios empleados.

La ***Selected Tax of Global Electronic Commerce*** del Departamento del Tesoro norteamericano, enuncia lo que puede considerarse como los principios básicos para una correcta aplicación de la técnica fiscal a Internet:

1- Principio de neutralidad o de la equivalencia de las transacciones, de manera que se aplique el mismo o similar régimen fiscal a las operaciones llevadas a cabo por la vía electrónica que a las transacciones habituales. o normales llevadas a cabo por otras vías.

2- Aplicación de los principios de fiscalidad internacional.

3- Aplicación de los principios de generalidad y flexibilidad a la normativa tributaria propia del comercio electrónico.

La UE en su ***Iniciativa Europea del Comercio Electrónico (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, COM (97) 157 final, de 15 de Abril de 1997)*** identifica tres metas o principios en el diseño de un régimen fiscal en el entorno Internet: seguridad jurídica, no rebajar recaudación y mantenimiento del principio de neutralidad.

Opta asimismo por no aplicar nuevos tributos ***(el Bit Tax)*** y aplicar los existentes, en particular el IVA, con el doble objetivo de no generar incertidumbre y de no dificultar los desarrollos de Internet y los Servicios de la **SI.** ***(COM 98 374 final)***.

Otra problemática que en este orden de ideas plantea el fenómeno Internet quedaría sintetizados de la manera siguiente:

- Problemas derivados de la identificación de las operaciones y actividad sujetas por mor de las nuevas técnicas Internet y de su presentación o formato.
- Problemas añadidos: calificación del software y de las páginas ***Web*** como establecimientos permanentes
- Servicios localizados en la sede del destinatario o del prestador.
- Localización de la generación de rentas.

UNIDAD DIDACTICA 19
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN INTERNET[1]

SUMARIO .

INTRODUCCIÓN.

I. EL ACCESO UNIVERSAL A LA RED

II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONTROL DE CONTENIDOS

A.- Planteamiento.
B.- Las “restricciones a la prestación de servicios”.

III. NUEVOS RETOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

A.- El secreto de las comunicaciones en Internet
B.- Correo electrónico
C.- Cookies y datos de conexión
D.- Encriptación.
E.- La protección de datos en Internet: los principios de puerto seguro.

IV. EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN INTERNET

A.- Responsabilidad penal.

1.- Las premisas de una política criminalística al efecto.
2.- El acceso no autorizado a las redes y sistemas informáticos o ***hacking***.
3.- Ataques contra datos reservados (intimidad, espionaje industrial)
4.- Ataques contra datos y programas en red. Los sabotajes informáticos.
5.- Ataques contra propiedad industrial e intelectual
6.- Ataques patrimoniales. Fraude informático.
7.- Los contenidos ilícitos cometidos por medios informáticos.

B.- Responsabilidad administrativa en servicios de la sociedad de la información.
C.- Régimen de responsabilidad civil en Internet.
D.- Régimen de responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia en Internet.

1.- Los epígrafes I, II y III de esta UD han sido redactados en colaboración con el Dr. Guillermo Escobar Roca.

INTRODUCCION

I.- EL ACCESO UNIVERSAL A LA RED

La expansión de Internet, con sus múltiples posibilidades de comunicación interpersonal y social, convierten a la red de redes en un instrumento muy importante para el libre desarrollo de la personalidad y para la participación de todos los ciudadanos en la vida económica, política, cultural y social[2]. Esta función social de Internet se acrecentará en los próximos años, con el consiguiente peligro de disgregación o discriminación de quienes no estén "conectados"; de hecho, ya se habla de una sociedad dual (la llamada fractura digital, no sólo entre los países sino también dentro de cada sociedad) en relación con el acceso a la red. Para evitar estos riesgos y, en todo caso, para favorecer el progreso individual y colectivo, recientemente se ha propuesto, tanto desde instituciones públicas (p. ej., en España la antigua Comisión especial de redes informáticas del Senado) como, sobre todo, desde la misma *comunidad de internautas*, la articulación de un derecho fundamental de acceso a la red.

Hoy por hoy no reconocible a ese nivel, podría no obstante entenderse implícito dentro de la faceta prestacional de las libertades y derechos de la comunicación (libertad de expresión y derecho a recibir información, sobre todo), ya aludida en el apartado correspondiente del presente Curso. Actualmente, la tendencia del ordenamiento apunta más bien a favor de la existencia de un derecho dotado de un carácter meramente objetivo, esto es, que no podría ser exigido directamente por los ciudadanos pero que vincularía al poder público (en especial, al poder legislativo), obligando a este a desplegar una mínima actividad prestacional en su favor.

Las medidas encaminadas a facilitar el acceso a la red tienen su origen en la labor de fomento protagonizada por instituciones internacionales. En esta dirección cabe citar, en primer lugar, la Recomendación sobre el servicio universal relativo a los nuevos servicios de comunicación e información, adoptada en 1999 por el Consejo de Europa, que propuso a los Estados crear puntos de acceso públicos (centros que faciliten a la generalidad de los ciudadanos el acceso a la red), incitar a que los poderes públicos ofrezcan contenidos de interés general, informaciones sobre sus actividades o servicios en línea; y enseñar a la población el manejo de las nuevas tecnologías. Por su parte, la Unión Europea lanzó en 2000 el Plan de Acción *e-Europe*, un extenso programa para promover la utilización de la red, desde parámetros de corte básicamente económico: el objetivo es convertir a Europa en una economía más competitiva, explotando las oportunidades de la digitalización. Esta finalidad se plasma a su vez en tres grandes objetivos: crear una red más rápida y barata (reducción de costes), formar a los ciudadanos en la cultura digital (dar a la población la posibilidad de un aprendizaje permanente) y estimular el uso de Internet (acelerar el comercio electrónico e incrementar la información del sector público en línea).

En España, la propuesta más amplia en la materia es el **Plan Info XXI de 1999**, un programa de fomento de las nuevas tecnologías similar al Plan de la Unión Europea, que intenta compensar el retraso en el que se encuentra España respecto al nivel de acceso y uso de Internet en otros países europeos. Este programa contempla a Internet como un fenómeno que incide en la casi totalidad de actividades de la sociedad (comunicación, educación, sanidad, cultura, economía), enunciando en consecuencia un catálogo de actuaciones que implican a diferentes Ministerios. Entre esas acciones se prevén compromisos heterogéneos, tales como la extensión de redes de alta velocidad, el fomento de la Administración electrónica, la implantación de Internet en las escuelas o la sensibilización a los ciudadanos sobre la importancia de la red. Las acciones previstas debe-

2.- En general, sobre la naturaleza de la red y cuestiones conexas vid UD 7.

rán, sin embargo, concretarse ***a posteriori*** a través de otros planes o medidas más concretos. Las inversiones se fijarán anualmente en los Presupuestos Generales del Estado para cada año, si bien se prevé la colaboración de las Comunidades Autónomas, de la Administración local y del sector empresarial.

II.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CONTROL DE CONTENIDOS

A.- PLANTEAMIENTO

Entre los llamados servicios de la sociedad de la información la legislación española incluye el "suministro de información por vía telemática", aséptica expresión que incluye un instrumento de trascendental importancia política y social, sin duda el ***servicio estrella*** de la red, la difusión de páginas ***web***. Como en toda comunicación pública, el conocido c***arácter objetivo o función institucional*** de la libertad de expresión pasa aquí a primer plano: el derecho fundamental no sólo sirve al interés del emisor sino que incorpora también una función social, de indudable interés general, la construcción de un espacio público, sin el cual no existiría una democracia digna de tal nombre.

Interesa destacar que en los medios tradicionales de comunicación (prensa, radio y televisión) la libertad de expresión se encuentra fuertemente condicionada. Ello se debe a tres características de tales medios:

a) El problema de la escasez (de espacio en papel o de tiempo en antena), que impone lógicamente una importante selección de los mensajes y, lo que es peor, del tratamiento de cada mensaje: no es fácil exponer todos los puntos de vista o toda la información relevante sobre un problema cuando el espacio es reducido.

b) Estos medios exigen fuertes inversiones económicas, lo que les hace en todo dependientes del mercado de la publicidad. Lo normal será entonces que el contenido de los mensajes tienda a acercarse tanto a los intereses económicos de quienes sustentan al medio como a los gustos de la mayoría del público.

c) Están sujetos a un fuerte control de contenidos, desempeñado por el director del medio, que actúa por orden del empresario y dispone del "derecho de veto" sobre todo el material difundido.

Pues bien, Internet elude estas tres limitaciones de los medios tradicionales, configurándose como la primera alternativa seria en favor de la construcción de una opinión pública auténticamente libre. Se abre con ello el camino a una sustancial transformación de los hábitos democráticos e incluso de no pocas estructuras sociales, reforzándose así la función institucional de la libertad de expresión. En consecuencia, preservar la libertad de expresión en Internet es de una importancia trascendental para la democratización y para el progreso social.

A la hora de pretender un control de los contenidos difundidos por la red, la normativa general sobre la libertad de expresión (normas civiles de protección de los derechos de la personalidad, Código Penal y régimen general de la publicidad, fundamentalmente) suele ser considerada insuficiente, al menos desde el punto de vista de la eficacia de los mecanismos de control. Por su parte, la normativa especial sobre los contenidos audiovisuales resulta excesiva en su aplicación a este medio, pues al margen de los serios problemas que se plantearían en relación con el principio de legalidad, aquella parece concebida desde su origen pensando en los medios tradicionales típicos, radio y televisión[3].

3.- Sobre el ámbito de aplicación de la normativa sobre contenidos audiovisuales vid. UD 17.

En relación con los contenidos en Internet suele utilizarse la distinción entre contenidos ilícitos y contenidos nocivos, que aparece por vez primera en la Comunicación de la Comisión Europea de 16 de octubre de 1996, de igual título. Los primeros son aquellos prohibidos incondicionalmente por las legislaciones de los Estados miembros (básicamente, los prohibidos por el Código Penal respectivo). Los segundos son aquellos cuya ilicitud depende más bien de valoraciones culturales o que no resultan prohibidos en todo caso (básicamente la pornografía, permitida en general en toda Europa, salvo cuando intervengan menores, bien como objeto de las imágenes pornográficas, bien como receptores de estos contenidos).

La citada Comunicación de 1996 es un documento de estudio, meramente orientativo y carente de eficacia jurídica. Sus conclusiones han sido asumidas en lo esencial por el texto clave de la regulación comunitaria sobre la materia, el **Plan de Acción para promover el uso seguro de Internet**, de 25 de enero de 1999. Este Plan se asienta sobre el siguiente principio: no es necesario introducir una normativa específica sobre los contenidos en Internet, bastando con aplicar la normativa general. Se quiere así abandonar la técnica administrativa de la sanción, sustituyéndola por la del fomento, lo que se inserta en las más modernas tendencias del Derecho administrativo, que toma buena nota de la inutilidad de las medidas meramente represivas. El Plan de Acción apuesta claramente por la autorregulación del sector (códigos de conducta) y por la potenciación de sistemas que permitan al usuario de Internet eliminar los contenidos no deseados (etiquetado, calificación y filtrado).

En esta dirección, en España la **Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)**, indica que “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”. Tales códigos “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”.

B.- LAS “RESTRICCIONES A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS”

Como contrapunto a los sistemas de control voluntario, referidos en el epígrafe anterior, la **LSSI** ha incorporado una encubierta forma de secuestro administrativo de páginas ***web***, en un polémico artículo 8.1 que por su importancia conviene transcribir en su integridad:

“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 o 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".

Pese a la ambigüedad del precepto, comprobamos fácilmente que el secuestro administrativo de páginas ***web*** resulta posible: las "autoridades competentes" para la protección de los bienes abstractamente enumerados "podrán adoptar las *medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos*" que vulneren tales bienes, todo ello, obviamente, "en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas". Resulta así claro que un buen número de autoridades administrativas (normalmente las "autoridades competentes" para la protección de los bienes que se citan son de naturaleza administrativa) podrán prohibir la difusión de determinados mensajes ("retirar" un determinado mensaje o "interrumpir" la prestación del suministro de información, léase cerrar una página ***web***, por considerarlos contrarios o simplemente peligrosos ("*pueda* atentar") para la preservación de una serie de bienes cuyo contenido es evidentemente impreciso.

El último párrafo del artículo 8.1, introducido a lo largo de la tramitación parlamentaria, pretende evitar el riesgo de inconstitucionalidad, defendido por un sector de la doctrina en relación con el Proyecto de Ley. Lo cierto es que, pese a dicho párrafo, la **LSSI** mantiene una llamativa ambigüedad en materia de secuestro (se realiza una remisión en blanco a normas que, al menos hoy por hoy, no mencionan en absoluto a la red), que deja traslucir un importante temor al desarrollo de la libertad de expresión y que, en conexión con el sistema de responsabilidad y con el régimen sancionador, puede crear un cierto "efecto silenciador" a la difusión de determinados mensajes. No se olvide, además, que la inseguridad jurídica se encuentra especialmente prohibida en materia de derechos fundamentales.

III.- NUEVOS RETOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

A.- EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN INTERNET

Las comunicaciones en Internet se encuentran protegidas por el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Como vimos en su momento, por aludir nuevamente al Derecho español, el artículo 18.3 CE no circunscribe su ámbito de aplicación a un número determinado de soportes, realizando tan sólo una mera relación ejemplificativa ("*en especial*, de las postales, telegráficas y telefónicas"). En palabras del Tribunal Constitucional español, "lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas han obligado a extender [la protección del derecho a la intimidad] más allá de aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad, y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de vida privada". Más en concreto, la Comisión Especial sobre redes informáticas del Senado declaró en noviembre de 2000 que "el

ordenador personal y el domicilio electrónico son inviolables y ninguna entrada o registro podrá hacerse sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. Se garantizará el secreto de las comunicaciones y la privacidad de los datos".

B.- CORREO ELECTRÓNICO

Las consideraciones anteriores llevan a la inclusión del correo electrónico en el ámbito de protección del secreto de las comunicaciones, tesis confirmada por el Código Penal español, que expresamente protege esta forma de comunicación. Debe destacarse que, a diferencia, por ejemplo, de una postal, estamos en presencia de canal cerrado, ya que quienes utilizan este medio no están colocando sus mensajes en la red para que los lea cualquiera, sino que están enviando una información a un destinatario al que designan a través de una determinada dirección de ***e-mail***, que indica que es con él con quien se quiere establecer la comunicación y no con otro: el mensaje de correo electrónico parte de una cuenta de correo y llega a otra cuenta, identificada como la del destinatario. En la transmisión el mensaje se divide en varios paquetes que viajan a su destino por distintos canales. Cuando llega al buzón del destinatario, el mensaje se sitúa en una lista donde aparece el remitente. Para acceder a su buzón el destinatario debe introducir su clave personal y, una vez hecho eso, normalmente abrir el mensaje concreto para conocer su contenido.

Desde un punto de vista técnico resulta sencillo para el proveedor del servicio abrir y leer los mensajes, tanto enviados como recibidos, pero para hacerlo tiene que llevar acabo un acto consciente de intromisión que es contrario a Derecho. Resultaría aquí de aplicación en su momento el citado artículo 33 de la LGT española que no distinguía entre operadores, resultando por ello exigible también a los proveedores del servicio de correo electrónico.

El secreto del correo electrónico de los trabajadores, utilizando un ordenador de la empresa y dentro del horario de trabajo, plantea una problemática específica, pues el derecho fundamental se enfrenta aquí a los típicos poderes de vigilancia y control empresarial. En este punto el Derecho y la jurisprudencia comparados se encuentran divididos. Cualquier solución que se adopte pasa, a nuestro entender, por la entrada del principio de la ponderación entre los intereses en conflicto.

C.- *COOKIES* Y DATOS DE CONEXIÓN

Las ***cookies*** han sido definidas por la Agencia española de Protección de Datos como el "conjunto de datos que envía un servidor ***web*** a cualquier navegador que le visita, con información sobre la utilización que se ha hecho, por parte de dicho navegador, de las páginas del servidor, en cuanto a dirección IP del navegador, dirección de las páginas visitadas, dirección de la página desde la que se accede, fecha, hora, etc. Esta información se almacena en un fichero en el directorio del navegador para ser utilizada en una próxima visita a dicho servidor". Esta técnica permite al titular del ***web*** servidor memorizar las anteriores consultas que ha hecho el internauta. El envío de ***cookies*** sucesivos y su ulterior conservación permite hacer una fotografía bastante completa del usuario, del que no sólo se conoce la dirección sino también sus gustos, preocupaciones y su manera de entretenerse.

No resulta fácil decidir si esta práctica comercial implica una intervención sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, pues para ello debería previamente despejarse una doble incertidumbre, aún no resuelta:

a) Si estamos en presencia de una comunicación en el sentido del artículo 18.3 CE. Téngase en cuenta que no estamos ante una comunicación interpersonal (del tipo de las postales, telegráficas o telefónicas), sino de una "visita" a una determinada página ***web***, bien para informarse sobre

su contenido, bien para contratar la adquisición de un determinado producto o servicio. Si entendemos que la comunicación protegida por el secreto implica necesariamente la transmisión por el titular del derecho de un mensaje determinado, en la navegación por páginas ***web*** estaríamos fuera de la protección constitucional.

b) Si, pese a las aludidas dificultades, entendiéramos que la visita a páginas ***web*** es una forma de comunicación protegida por el secreto, habríamos de situarnos en el contexto de la tradición continental europea para poder afirmar la presencia de una intervención relevante. Según esta tradición el secreto de las comunicaciones no protege sólo el hecho de la comunicación en sí misma, sino también circunstancias externas a ella, como la identidad de los comunicantes.

Con independencia de que exista o no protección constitucional frente a las ***cookies,*** en el inmediato futuro la propia arquitectura de Internet hará posible que los intereses del usuario resulten finalmente garantizados: si en un comienzo esta técnica era practicada sin conocimiento del internauta, actualmente los ***software*** de navegación se diseñan de tal forma que los usuarios pueden saber que ha sido enviado un ***cookie*** y decidir si lo aceptan o no. Incluso es posible la previa eliminación de la grabación de cualquier ***cookie***, lo que permite al internauta navegar con comodidad, sin tener que rechazar en cada caso el envío de nuevos ***cookies***.

Otra técnica distinta a los ***cookies*** es la recopilación de datos de conexión. Estos datos son recogidos automáticamente por los proveedores de acceso y consignados en un archivo llamado ***log***, donde consta la comunicación entre los ordenadores, la utilización que se ha hecho de la red, las direcciones del emisor del mensaje y su destinatario, la fecha y la hora de conexión y la modalidad de uso. De esta forma, el proveedor de acceso acumula datos útiles, al igual que los ***cookies***, para llegar a conclusiones sobre las prácticas y gustos de los usuarios.

En relación con los datos de conexión está muy extendida la fórmula del consentimiento, según la cual el proveedor permite gratuitamente el acceso a Internet a cambio de la autorización del usuario para que todos sus datos de navegación sean recogidos y tratados. Esto podría conducir a distintos niveles de protección de la intimidad, según los ingresos de cada usuario, en detrimento del principio de igualdad.

Recientemente la citada Directiva 2002/58, sobre la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, aborda esta problemática en el artículo dedicado a los “datos de localización distintos de los datos de tráfico”, donde se admite la fórmula del consentimiento, aunque sometida a muy importantes límites. De entrada, se indica que tales datos sólo podrán tratarse “si se hacen anónimos, o previo consentimiento de los usuarios o abonados, en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación de un servicio con valor añadido”, añadiéndose que “El proveedor del servicio deberá informar a los usuarios o abonados, antes de obtener su consentimiento, del tipo de datos de localización distintos de los datos de tráfico que serán tratados, de la finalidad y duración del tratamiento y de si los datos se transmitirán a un tercero a efectos de la prestación de un servicio con valor añadido”. En todo caso, la Directiva reconoce el derecho del usuario a retirar su consentimiento, tanto de forma permanente como “para cada conexión a la red o para cada transmisión de una comunicación”, en este último caso mediante un “procedimiento sencillo y gratuito”.

D.- ENCRIPTACIÓN

Un problema bien distinto a los anteriores es el de los límites a los mecanismos “arquitectónicos” (no legales) de garantía del secreto. Actualmente la arquitectura de Internet permite ya la transmisión de mensajes cifrados o encriptados, codificados desde el emisor hasta el receptor de forma

tal que su contenido no puede ser, en modo alguno, descifrado por terceros. Esta técnica puede chocar con intereses públicos relevantes.

La doctrina acostumbra a dividir entre dos tipos de encriptación o cifrado:

a') La **encriptación asimétrica**, que se produce en un grupo abierto de personas, en el que a cada comunicante se atribuyen dos códigos, uno público (conocido por todos) y otro secreto (conocido sólo por su titular), si bien en algún caso este código secreto es atribuido por un tercero, normalmente el proveedor de acceso a Internet.

b') La **encriptación simétrica**, en la cual las comunicaciones se producen en un círculo cerrado en que una serie de personas escogen un código para comunicarse entre sí, que nadie más conoce. Este tipo de encriptación simétrica sólo puede aceptarse o prohibirse, ya que no existe técnicamente posibilidad de intervenirla.

Sobre la aceptación o prohibición de ambos tipos de encriptación no existen todavía modelos legislativos ni jurisprudenciales claros. Cualquier solución que se adopte deberá partir, una vez más, de la interpretación del contenido del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y no de consideraciones fácticas o de oportunidad.

En España, el art. 52 de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 pareció pretender una regulación general del cifrado, sin conseguirlo. Partía del principio general de que "el cifrado es un instrumento de seguridad de la información" y del de libertad de cifrado según le cual "cualquier tipo de información que se transmita por redes de comunicaciones electrónicas podrá ser protegido por procedimientos de cifrado" para añadir después una doble obligación "cuando el cifrado se utilice para proteger la confidencialidad de la información":

a) "facilitar a un órgano de la Administración General del Estado o a un organismo público los algoritmos o cualquier procedimiento de cifrado utilizado."
b) "facilitar sin coste alguno los aparatos de cifra a efectos de su control de acuerdo con la normativa vigente".

La imprecisión- y la ambigüedad incluso- en esta materia es tan amplia que podría verse afectado el ejercicio de derechos fundamentales como el del secreto de las comunicaciones y la reserva de ley.

E.- LA PROTECCIÓN DE DATOS EN INTERNET: LOS PRINCIPIOS DE PUERTO SEGURO

En Internet la protección de los datos personales se hace más difícil, ya que el poder de control del individuo sobre los mismos disminuye, dadas las peculiaridades características de la red, y en especial la dificultad en el seguimiento del tráfico.

Con ello se pone de manifiesto, una vez más, la ineficacia de cualquier solución de carácter nacional aplicada a la red. Los datos pueden ser recogidos por operadores muy distantes del individuo, fuera del control del Estado en el que este reside. Además, los registros o catálogos de datos personales pueden ser exportados con facilidad y circular rápidamente, difundiéndose en lugares distantes, lejos también del alcance de la jurisdicción de los Estados.

Por estas razones, la Unión Europea se ha preocupado de establecer una regulación unitaria que sirva para armonizar las legislaciones de los Estados miembros, sometiéndolas a un patrón común, con el fin de establecer un estándar de protección de los datos personales básicamente idéntico. No basta, sin embargo, con que existan normas europeas con un elevando nivel de protección sino que sus principios deberían exportarse a todos los países del mundo, si quieren ser efectivos. La aproximación de legislaciones a nivel mundial (como mundial es la red por donde los datos circulan) resulta así imprescindible para asegurar que tanto en los lugares de origen como los de destino se ofrezcan unas mismas garantías de protección.

La estandarización de los niveles de protección de los datos personales debería, por tanto, mundializarse; de ahí el esfuerzo de las autoridades comunitarias por establecer acuerdos con Estados Unidos, encaminados a establecer patrones comunes en la materia. Sin embargo, esta aproximación plantea importantes problemas, habida cuenta de la disparidad de las tradiciones europea y norteamericana: mientras que en la primera priman criterios de Derecho público (obligaciones de las empresas impuestas y controladas por el poder público), en la segunda domina el criterio de la autorregulación de las empresas implicadas. La solución pasa así inevitablemente por un difícil equilibrio entre ambos modelos.

Ya la Exposición de Motivos de la Directiva 95/46 señaló que “los flujos transfronterizos de datos personales son necesarios para el desarrollo del comercio internacional” y que la garantía de los derechos fundamentales no tiene por qué sufrir menoscabo, siempre que la transferencia de datos personales se realice “a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado”. Con este propósito se ha desarrollado un acuerdo con Estados Unidos, denominado de “puerto seguro”, que trata de resolver el problema de la transferencia de datos personales por empresas y Administraciones europeas a otras norteamericanas.

Las negociaciones han concluido finalmente en la **Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2000** (rectificada por Decisión de 25 de abril de 2001), sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América.

En síntesis, el contenido del Acuerdo es el siguiente:

a) Los principios de puerto seguro se concretan en los derechos de elección, prohibición de transferencia, seguridad, integridad de los datos y acceso a los mismos, así como en las medidas de exclusión y ejecución que inspiran la regulación europea contenida en las dos Directivas fundamentales dictadas en la materia. Estos principios se acompañan de una catálogo de las llamadas “preguntas más frecuentes”, cuyas contestaciones sirven para completar y aclarar el significado y alcance de los principios.

b) El procedimiento parte de la autocertificación de las propias empresas norteamericanas, que implica la adhesión y respeto a los principios de puerto seguro. El Departamento de Comercio elabora anualmente una lista de las entidades que remitan cartas de autocertificación (empresas adheridas al modelo de protección de datos considerado “apropiado” por las autoridades comunitarias). Los beneficios correspondientes surten efecto desde la fecha en que la empresa que lo desee notifique, mediante dicha autocertificación, su adhesión a dicho modelo. En principio, los adherentes ofrecen así todas las garantías necesarias respecto de los datos que reciben, de forma tal que empresas europeas saben que pueden transferir los datos a estas empresas norteamericanas sin necesidad de buscar otras salvaguardias y los ciudadanos de la Unión Europea tienen la seguridad de que sus datos se encuentran protegidos.

c) En caso de declaraciones falsas o de prácticas comerciales engañosas el Departamento de Comercio puede aplicar las sanciones contenidas en la ***Federal Trade Commission Act***. En Europa, el Grupo de Trabajo sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales ha alertado sobre el riesgo de que, a menos de que se presente o investigue una queja, cualquier entidad de Estados Unidos que afirme respetar los beneficios de puerto seguro tendría derecho a recibir datos personales de la Unión Europea. Para evitar irregularidades, este Grupo de Trabajo postula la conveniencia de vigilar si las empresas cumplen en la práctica los requisitos exigidos.

d) De acuerdo con el modelo norteamericano de la autorregulación, la adhesión a los principios de puerto seguro por parte de las empresas es totalmente voluntaria. Dicha adhesión puede realizarse de diversas formas: integrándose en un programa de protección de la vida privada elaborado por un organismo homologado, elaborando sus propias medidas de protección de la vida privada, siempre que se adecuen a dichos principios, o bien sometiéndose a normas legales o reglamentarias que protejan con eficacia los datos personales.

IV.- EL REGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN INTERNET.

La vulneración de los derechos que el proceso comunicacional a través de Internet comporta trae consigo la imputación de diversos órdenes de responsabilidad tanto penal, como administrativa o civil. Las especiales características de la Red y de los agentes y actores que intervienen en la provisión de los servicios y actividades que se desarrollan en este medio permiten introducir un sesgo de variación en las coordenadas en que se produce y se exige la responsabilidad en Internet. Fundamentalmente, en relación a tres temas principales: el problema de la autoría y de la participación efectiva de los diversos agentes concurrentes en la cadena de producción informacional, particularmente en relación a los contenidos ilícitos generadores de todo tipo de responsabilidad; el problema de la articulación de nuevos tipos penales que den cuenta de los nuevos bienes protegibles como consecuencia de los servicios de la sociedad de la información finalmente, y dada la deslocalización intrínseca de Internet, los presupuestos y condiciones de ejercicio de las acciones procesales en el medio internacional en exigencia de la responsabilidad.

A.- RESPONSABILIDAD PENAL EN INTERNET.

1.- Las premisas de una política criminalística al efecto.

La incidencia de las nuevas tecnologías de la Información sobre la defensa, por medio de normas penales, de los bienes jurídicos protegibles se puede condensar en dos premisas fundamentales: elaboración de nuevos tipos penales que contienen ilícitos nuevos en el panorama del derecho penal vigente, y conservación -y en su caso adaptación- de los tipos penales vigentes conteniendo ilícitos que son cometidos por medios electrónicos.

En el primero de los supuestos, los nuevos ilícitos penales tienen por objeto la salvaguardia de bienes jurídicos también nuevos y que afectan de lleno a las libertades y bienes puestos en peligro por el despliegue de los medios que pone a disposición la Sociedad de la Información con su enorme potencial. En el segundo de los supuestos, los medios electrónicos, ampliamente considerados, son sólo una forma o instrumento para la comisión de otros delitos algunos de ellos tan viejos como la estafa, los daños o el fraude.

Existe en la ciencia criminalística actual, en relación a los delitos cometidos a través de los nuevos medios y tecnologías, dos corrientes o tendencias, que se plasman en concretas políticas criminalistas:

Por un lado, se trata de definir y elaborar tipos penales nuevos que preserven la zona de seguridad destinada a los nuevos bienes jurídicos protegidos y en sí mismos considerados. En esta línea están las modernas legislaciones penales de muchos países que de forma autónoma definen los tipos relativos a los sabotajes informáticos, las manipulaciones electrónicas, con o sin resultado dañoso, la estafa, la falsedad, el espionaje electrónico o el fraude, en sus más variadas acepciones, en su versión específicamente electrónica. En este sentido cabe incluir también la producción generalizada de daños a la red y sus sistemas informáticos (virus, sabotajes, ***hackers***, etc.).

Por otra parte, cabe contemplar, ya como tipos específicos, o como tipos agravados, los delitos que se cometen a través de los medios electrónicos y que no son sino una versión de los viejos delitos de fraude estafa, hurto o robo.

La definición de los denominados delitos informáticos tropieza con la dificultad originada por una ausencia de un término inequívoco a nivel internacional con pretensiones de uniformización legislativa. La **OCDE** había definido estos delitos de nuevo cuño de forma manifiestamente vaga, como" las conductas antijurídicas, no éticas o no autorizadas, que impliquen el procesamiento automático de datos y/ o la transmisión de datos".

Es tradicional en la ciencia jurídica penal, en relación a este tipo de delitos, contraponer aquellos en que los sistemas y medios son el objeto central de la protección penal y aquellos otros en que los sistemas, ampliamente considerados, no son más que el instrumento o medio de la comisión del delito.

Ha de señalarse que en ocasiones es difícil realmente diferenciar cuando los sistemas informáticos son el medio o el objeto central en la comisión del delito (piénsese en los fraudes por medio de manipulación de instrumentos de crédito o pago electrónicos, en los que no aparece claramente la percepción de si los sistemas son el objeto mismo de la protección penal dispensada o por el contrario son sólo el instrumento para su comisión). Es por ello que se reafirma en el panorama internacional la tendencia a clasificar la materia penal destacando un grupo de tipos que tienen como objeto la defensa y preservación de un nuevo bien jurídico perfectamente separable de otros bienes jurídicos protegidos por otras normas penales, como pueden ser los derechos de propiedad, el honor o la intimidad de las personas. En este caso nos encontraríamos con tipos penales nuevos y autónomos, por ser correlativamente nuevos y autónomos los bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico protegido es ahora la seguridad y confiabilidad en el sistema en sí misma considerada.

Salta a la vista que según esta apreciación los nuevos tipos penales no se refieren a delitos de resultado, sino de actividad o de conducta. Su mera comisión constituye un daño a valores preconstituídos del sistema informacional, como es la seguridad de la comunicación y la confiabilidad que de ella dimana para la implantación y desarrollo de los servicios de la Sociedad de la Información.

Como tal, el nuevo bien jurídico es susceptible de presentarse bajo diversas formas y manifestaciones, pero todas ellas pueden reconducirse en suma a la necesidad de mantener la seguridad y la confiabilidad en el sistema informacional de los nuevos medios electrónicos. Se trata de un delito formal, como formal es el bien jurídico objeto de la protección: el derecho fundamental a la comunicación libre. Cualquier acción u omisión que vulnere esta libertad, y atente contra la seguridad que se pretende para el sistema, estará integrada y contenida en el tipo del delito, sin necesidad de que concurran otros elementos como daño patrimonial o de otro tipo.

Estos delitos de nuevo cuño se emparentarían en consecuencia con aquellos otros, tales como la violación del secreto de las comunicaciones, que se tipifican como delitos de atentado a una libertad básica: la libertad y el derecho consecuente de comunicar libre, eficazmente y sin intromisiones por parte de terceros. Lo que estos tipos tratan de preservar y defender no es tanto la peligrosidad de los medios empleados en la comisión de delitos tradicionales sino el ilícito frontal de una violación básica de la libertad y seguridad de las comunicaciones y de sus sistemas asociados.

2.- El acceso no autorizado a las redes y sistemas informáticos o hacking.

Dentro de esta categorización es prototípico delito el de acceso no autorizado, o ***hacking***, a las redes y sistemas, bajo sus diversas variantes y acepciones. Realmente, constituye una actividad sumamente dañina para el desarrollo y operatividad de las redes y sistemas informáticos, y sobre todo de Internet, el acceso no autorizado o ***hacking***, con la finalidad de demostrar la vulnerabilidad de las redes o como medio de aprovechamiento ulterior de datos y sistemas reservados, o con la intención implícita o explícita de realizar daños en la red. Independientemente de la motivación, y de los resultados logrados, las conductas antijurídicas del acceso no autorizado constituyen conductas directamente violatorias del bien jurídico de la seguridad y confiabilidad de la red.

El carácter abierto y descentralizado de la Red, la desubicación de las acciones ***on line*** y la enorme capacidad de las redes informáticas son factores entre otros que contribuyen a agrandar el efecto dañino de los accesos no autorizados y a dificultar la perseguibilidad de las conductas ilícitas.

El acceso no autorizado, dada su gravedad y potencial daño a los sistemas de red, ha sido tipificado como delito por diversas legislaciones: así, el Reino Unido ***(Computer Misuse Act, de 1990)***, USA (***Computer Fraud and Abuse Act*** de 1986), Francia (Art. 323.1 del Código Penal), Italia(art.615 ter Código Penal). No obstante, un gran número de países no tiene de forma autónoma tipificado el delito de acceso no autorizado, entre los que cabe contar, en América Latina, Argentina y Chile y, en Europa, España, en donde no existe un tipo autónomo preciso que sancione el acceso o intromisión ilegítima en la red y los sistemas informáticos. Únicamente se estará en esos casos en presencia de un delito cuando la conducta ilícita del acceso vulnere otros bienes jurídicos a los que se dispensa protección penal, tales como la intimidad, el patrimonio o la reserva empresarial (Art. 278 CP español). Por esa razón, el Consejo de Europa ha recomendado la inclusión, en las legislaciones penales de los diferentes Estados, del delito de acceso no autorizado, como tipo simplemente relacionado o que afecta a la confiabilidad e integridad del sistema informacional, con independencia o al margen de que resulten otros daños o vulneraciones de otros bienes jurídicos por medio de la conducta antijurídica.

Del delito autónomo de acceso no autorizado cabe deslindar los accesos que significan o constituyen fraudes o daños patrimoniales y que son el resultado de las conductas ilícitas. Tal es el caso del Art. 256 del CP español que sanciona las intromisiones en los sistemas informáticos, de las que resultan disminuciones patrimoniales. El bien jurídico protegido es muy distinto en uno y otro supuesto.

3.- Ataques contra datos reservados (intimidad, espionaje industrial)

En estos delitos, con toda evidencia, el bien jurídico que se protege es la reserva debida a la intimidad de las personas, ampliamente considerada y extensiva a los datos de carácter personal registrados en soportes o ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos, como dice el art. 197.2 del Código Penal español.

En realidad se trata de delitos que tipifican conductas ilícitas en relación a la apropiación de datos de carácter personal, y cuyo bien jurídico protegible es la libertad informática o el ***habeas data***. Por estar en relación a las diferentes clases de datos de carácter personal contenidos en la legislación especial sobre este tipo de datos, las normas penales que sancionan estas conductas ilícitas son por lo general normas penales en blanco o normas de remisión que dificultan el tratamiento jurídico penal de estos delitos. En especial, como ha sido frecuentemente destacado, esta dificultad se acrecienta en relación a las conductas de ***insiders*** (la ausencia de autorización equivale únicamente a la contravención de las reglas contenidas en la legislación de protección de datos). Para los ***outsiders***, por el contrario, la conducta ilícita se basa en la intromisión en los sistemas de datos y supone en sí misma una conducta no autorizada. En el primer caso, el bien jurídico protegido es la intimidad de los datos vulnerada por medio de conductas no autorizadas. En el segundo, simplemente se trataría de un acceso no autorizado a los sistemas, en los que el bien jurídico protegido es tan sólo la libertad formal o la seguridad e integridad de todo el sistema. Por esta razón, este tipo de delitos se recoge en los Códigos como delitos sobre el descubrimiento y revelación de secretos (arts. 197 al 201 Penal español).

4.- Ataques contra datos y programas en red. Los sabotajes informáticos.

Los sabotajes informáticos genéricamente considerados consisten en acciones de borrado, supresión o modificación, sin autorización de su titular, de funciones o datos con el resultado dañoso previsto en la ley penal y que de hecho producen un mal o defectuoso funcionamiento de los sistemas. Dentro de ellos cabe contemplar de forma destacada los virus informáticos que son programas o rutinas que acceden a un sistema por cualquier medio, instalándose y reproduciéndose dentro del mismo y causando daños al ejecutar acciones no programadas o programadas directamente dentro del sistema infectado. En este sentido, y dentro del área latinoamericana, es de destacar el llamado que el Comité de Informática de la UNESCO hizo público con ocasión de la 14 Conferencia Iberoamericana de Informática celebrada en la Habana en Noviembre de 1995, para que los diferentes Gobiernos adoptasen las medidas legales necesarias para tipificar como delitos a los virus informáticos y para ser penados y perseguidos de igual forma en todos los países.

El sabotaje informático puede hacerse de dos formas: por modificación o destrucción de los datos y programas del sistema afectado y por paralización o bloqueo del sistema, sin alteración de los datos o programas.

En el Derecho español el art.264 2 del Código Penal, crea un tipo específico de daños informáticos. Se impondrá pena de prisión y multa al “que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos”. El tipo especifico constituye un subtipo agravado del tipo de daños, aunque se deba destacar que en el supuesto de los sabotajes informáticos el bien jurídico protegido no es tanto la propiedad (como ocurre con los daños genéricos) sino la propia seguridad del sistema informacional. Ello quedaría además justificado por la enorme diferencia de penas en ambos casos: prisión de uno a tres años y multa en los sabotajes informáticos y multa en los simples daños.

5. - Ataques contra propiedad industrial e intelectual

La información trasmitida y contenida en los sistemas de red es objeto de una específica protección en tanto que puede constituir objeto de propiedad industrial e intelectual. La vulneración del bien jurídico preciso que constituye ese tipo de propiedades y del régimen de protección específica, puede acarrear la responsabilidad penal como delitos específicos, y así así lo hacen un gran número de legislaciones. Ya vimos en otra lección de este curso la facilidad con que se pueden

vulnerar a través de Internet los derechos de autor o de la Propiedad Industrial, por las propias características de los sistemas de copiado, reproducción y almacenamiento y la necesidad de proteger adicionalmente este tipo de propiedad cuando intervienen los medios electrónicos.

En realidad no se trata aquí de delitos informáticos en sentido estricto, porque el bien jurídico objeto de protección penal no es la seguridad o contabilidad de los sistemas informáticos sino la protección de una especifica propiedad o derechos y que se manifiesta o ejerce por medios electrónicos. Lo que se menoscaba no es la especificidad de la red sino de los contenidos informacionales que se trasmiten a través de la red.

El caso Napster de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Distrito Noveno, de 12 de Febrero de 2001 constituyó el paladino reconocimiento de la violación de la propiedad intelectual por la empresa que reproducía bajo demanda obras musicales que distribuía por todo el mundo sin autorización de editores y autores.

En España los arts. 270 a 273 del Código Penal contienen los tipos sobre vulneraciones de la PI. El tipo básico se contiene en al art. 270 en cuyo enunciado la exigencia de que la propiedad intelectual objeto de protección esté “fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio” albergaría sin duda la comisión a través de Internet.

Las conductas comisivas de los ataques patrimoniales contra la Propiedad Intelectual, y que se contienen en los tipos penales abarcan tanto las conductas que lesionan intereses patrimoniales (reproducción, distribución, etc.) como morales (plagio) y que las características técnicas y de copiado, distribución, comunicación publica y distribución de Internet posibilitan enormemente.

6.- Ataques patrimoniales. Fraude informático.

La esencia del fraude informático radica en el daño patrimonial efectuado a través de una manipulación informática de datos, programas o sistemas. El tipo del delito partiría del concepto general de la estafa y en cierto modo la construcción del tipo se hace a través de los elementos tipificadores de la estafa. La transferencia lucrativa se hace aquí por medio de manipulaciones electrónicas y no por engaño, aunque bien podría considerarse que la mentada manipulación se englobaría sin dificultad en la categoría del engaño tipificador de la estafa. No obstante, razones de existencia de tipificación más precisa, como de política criminalística, han llevado a incorporar tipos penales del tenor del art. 248.2 del Código Penal español que impone la misma penalidad de la estafa al que “con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artilugio semejante consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero”.

Aunque era necesario separar y dar autonomía a un tipo específico para estas conductas tan abundantes como peligrosas y nocivas en la actualidad, no deja de ser cierto igualmente que la vaguedad de los elementos definitorios del nuevo injusto pueda dar lugar- como ya lo están dando- a problemas interpretativos. Básicamente, en razón al amplio concepto de manipulación informática, que puede incluir diversas operaciones fraudulentas tales como la utilización gratuita de comunicaciones por teléfono, la utilización fraudulenta de tarjetas de crédito o la utilización por acceso fraudulento a cajeros automáticos.

7.- Los contenidos ilícitos cometidos por medios informáticos.

Al contrario de los tipos descritos anteriormente, los tipos que afectan a los contenidos no pueden calificarse en buena doctrina como delitos informáticos toda vez que son diferentes los bienes jurídicos que se protegen en este caso. Los contenidos ilícitos que se publican a través de Internet

(contenidos pornográficos, racistas, xenófobos, incitadores a la violencia etc.) son encuadrables en los tipos tradicionales que recogen los atentados a bienes jurídicos muy distintos:

a) Problemas derivados de la punición de los contenidos ilícitos son básicamente los siguientes:

- Compatibilidad con la libertad de expresión y fijación de límites respectivos.
- Tipificación de conductas punibles (posesión, distribución, copiado etc. del material con los contenidos ilícitos).
- Ubicación del hecho o hechos criminosos y perseguibilidad judicial.

b) Este tipo de contenidos ilícitos ha movido a diversas instancias internacionales y ordenamientos nacionales que han adoptado posiciones al efecto:

En USA, la ***Communication Decency Act*** de 1996 que declaraba ilícito y punible el uso de computadores para la transmisión de material susceptible de ser calificado como indecente. Y que por su incompatibilidad con la primera enmienda de la Constitución (la libertad de expresión) fue declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo Federal ***(Caso Reno v. Aclu).***

En España, la Ley Orgánica de 30 de Abril de 1999 modificó el titulo VIII del Libro Segundo del Código Penal introduciendo nuevas conductas tipificadas en el art. 189.1 en relación a la pornografía infantil, sancionando dos tipos de conductas: los actos de producción y comercialización en sentido amplio de ese material y su posesión

El Consejo de Europa ha redactado el Borrador de **Convención sobre Ciberdelitos**, de 25 de Mayo de 2001 y que ofrece un marco común para la inclusión por los países miembros de tipos penales que identifiquen las conductas relacionadas con la pornografía infantil.

B.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN.

Los prestadores de servicios de la SI están sujetos asimismo a la responsabilidad administrativa específica cuando la legislación especial les es de aplicación. La **LSSI** española establece un régimen de infracciones y sanciones, distinguiendo en cuanto a las primeras las infracciones en muy graves, graves y leves. La infracción grave se nuclea en torno al incumplimiento de las órdenes dictadas por la Administración competente en situaciones de suspensión de la transmisión, el alojamiento de los datos, el acceso a la red o la prestación de los servicios, así como la retención de los datos de tráfico. (Art. 37 LSSI). La tipificación de infracciones refuerza las potestades que la Administración recibe del ordenamiento en estos supuestos. Las infracciones graves incorporan además los supuestos de conductas lesivas como consecuencia de envío de publicidad no deseada o envío masivo de comunicaciones por correo electrónico (38.3. id.) -o la falta de información y de colaboración exigibles frente a la Administración.

Las sanciones se gradúan conforme a una serie de criterios que afectan tanto a la gravedad o reincidencia de la infracción como al número de damnificados reales o potenciales (Art. 39 id.) y consisten en general en sanciones de tipo pecuniario. Medidas provisionales en orden a asegurar la eficacia de la resolución que se adopte, del buen fin del procedimiento, o para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales, pueden ser adoptadas, tales como la suspensión temporal, la advertencia al público de la existencia de posibles conductas dañosas y de las medidas adoptadas para hacerles frente. (Art. 41 id).

C.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN INTERNET.

Es incuestionable que Internet, en tanto que medio o sistema en que se produce la comunicación y la publicación de mensajes y de contenidos informaciones, en su más amplio sentido es por sí mismo generador de diversos tipos de responsabilidad. Examinada la responsabilidad penal y la administrativa, examinemos brevemente la responsabilidad civil tanto en su vertiente contractual, como extracontractual, es decir la que se genera a partir de hechos considerados ilícitos y con la estructura propia de la responsabilidad aquiliana del art. 1902 de nuestro CC.

Por su especial conformación, la red de redes es singularmente incidente en esferas de derechos especialmente vulnerables y dotados en consecuencia de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico. Los derechos de la intimidad, el honor, la propia imagen, o los atentados genéricos al patrimonio, mediante medios y sistemas informáticos, o el acceso no autorizado provocador de daños de difícil cuantificación en muchos casos, junto a las características intrínsecas en que se produce, genera y transmite la información a través de la RED, hacen relevante el tratamiento de la responsabilidad en Internet.

El carácter descentralizado y abierto de la Red, la globalización de los sistemas informacionales, la desubicación de la producción de los hechos generadores de la responsabilidad, la cadena de agentes que coadyuvan a la generación, transmisión, y tratamiento y distribución de la información, etc, son todas ellas circunstancias que presentan perfiles novedosos también en la forma de regular los sistemas de responsabilidad de todos los órdenes, por las acciones y conductas realizadas a través de la RED.

En este aspecto, como en otros muchos de los tratados, la circunstancia Internet, no es óbice para que sean aplicados con carácter general los sistemas jurídicos. En este sentido, es aplicable el régimen de protección de la propiedad industrial o intelectual o muchos de los delitos tradicionales, o el mismo sistema de la contratación electrónica, la protección de los consumidores o el pleno desarrollo de los derechos fundamentales a través de la Red: Los medios electrónicos en los cuales se producen o manifiestan las acciones enmarcables dentro de estos subordenamientos u ordenamientos específicos, no son de entidad suficiente para configurar modelos o subsistemas jurídicos especiales, por regla general. Sin embargo, sí es perceptible la exigencia de una adecuación o adaptación de esos sistemas a las circunstancias de todo tipo en que se genera, utiliza y aplica el flujo informacional propio de Internet.

Entre las características, con incidencia directa sobre la conformación del sistema de la responsabilidad en Internet, destacamos:

- La multiplicidad de sujetos intervinientes en esa producción y transmisión de la información, integrando una perfecta cadena de valor del producto final.
- Las distintas relaciones jurídicas trabadas entre esos agentes múltiples, como consecuencia de la distinta funcionalidad que desempeñan en el nuevo sistema de información.
- La desubicación de los sujetos intervinientes en relaciones jurídicas ubicadas en el ciberespacio y por consiguiente la posibilidad de aplicación de diversos ordenamientos jurídicos y jurisdicciones.
- El desconocimiento, por no identificación, de los sujetos, como directa consecuencia del carácter abierto, descentralizado, global e interactivo de la Red y de las nuevas tecnologías de la Información.

Como consecuencia de todo ello es fácilmente perceptible una cierta distorsión de la temática propia de la responsabilidad civil, a causa de los hechos generadores de este tipo de responsabilidad que tienen lugar a través de Internet. No existe una relación lineal entre responsable y perjudicado, con una única línea de nexo causal entre ellos, sino que la presencia de múltiples sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas cada vez más complicadas que emergen, se desarrollan y aplican a través de Internet, predice una cierta difuminación de la clásica relación de responsabilidad extracontractual de tipo tradicional o clásico.

La Ley española de los Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) establece con carácter general la responsabilidad a la que están sujetos los prestadores de Servicios SI (Art. 13, 1). E igualmente sale al paso de la problemática antes expuesta sobre la responsabilidad de los intermediarios en la cadena de producción de servicios, declarando la irresponsabilidad de los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso por los datos y contenidos facilitados por el destinatario del servicio, salvo que ellos mismo hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos (Art. 14.1) Irresponsabilidad que se extiende, bajo ciertas condiciones, a la copia temporal de esos datos (Art. 15), al alojamiento o almacenamiento de datos (Art. 16), y a los enlaces y a contenidos e instrumentos de búsqueda (Art. 17).

D.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN INTERNET.

Internet constituye uno de los mercados más dinámicos y operativos en la actualidad. Su crecimiento es sorprendente y ello se explica por una serie de razones que escapan del propósito de estas líneas. Baste dejar constancia aquí de que el sistema de Internet ha nacido bajo el signo de la libertad y de que su crecimiento y dinamismo se debe sin duda al espectacular despliegue de las redes y servicios en competencia y a la práctica inexistencia de barreras de entrada que ha facilitado la instalación de proveedores de servicios, en principio.

El Derecho de la competencia, tanto general y común o ***ex post***, como el que se incardina dentro del sistema regulatorio, mediante obligaciones ***ex ante*** y específicas, tiene aplicación en Internet. Y tanto, en la esfera europea del Derecho comunitario como en el ámbito nacional de los países miembros

Son variados los aspectos de la explotación de los servicios de la SSI que se prestan a través de Internet que pueden ser objeto de análisis a la luz del Derecho de la competencia. Y de hecho las autoridades comunitarias europeas, tanto como las autoridades nacionales han tenido ocasión de conocer y de determinar supuestos de afectación de reglas de este tipo en el desarrollo de los servicios a través de Internet.

Los principales problemas suscitados por la aplicación a Internet -resumimos- afectan:

- Al acceso de las redes troncales o ***backbone networks***. (Caso ***Worldcom MCI*** en 1998.
- Al acceso al bucle local de abonado o ***local loop***.
- A los descodificadores en supuesto de acceso a través de ***Web TV***.
- A los sistemas operativos de navegación. Caso ***Microsoft Explorer***.
- A los proveedores de acceso y las políticas de precios predatorios de las empresas en posesión o control de las redes de acceso.
- A los proveedores de contenidos en relación con la concentración de empresas que signifiquen posiciones dominantes o prácticas restrictivas en su sentido más lato.

UNIDAD DIDACTICA 20
INTERNET Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL.

SUMARIO.

Introducción

I.- PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET.

A.- La incidencia de Internet sobre el régimen general de la Propiedad Intelectual.

B.- El marco normativo de protección de la Propiedad Intelectual.

1.- Ámbito internacional.

a) Los Convenios internacionales generales.

b) Los Convenios internacionales específicos.

2.- La protección de los derechos de autor en el ámbito supranacional.-

3.- La protección de los derechos de autor en Internet. Derecho español. La particularidad del régimen de protección de los derechos de autor en Internet.

C.- El objeto de la Propiedad Intelectual en Internet

1.- Programas de ordenador y bases de datos.

2.- Obras multimedia.

3.- Correo electrónico.

4.- Sitios y páginas ***web***.

D.- Actos de explotación y contenido del régimen de protección de la Propiedad Intelectual a través de Internet.

1.- Asignación de los nombres de dominio.

2.- Protección de los nombres de dominio.

3.- Sobre la naturaleza de los nombres de dominio. Contenido y límites del posible derecho de los titulares de registro de nombres de dominio.

II.- NOMBRES DE DOMINIO.

A.- Funcionalidad de los nombres de dominio y efectos derivados sobre el régimen de la Propiedad Industrial.

B.- Régimen de los nombres de dominio.

C.- El arbitraje de la OMPI sobre nombres de dominio .

III.-CONTRATOS DE LOS SERVICIOS PROPIOS DE INTERNET

A.- Contrato de acceso a Internet.

B.- Contrato de alojamiento ***(web site hosting)***.

C.- Contrato de diseño y desarrollo de páginas web.

Introducción.-

Los servicios ofrecidos y prestados a través de Internet, como en general los Servicios de la Sociedad de la Información, significan el acceso, uso y disfrute de una categoría de bienes de carácter inmaterial, que por las propias circunstancias en que se producen, transmiten y utilizan exigen la atención del ordenamiento respecto a su protección más adecuada. La regulación de Internet aborda este aspecto de forma detallada, profundizando en la especificidad del medio y adelantando una nueva dimensión en su tratamiento jurídico. Nos referimos al régimen de la Propiedad Intelectual y los nombres de dominio que los diferentes servicios ponen de manifiesto y al régimen de los contenidos, como objeto de los servicios, en tanto éstos constituyen o se proyectan como medios de comunicación social.

En esta unidad se abordan varios temas de singular importancia tanto teórica como práctica en el desenvolvimiento del régimen específico de Internet. La primera área contemplada es la que se corresponde con el régimen de bienes intangibles que constituye la información, en un sentido amplio, transmitida a través de la red de redes. Es el caso de la Propiedad Intelectual, cuyo régimen se ve reforzado como consecuencia de las especiales características de la producción de los servicios de la Sociedad de la Información a través de Internet. Se analizan las particularidades de la transposición del régimen común al específico terreno de Internet y los SSI, las creaciones protegibles y los actos y formas de la explotación en Internet.

En segundo lugar se contempla la particularidad del régimen de los nombres de dominio y la problemática suscitada en el entorno del derecho marcario. La especial configuración de los nombres de dominio que operan en la práctica no sólo como identificatorios de los destinatarios de los servicios sino como auténticos derechos de propiedad industrial formando parte del patrimonio de sus titulares, bajo ciertas condiciones, es la temática que se aborda en este epígrafe dando cuenta de los problemas suscitados y de las soluciones alcanzadas.

Finalmente tiene lugar la exposición sobre los contratos propios de las actividades y servicios de Internet y que son objeto de manifestación de las propiedades sobre los bienes de la Propiedad Intelectual o industrial a que anteriormente se ha hecho mención, para cerrar la visión suscinta sobre los bienes y derechos que los servicios de Internet afectan en su ejercicio y manifestación.

I.- PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET.

Cuatro son los temas a exponer en este epígrafe de la unidad. En primer lugar se trata de analizar, siquiera sea brevemente, la incidencia y consiguiente adaptación de las tecnologías propias de Internet y de la forma en que se desarrollan y explotan las actividades en línea, en relación al régimen común o convencional de la Propiedad Intelectual.

En segundo lugar trátase de presentar el marco normativo aplicable en su triple dimensión internacional, supranacional o simplemente nacional.

En tercer lugar la lección discurre por el objeto y contenidos de los derechos de la PI que son motivo de protección específica en Internet. Y en cuarto y último lugar se presentan los actos de explotación de la Propiedad Intelectual en Internet.

A.- LA INCIDENCIA DE INTERNET SOBRE EL RÉGIMEN GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

La Información que se contiene y circula a través de Internet puede estar sujeta, como obra intelectual, al régimen de protección de la propiedad intelectual o derechos de autor.

La Red Internet constituye una nueva forma de acceso y utilización de obras que pueden ser objeto de la protección tradicional que brinda la legislación de derechos de autor. En eso no hay duda. El problema radica ahora en sopesar en qué medida este régimen tradicional se adapta a las específicas condiciones y circunstancias de acceso y reproducción y explotación de las obras en Internet.

Así comprendido el tema, interesa ahora exponer en primer lugar, en qué medida las tecnologías de Red y la forma en que éstas se utilizan en la transmisión, almacenamiento y reproducción de la Información han contribuido a modificar el régimen normal o común de las obras producidas bajo soporte físico o analógico.

En este sentido debemos retener de manera resumida que Internet presenta, sobre las obras presentadas de esta forma, algunos aspectos que influyen sobre la adaptación, ampliación o modificación del régimen de la protección de los derechos de autor:

1)La desmaterialización de las obras, como consecuencia de la digitalización, lo que facilita enormemente la emisión, transmisión, almacenamiento, acceso y reproducción, sin que pase inadvertida la circunstancia de que esas mismas razones hacen posible en mayor medida los fraudes y utilizaciones ilícitas, lo que plantea la necesidad de una protección reforzada desde el punto de vista de los derechos de autor.

2) La integración de la información, posibilitada por la digitalización, origen de los productos y servicios multimedia, con interactividad y dentro de un entorno globalizado y simultáneo, lo que permite nuevos actos de explotación de la propiedad intelectual y la adopción de nuevas medidas de protección.

Si la digitalización tiende a difuminar los contenidos de las obras creativas, desaparecen también las categorías clásicas de protección, teniendo en cuenta que todas ellas se presentan bajo la única forma digital. Por otra parte, la producción en cadena y la interactividad borran las fronteras entre los sujetos y agentes instalados en la cadena de producción y en los actos de explotación. El usuario interactivo se convierte en cierta medida en autor.

3) La difuminación del espacio en que se producen, presentan y utilizan las obras objeto de protección y la correlativa posible sumisión en principio a diversos ordenamientos, lo que refuerza la necesidad de encontrar la ley aplicable y en su caso la jurisdicción conocedora de los eventuales conflictos acaecidos por la contravención al régimen de protección de la propiedad intelectual.

4) La existencia de nuevos productos objeto de la protección y que no se encuentran entre los productos tradicionales de la propiedad intelectual, como consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y de la forma en que se presentan y explotan los servicios de la Sociedad de la Información.

En suma, cabe reconocer que las nuevas tecnologías de la Información proporcionan nuevas y sustantivas posibilidades para la creación de obras, facilitando su acceso y explotación, pero al mismo tiempo- paradójico lado oscuro de los avances y del progreso- presentan un mayor riesgo a que las obras no sean controladas por sus autores y titulares y de que las utilizaciones ilícitas queden impunes en el marco global y plurijurisdiccional de Internet.

Todas estas circunstancias, y otras muchas que se van adelantando a medida que se reflexiona sobre la manera de producir y explotar las obras de creación en Internet, presentan a priori un obstáculo de inadaptación de los regímenes tradicionales de la Propiedad Intelectual a las obras producidas y explotadas en este entorno. Por ello será preciso que los instrumentos normativos provean la adaptación necesaria con el objeto de facilitar una protección efectiva que estimule la inversión, facilite la circulación y acceso a las obras y contribuya al establecimiento real de la Sociedad de la Información.

B.- EL MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Marcado por el signo de la revisión, que es correlato de la exigencia de la adaptación del régimen tradicional de la Propiedad Intelectual al entorno Internet en sus variadas manifestaciones, se presenta el marco normativo en los tres niveles en que se produce y aplica: el ámbito internacional, el ámbito supranacional o comunitario, para los países europeos, y el ámbito de las legislaciones nacionales.

1.- Ámbito internacional.-

La normativa internacional se presenta dentro de dos bloques de materias: el régimen tradicional o común de protección de la Propiedad Intelectual y el régimen adaptado a la específica protección de la PI en el marco de las creaciones multimedia y digitalizadas que forman parte del acervo de Internet.

a) Los Convenios internacionales generales.-

El Convenio de Berna.- El texto básico suscrito en la materia es el Convenio d e la Unión de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, comúnmente conocido como el Convenio de Berna, el cual ha sido objeto de revisión y de modificación en numerosas ocasiones.

Con un objeto más específico y particularizado existe también el Convenio sobre Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fotogramas y los organismos de radiodifusión, o Convenio de Roma de 26 de Octubre de 1961.

En sus líneas esenciales el Convenio de Berna ha supuesto el establecimiento de un régimen de protección bajo el enunciado de reglas materiales que representan un mínimo para todos los Estados parte, entre las que cabe destacar: la no sujeción a ninguna formalidad para el ejercicio y goce de los derechos, los plazos mínimos de protección, el derecho exclusivo de los autores para traducir o hacer traducir sus obras, el derecho exclusivo de reproducción, el derecho de comunicación pública y el derecho de adaptación.

La protección brindada por el Convenio de Berna se establecía sobre la base de tres principios básicos:

- Principio del tratamiento nacional, que permite el acceso de los extranjeros o no residentes a la protección establecida en un país distinto al de su origen y procedencia.
- Establecimiento de la conexión ***lex loci proteccionis*** como criterio de la ley aplicable, lo que contribuye a la claridad en la determinación del régimen de protección dispensada por los tribunales nacionales de los Estados ante los que se acude.

El Convenio de Berna estuvo marcado por las ausencias significativas (en su articulado, así como en lo que concierne a los mecanismos de eficacia mínimos, en las legislaciones nacionales de los países signatarios), lo que produjo, entre otros, dos órdenes de consecuencias: la elaboración de un Convenio de alcance más limitado, el Convenio Universal de Ginebra sobre los Derechos de autor de 1952 y la elaboración del Acuerdo ADPIC en el marco de los acuerdos OMC, en 1994.

Los acuerdos ADPIC.-

El Convenio de Berna había pecado por defecto en cuanto a la elaboración y aplicación de un régimen común mínimo o ***standard*** de protección, a ser incorporado por las legislaciones nacionales sobre Protección de la Propiedad Intelectual. Bien fuere por falta de desarrollo normativo de este ***standard*** mínimo, bien fuese por inaplicación lisa y llana de los principios y reglas contenidas en el Convenio básico, bien por la ausencia de mecanismos de eficacia en la protección dispensada a las obras creativas o, simplemente, por falta de adaptación a las nuevas tecnologías de la producción, acceso y reproducción de las obras de arte, lo cierto es que ante sus indudables carencias y su falta de adaptación a los nuevos medios, había surgido el sentimiento por dotar de una mayor protección a las obras que fueron objeto del Convenio de Berna y en ese sentido, dentro del marco multilateral de los Acuerdos OMC, tuvieron lugar los acuerdos ADPI.

Entre las innovaciones más destacables de estos Acuerdos cabe mencionar: la incorporación del principio de nación mas favorecida junto al viejo principio del Convenio de Berna sobre trato nacional; la complementariedad del Acuerdo sobre los ya existentes y en particular los Convenios de Berna y Ginebra en sus correspondientes ámbitos de aplicación; la ampliación de la protección a las personas jurídicas y no solamente a las personas físicas que establecía el Convenio de Berna; la extensión de la protección a los programas de ordenador y a las compilaciones de datos; la equiparación de los derechos conexos con los derechos de autor.

La parte III del Acuerdo contiene la mejora y los avances en los mecanismos de eficacia en la protección de los derechos de autor, estableciendo un marco procesal adecuado a este principio o finalidad. Así, se prevén medidas cautelares y preventivas, mejoras en el tratamiento procesal de la obtención y práctica de las pruebas y se persigue la eficacia transfronteriza de las medidas adaptadas en el marco de los Estados nacionales. Finalmente, se incorpora la posibilidad de acudir al sistema de solución de controversias previsto en el marco general de la OMC, cuando un Estado firmante no ejecute o no aplique el estándar mínimo de los Acuerdos OMC, lo que refuerza sin duda la garantía de sumisión y aplicación del Convenio, que había sido uno de los obstáculos mayores del Convenio de Berna.

b) Convenios internacionales específicos.

Tratados de la OMPI sobre Derechos de autor y sobre interpretaciones y fonogramas, de 20 de Diciembre de 1996. - Documento OMPI CRNR 1994

El TDA reproduce por referencia el régimen del Convenio de Berna en cuanto a la extensión de su aplicación y a los principios de protección sin formalidades y trato nacional. Entre sus novedades más interesantes cabe destacar la extensión del objeto de protección a los programas de ordenador (asimilables a obras literarias) y a las compilaciones de datos, en lo que éstos tienen de creaciones dignas de la tutela de la protección, en línea con lo ya reconocido a este respecto por los Acuerdos ADPIC en el ámbito de la OMC.

El aspecto más interesante de este nuevo Tratado consiste en la asimilación de la producción bajo las nuevas tecnologías de la información y los servicios SSI, a la producción de obras por los medios clásicos o tradicionales. En este sentido se reconoce ampliamente a los autores y titulares de obras digitales en línea, el derecho de distribución, se regula la comunicación pública respecto de toda obra protegida al mismo tiempo que se establecen de forma clara e indubitada las excepciones y limitaciones de estos derechos.

El Tratado alude también a las obligaciones de los Estados relativas a les medidas técnicas de protección utilizadas, así como las que se refieren a la información sobre la gestión de derechos. Novedad asimismo la constituye la constancia de que el almacenamiento de una obra es una forma de reproducción de la misma a los fines de protección de los derechos de autor.

Si bien el Tratado TDA como el complementario TIEF sobre los derechos conexos y de artistas y ejecutantes han merecido los justos elogios que se les han prodigado en orden al éxito alcanzado en la adecuación de las viejas estructuras de protección de la protección intelectual común o básica a los nuevos planteamientos y exigencias de las obras producidas y explotadas por medios electrónicos, no han faltado voces discrepantes que ponen un tono de crítica en atención sobre todo a la excesiva extensión de los derechos de los autores en cuanto a la denominada comunicación pública, en detrimento de usuarios y consumidores.

2.- La protección de los derechos de autor en el ámbito supranacional.-

El Derecho comunitario europeo presenta en materia de derechos de autor en general y en su aplicación específica a la Propiedad Intelectual sobre obras producidas por medios electrónicos, un notable desarrollo, auspiciado por dos finalidades básicas en la edición de reglas comunitarias: por un lado, la necesidad de la armonización de legislaciones nacionales con vistas a propiciar y desarrollar el mercado común. Por otro, el imperativo de cohonestar el alcance de la protección dispensada a las obras de creación con el principio de la libre circulación de mercancías que constituye una de las libertades básicas de la Unión.

Como es habitual, la producción de instrumentos normativos en el seno de la Unión- sobre todo de directivas, como instrumento típico de armonización comunitaria- ha estado precedida también en este caso por un amplio movimiento de estudio y participación de las instancias interesadas, que ha culminado con la elaboración de un ***Libro Verde sobre los Derecho de autor y los derechos conexos en la Sociedad de la Información de 19 de julio de 1995 (COM (95) 382***.

Este **Libro Verde** había sido procedido por otro -***Libro Verde sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico: problemas de derecho deautor que requieren una actuación inmediata, de 1988 (COM 88 (172 final)***. Y seguido, como es también habitual, de un capitulo de Seguimiento de 1996: ***Seguimiento del Libro Verde sobre Derechos de autor y derechos afines en la Sociedad de la Información, de 20 de Noviembre de 1996. (COM 96, 568 final)***.

Y finalmente, en el orden normativo nacional, cabe mencionar tanto las leyes sobre protección de los derechos de autor, como las más específicas sobre servicios de la Sociedad de la Información que generalmente contienen preceptos orientados a la adecuación del régimen general de protección al específico de la propiedad intelectual que se materializa por medios electrónicos. Entre ellas la ya mentada Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico.

3.- La protección de los derechos de autor en Internet. Derecho español. La particularidad del régimen de protección de los derechos de autor en Internet.

En España la normativa general sobre derechos de autor se contiene básicamente en la Ley de propiedad intelectual, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, y en los artículos 270 a 271 del Código Penal.

La finalidad de todo este complejo normativo es doble:

a) Se establecen garantías, adicionales a las propias de la libertad de expresión, a favor de los contenidos que cabe calificar como creación (cualquier "obra literaria, artística o científica"), lo que implica una protección jurídica privilegiada de este tipo de mensajes. Se intenta así favorecer la creación intelectual, reconociendo un amplio conjunto de derechos subjetivos de naturaleza moral (derechos de inédito, de anónimo, al respeto a la integridad de la obra, etc.) y patrimonial (derechos de explotación, reproducción, distribución, comunicación pública, transformación, etc.).

b) Se prohíbe la difusión de los contenidos atentatorios contra la creación intelectual. Por ejemplo, el Código penal castiga a quien "con ánimo de lucro y en perjuicio de terceros reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios".

Ya desde los primeros años de consolidación del fenómeno Internet se cayó en la cuenta de la inadecuación de la normativa general para hacer frente a los atentados a la propiedad intelectual en la red. Los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de diciembre de 1996, sobre derecho de autor y sobre interpretación y ejecución de fonogramas (incorporados al Derecho comunitario por Decisión del Consejo de la Unión Europea de marzo de 2000) tuvieron en cuenta esta problemática.

En esta dirección, la Unión Europea aprobó la **Directiva 2001/29/CE**, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor en la sociedad de la información, aún no incorporada al ordenamiento español. No podemos en este momento detenernos en un análisis detallado de su contenido. Bástenos con apuntar las principales novedades que introduce en relación al régimen tradicional de los derechos de autor:

a) Se amplía el concepto de comunicación, uno de los elementos clave para determinar el ámbito de los contenidos protegidos. Así, se dispone que "Los Estados miembros establecerán a favor de los autores el derecho exclusivo a autorizar o prohibir la puesta a disposición de sus obras, por procedimientos alámbricos o inalámbricos, incluida la puesta a disposición del público de sus obras *de tal forma que cualquier persona pueda acceder a ellas desde el lugar y el momento que elija"*.

b) En contraste, se establece una pormenorizada relación de excepciones, (contenidos cuya difusión resulta permitida), que delimita negativamente el alcance del derecho de autor. Entre las

numerosas excepciones que pueden ser establecidas por los Estados cabe destacar, a los efectos que nos interesan, las "reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una *técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares*, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa".

c) Se establecen nuevos mecanismos de garantía del derecho de autor, dirigidos a luchar contra las peculiares agresiones a este derecho que tienen lugar en Internet. Así, en el importante artículo 6 de la Directiva se introduce la obligación de los Estados de "protección jurídica adecuada" frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler o posesión para fines comerciales de cualquier dispositivo, producto o componente y frente a la prestación de servicios contrarios a las "medidas tecnológicas efectivas", dirigidas a la protección de los derechos de autor. Por "medidas tecnológicas" la Directiva entiende "toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines". Tales medidas se consideran eficaces "cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección".

El problema que puede plantearse en el futuro inmediato es quizás el de la excesiva protección de los derechos de autor, y en esta dirección se mueven las numerosas críticas a la norteamericana ***Digital Millenium Copyright Act*** de 1998. Si el desarrollo de la red va a permitir en los próximos años la creación un ***software*** que incluya medidas tecnológicas de garantía de los derechos de autor hasta ahora inimaginables (p. ej., dejando en manos del autor la decisión sobre cuándo se escucha una canción, cuántas veces puede leerse un libro o copiarse una fotografía), los derechos que el público disfruta con normalidad (p. ej., el derecho de cita o el derecho de copia privada, hasta ahora ejercido de forma anónima) pueden verse en peligro, rompiéndose el equilibrio existente.

C.- EL OBJETO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET

Son las diferentes creaciones específicas de Internet las que constituyen el objeto específico de la protección de la PI en este ámbito en función de sus características. Básicamente distinguimos los siguientes:

1.- Programas de ordenador y bases de datos.

Se trata como es bien conocido de elementos fundamentales en el funcionamiento de Internet. Desde el punto de vista de la Propiedad Intelectual están constituidos por diversos bienes tales como textos, fotografías, sonidos, imágenes, etc., que forman el contenido de las páginas ***web*** y en cuya configuración y accesibilidad por parte de terceros, clientes y otros proveedores desempeñan un relevante papel.

El programa de ordenador es entendido como "toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que sea su forma de expresión y fijación" (art. 96.1 Ley Propiedad Intelectual española). El programa de ordenador es una creación intelectual propia de su autor con una proyección netamente utilitaria y en este sentido es una obra original que se somete a la protección de este tipo de bienes y derechos.

Aunque bien pudiera ser considerado como un nuevo tipo de obras, los ordenamientos generalmente no introducen regímenes diferenciados respecto de las categorías generales incorporadas en el derecho común de la Propiedad Intelectual asimilándose, como es el caso de la Ley de Propiedad Intelectual española, a las creaciones literarias, en el supuesto de los programas de ordenador -y a las colecciones, en el supuesto de las bases de datos. La peculiaridad de la comercialización de los programas de ordenador a través de Internet radica asimismo en la disposición de sus titulares para hacerlos accesibles al gran público.

Bien sea a través de la consideración de la categoría del dominio público para estos bienes hecha por sus titulares, bien mediante la disponibilidad de los mismos de forma gratuita, el caso es que la puesta a disposición de este tipo de bienes entraña una diferencia que necesariamente ha de verse reflejada en el régimen jurídico de su uso y explotación. En cuanto a las bases de datos, básicamente configuradas como colecciones de obras, de datos o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma (art. 12.2. Ley española de Propiedad Intelectual) su protección quedaría referida únicamente en relación a su estructura como “forma de expresión de la selección o disposición de sus contenidos” no exigiéndose en la práctica la creatividad o la novedad objetiva para su plena asimilación a categorías de propiedad intelectual susceptibles de protección como tales.

2.- Obras multimedia.

Las obras multimedia se caracterizan por la integración, en un producto único en formato digital y soporte electrónico, de elementos de diversos géneros y con independencia de aquellos en que se producen o manifiestan. En ellas confluyen pues textos, datos, imágenes, sonidos, programas bajo el mismo soporte (digitalización), en forma interactiva y permitiendo el acceso selectivo por parte de los usuarios. Esta circunstancia plantea el problema de saber si estamos, en razón de estas características combinadas, en presencia de un nuevo objeto protegible o si deben realizarse ajustes o adaptaciones que den cuenta de esas especiales características. La flexibilización del requisito de la originalidad y una práctica común que incluye estas creaciones intelectuales dentro de los objetos protegibles, hacen que las obras multimedia se constituyan en un importante objeto del nuevo régimen de la Propiedad Intelectual conformado y aplicado a través de Internet.

Pero realmente no terminan ahí los problemas, puesto que será necesario calificar las obras multimedia dentro de las posibilidades que ofrece la específica protección de los derechos de autor en Internet. Con carácter general se han propuesto tres posibilidades: su asimilación a programas de ordenador, su equiparación a las bases de datos o su configuración como obras audiovisuales, si bien ha prevalecido este último criterio.

Por otra parte, la pluralidad de autores concurrentes en la creación de obras multimedia provoca la problemática suplementaria de la imputación de los derechos de autor a cada uno de los autores intervinientes.

3.- Correo electrónico.

Los mensajes de correo electrónico pueden ser comprendidos como objeto de Propiedad Intelectual en cuanto se configuren como creaciones originales. Aludimos al contenido de estos mensajes puesto que a través del correo electrónico pueden transmitirse las más variadas manifestaciones de la Propiedad Intelectual y pueden ser almacenadas en los correspondientes archivos. En consecuencia se estaría dentro de la amplia categorización del art. 10.1 de la Ley española sobre los derechos de autor.

Diversos problemas planteados en torno a los mensajes breves, a la relación laboral de dependencia de los autores de los mensajes y la afectación del derecho a la intimidad o simplemente del secreto a la comunicación, tiñen sin duda de originalidad el planteamiento de la protección efectiva de los mensajes transmitidos vía correo electrónico.

4.- Sitios y páginas *web*.

Los sitios ***web*** constituyen plataformas integradas por diversos elementos de distinta procedencia y naturaleza (datos, imágenes, sonidos, etc.) puestos a disposición de los intercomunicantes. En consecuencia, la página ***web*** puede ser considerada, desde el punto de vista que ahora nos concierne, como una obra unitaria en sí misma y susceptible como tal de protección y como una yuxtaposición de elementos por separado y susceptibles en consecuencia de ser protegidos individualmente.

Es regla general la de la necesidad de la cesión autorizada por sus titulares para la incorporación de las obras en una página ***web*** que incluiría aspectos específicos, tales como la digitalización, la incorporación a una colección, la comunicación pública, el acceso y descarga en línea por terceros y otras operaciones propias de la especial conformación, utilización y aprovechamiento de las páginas o sitios ***web***. El mismo diseño de la página en tanto que creación independiente de los diversos contenidos es objeto asimismo de protección específica y otro tanto puede decirse de los llamados servicios de búsqueda de información en la red que plantearía la necesidad de establecer su titularidad.

D.- ACTOS DE EXPLOTACIÓN Y CONTENIDO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL A TRAVÉS DE INTERNET.

Aludimos ahora a la forma en que se explota la PI a través de Internet, con especial consideración de sus propias características. La manifestación de la PI a través de Internet supone una serie de actos y de operaciones que constituyen la forma en que se explotan las creaciones intelectuales protegibles entre los cuales cabe contemplar: la transmisión digital, la incorporación a una base de datos o a una obra multimedia, el almacenamiento, la puesta a disposición en línea, la grabación, etc. Todos ellos constituyen realmente actos de explotación novedosos en relación a lo que constituye el régimen común de la Propiedad Intelectual. Una consideración unitaria de los derechos de explotación del autor y su carácter omnicomprensivo en cuanto a las formas o medios de explotación sería la línea de conducta o criterio predominante en la solución de este tipo de problemas.

Distinto régimen, o por lo menos diferente enfoque, es el relativo a los derechos de reproducción. Si tradicionalmente ésta se vincula a la multiplicación de una obra en un medio físico, la tecnología digital introduce elementos nuevos en el mismo concepto de reproducción, al permitir una reproducción idéntica e ilimitada y transmisible en línea.

Otro tanto cabe decir del derecho de comunicación pública y el derecho de distribución y agotamiento de derechos en Internet, que son también elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de plantear con toda su riqueza de matices el régimen de protección de la Propiedad Intelectual a través de Internet.

II.- NOMBRES DE DOMINIO.

A.- FUNCIONALIDAD DE LOS NOMBRES DE DOMINIO Y EFECTOS DERIVADOS SOBRE EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Según venimos entendiendo Internet constituye una comunicación entre ordenadores, u otros terminales asociados a la Red, que están conectados entre sí. Se trata en suma de una comunicación a través de las redes que precisa de un enrutamiento de mensajes y por consiguiente de una identificación de los usuarios o titulares de las diversas aplicaciones. En ello no difieren esencialmente del régimen de explotación las telecomunicaciones en general para las que es preciso un Plan de enrutamiento y de identificación de los conectados para que la comunicación se establezca.

Esta identificación permite la localización y el enrutamiento de los mensajes que en Internet se realizan a través de un protocolo (IP). La dirección consiste en un algoritmo de números traducible en letras que conforma finalmente el nombre de dominio ***(DNS o Dominium Name System)***.

A la mera función técnica de localización de las llamadas e identificación de los conectados se añade una funcionalidad de tipo comercial, puesto que es posible comercializar los nombres de dominio que actúan en el tráfico jurídico como marcas o signos distintivos o como nombres comerciales susceptibles de obtener el amparo como elementos de una propiedad industrial.

Pero habida cuenta del medio en que esta propiedad industrial surge y se desenvuelve será preciso adaptar a las características y circunstancias propias de Internet el modelo de protección propio de los bienes de la propiedad industrial.

B.- RÉGIMEN DE LOS NOMBRES DE DOMINIO

Expuestos en sus líneas principales la función y el concepto de los nombres de dominio queda al mismo tiempo esbozada la problemática jurídica que suscita y en consecuencia la razón y el contenido de su eventual regulación. En ella inciden particularmente las dos coordenadas en que habitualmente nos movemos: por un lado destacar los problemas o finalidades de la protección de la específica propiedad industrial en que se materializan los nombres de dominio y en segundo lugar el mostrar la especificidad del medio en que se producen y desarrollan, caracterizado por una ausencia de poder centralizado y único que es consustancial al carácter multimodal y descentralizado de una red abierta, según llevamos explicado.

En primer lugar será preciso pues conocer el régimen de la asignación de los nombres de dominio: quién los asigna, con arreglo a qué procedimientos y finalmente cuál es la eficacia de la asignación producida.

En segundo lugar procede una calificación de los nombres de dominio dentro de los elementos constitutivos típicos de la propiedad industrial tales como marcas o nombres comerciales ***latu sensu***. Y determinando al propio tiempo las características esenciales que provocan la modificación o la derogación del régimen común de protección.

En tercer lugar será preciso aclarar cuál es el contenido de este derecho y sus posibles límites respecto de otros derechos concurrentes o tangenciales de terceros.

En último lugar es preciso averiguar cuál es el régimen específico de protección y tutela de los nombres de dominio, incluyendo las vías o procedimientos de solución de controversias en sus diversos planos.

1.- Asignación de los nombres de dominio.

Actualmente el organismo que se ocupa de la asignación es el **ICANN** que tiene como competencia genérica la atribución del espacio de direcciones y de la administración del sistema de nombres de dominio. Ha de tenerse en cuenta que **ICANN** no constituye un registro central de nombres de dominio sino que únicamente se limita a verificar los requisitos exigidos a entidades registradoras de nombres bajo ***cm, org y net***.

2.- Protección de los nombres de dominio.

La cuestión que se suscita en este momento es la de saber cuál es la naturaleza del régimen de protección de los nombres de dominio y cuál el alcance del derecho que ostentan sus titulares tras la oportuna y correcta asignación.

Es común en la normativa aplicable sobre nombres de dominio la expresa declaración de que el registro de nombre de dominio no confiere derecho legal sobre el mismo. Ello no quiere decir, no obstante, el que, bajo ciertas condiciones, el titular de un nombre de dominio pacíficamente adquirido y utilizado en el tráfico no ostente un cierto derecho a ser protegido en su situación, y ello al margen de que su derecho esté amparado por una marca u otro elemento de la PI.

La posesión de un registro de nombre de dominio puede habilitar a su titular para impugnar la concesión de marca a un tercero sobre los productos amparados bajo el registro de dominio o incluso su anulación, por ser susceptible de generar confusión al acreditarse su uso anterior por el titular del nombre.

La marca cumple en el ordenamiento mercantil, como es bien sabido, una función de identificación de los bienes y servicios ofertados y su imputación empresarial. Respeta tanto el patrimonio del comerciante como las orientaciones y los derechos del consumidor. Tiene como característica esencial, su exclusiva, en el sentido de que sólo podrán ponerse en el mercado los bienes amparados por la marca propiedad de su titular. Normalmente esta exclusiva se ejerce con carácter territorial, para un país determinado (según la legislación nacional de marcas) o para un conjunto de países, amparado en convenciones internacionales al uso.

El proceso de adjudicación de una marca reside en la capacidad diferenciadora de los productos amparados y la especial protección dispensada por el ordenamiento, normalmente a través de un registro público. Consecuencia de ello será que sólo serán registrables los signos disponibles y los productos diferenciados en virtud del criterio de la especialidad.

Respecto de los nombres de dominio, es indudable que éstos, en tanto suponen la traducción alfabética o gráfica de la identificación numérica, cumplen con la función primera de una marca que es la función de identificación y de localización Y de la especialización de los productos de origen empresarial que se imputa a la marca o a la denominación social o nombre comercial.

3.- Sobre la naturaleza de los nombres de dominio. Contenido y límites del posible derecho de los titulares de registro de nombres de dominio.

Partiendo de la base de que en su estricta asignación como mero nombre de dominio éste no confiere a su titular derecho legal alguno, el problema que se suscita es el de conocer cuál es el contenido de esta situación y en qué medida y cómo es protegido por el ordenamiento jurídico. Delimitar el contenido significa a su vez establecer los límites con los derechos, situaciones o expectativas de terceros y la posibilidad de solución de los conflictos habidos con ellos. La normativa dispone de reglas para la solución de estos conflictos, muy frecuentes por otra parte en la corta pero intensa actividad hasta el momento de los organismos de asignación y de los tribunales conocedores de este tipo de controversias.

La conflictividad es patente desde el momento en que se acepta que el nombre de dominio pueda ser elegido libremente por el utilizador, tanto en el correo electrónico como en la página web y otras aplicaciones. Ello da pié a que se elijan nombres que pertenecen a la competencia, o de grandes marcas o nombres comerciales. Así, ***Cocacola, Mac Donalds***, etc. Otros han obtenido nombres de dominio genéricos, tales como ***pizza.com***. con el objeto de hacerles inutilizables por terceros. Pero el conflicto principal ha sobrevenido respecto de marcas registradas con anterioridad.

La forma en la que se obtienen los nombres de dominio ha favorecido la picaresca de quienes registran nombres genéricos ***com***, o nombres relativos a grandes marcas amparados por denominaciones geográficas con la intención de ceder o vender esos nombres a los titulares de las marcas reconocidas.

Los organismos de asignación son con frecuencia cautelosos a la hora de determinar a quién corresponde la legitimidad en las actuaciones amparadas por nombres de dominio. En los Estados Unidos, en donde con más frecuencia y mayor problemática se ha dado hasta el momento este tipo de conflictos, la práctica del NSI ***(Network Solutions Inc)*** ha sido la de reconocer el derecho a la utilización de un nombre de dominio sin que el mismo esté amparada por una marca legalmente registrada, como también si el nombre de dominio es anterior al registro o primer uso de la marca. Y todo ello dejando a salvo la competencia de los tribunales judiciales o arbitrales que sean competentes para decidir sobre el conflicto sobrevenido.

Para el caso de que el registro o primer uso del nombre de dominio sea posterior al registro o primer uso de la marca, será ésta la que prevalezca y determinará la suspensión del nombre de dominio hasta que los tribunales decidan.

En la práctica internacional este tipo de conflictos se suscita igualmente, doblando la dificultad al considerar que el derecho de marca es siempre un derecho territorial y que no existe, hoy por hoy, salvo la experiencia del **ICANN**, una estructura auténticamente internacional que dirima los conflictos y teniendo siempre en cuenta la jerarquización de las direcciones electrónicas.

Los conflictos con los derechos anteriores pueden sobrevenir en función de la naturaleza del derecho afectado respecto del derecho del titular del nombre de dominio. Así hemos de distinguir:

- Conflicto con marca registrada.
- Conflicto con un nombre comercial.
- Conflicto con una denominación social
- Conflicto con el nombre de una persona física.
- Conflicto con una denominación amparada por la Propiedad Intelectual
- Conflicto con un nombre geográfico o genérico.

A ello hay que añadir los conflictos sobrevenidas en materia de competencia desleal.

Según el talante la naturaleza y el alcance de los derechos en colisión, así será la solución que se obtenga, existiendo ya una práctica amplia en estas lides, de los diferentes organismos intervinientes como de los tribunales judiciales y arbitrales.

C.- EL ARBITRAJE DE LA OMPI SOBRE NOMBRES DE DOMINIO .

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (**OMPI**), y más específicamente el Centro de Arbitraje y Mediación, constituye un proveedor de servicios de solución de controversias en materia de nombres de dominio. El arbitraje de la **OMPI** es objeto de particular interés, en primer lugar por lo que ha supuesto y supone en la actualidad para la solución de los distintos conflictos planteados en orden a la titularidad de los nombres de dominio y su eventual colisión con derechos de marcas y otros de la propiedad industrial, sobre todo en el ámbito internacional. En segundo lugar, por cuanto constituye asimismo uno de los modelos más perfeccionados de desarrollo del arbitraje en línea, no solamente sobre bienes y derechos propios de la actividad desarrollada a través de Internet y las redes telemáticas, como en la propia conformación de un arbitraje en línea en estricto sentido o por medios electrónicos (arbitraje ***on line***).

La **OMPI** es un organismo especializado de Naciones Unidas y su origen se remonta al Convenio Internacional de París para la protección de la propiedad intelectual y de la adopción en 1886 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Como tal, es un organismo especializado de Naciones Unidas, y el mandato de la OMPI es el de "armonizar y proteger la propiedad intelectual en el mundo con especial atención a los países en vías de desarrollo mediante la prestación de servicios de asesoramiento administrativo". Su actividad en orden a la uniformización de legislaciones en el marco del comercio electrónico y de la economía digital en defensa de la Propiedad Intelectual en sentido amplio es igualmente relevante. Sobre la base genérica de la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en materia de arbitraje internacional, la OMPI, y particularmente su Centro de Mediación y Arbitraje ha adaptado el marco de la Convención general en materia de arbitraje internacional a los específicos parámetros y circunstancias de la Propiedad Intelectual. La OMPI ha aprobado en 1994 un reglamento de arbitraje específico para este campo.

Sobre un documento básico titulado *"Política uniforme de resolución de controversias"* aprobado junto con el reglamento señalado el 24 de octubre de 1999, ha tenido lugar la modificación consistente en "*el reglamento adicional de la OMPI relativo a la política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio*" y aprobado el 1 de diciembre de 1999.

Conviene resaltar que ante el arbitraje desarrollado por la **OMPI** y reflejado en su Reglamento estamos en presencia de un auténtico arbitraje, por cuanto la jurisdicción arbitral surge como consecuencia de un convenio libremente estipulado entre las partes. La cláusula correspondiente que encamina la solución de las controversias suscitadas en torno a los nombres de dominio se incorpora desde el momento en que el interesado accede al registro de un dominio genérico de primer nivel. No obstante y dejar señalado la reticencia al menos de quienes han alertado sobre la peculiar forma de perfeccionamiento de este contrato arbitral (que es en realidad un convenio forzoso y derivado sin más del mero registro del nombre de dominio), y cuyo argumento ha sido rechazado por el Centro de Arbitraje, lo cierto es que los textos normativos de la OMPI dejan en libertad a las partes para acudir a cualquier otro procedimiento para la resolución de este tipo de controversias, incluso con suspensión de actuaciones arbitrales en curso de procedimiento (art. 18 del reglamento **OMPI**).

En cuanto a las controversias susceptibles de ser resueltas con arreglo a este procedimiento, el párrafo 4.a determina que "las controversias aplicables procederán para el caso de que un tercero sostenga ante el proveedor competente la presencia de tres circunstancias:

1- Existencia de un nombre de dominio confundible con una marca, por ser idéntico o similar hasta el punto de crear confusión con respecto a una marca de productos o de servicios sobre la que el demandante tiene derechos.

2- La presencia de intereses legítimos en el registro del nombre de dominio.

3- La existencia de un registro sobre nombre de dominio el cual ha sido utilizado por terceros de mala fe."

En lo que respecta al procedimiento aplicable, el reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje de la **OMPI** concede amplia flexibilidad a las partes y a los árbitros en cuanto a la determinación del idioma, o la composición del tribunal arbitral, sin perjuicio de los derechos de recusación sobre los miembros componentes siendo práctica común la existencia de tribunales arbitrales preconstituidos. El principio de verdad material y de poder de impulso y disposición de los procedimientos por parte de los árbitros otorga amplias facilidades en la manera de presentar las alegaciones y los documentos constitutivos de pruebas, pudiéndose ampliar los trámites y fases de alegaciones y contraalegaciones en el curso del procedimiento bajo la iniciativa del tribunal arbitral.

Por otra parte, la deslocalización del arbitraje -crítica frecuentemente suscitada por la natural desubicación de los actos y declaraciones realizados a través de Internet- desaparece desde el momento en que el Reglamento fija la sede de las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la ley de autonomía, en Ginebra, lo que contribuye decisivamente a establecer las conexiones precisas para la ejecución del laudo y otras consecuencias, con aplicación en su caso de la Convención de Nueva York o del Derecho nacional correspondiente.

Es comúnmente admitido el éxito del arbitraje de la **OMPI** en materia de nombres de dominio, en mayor medida si cabe respecto del espinoso problema planteado en torno a la colisión entre los nombres de dominio y los derechos marcarios en general. La experiencia de la **OMPI** ha servido al propio tiempo para establecer una serie de criterios que forman ya parte del contenido de un nuevo derecho emergente de carácter transnacional o no directamente estatal, contribuyendo así a propiciar el marco de seguridad jurídica necesario.

III.- CONTRATOS DE LOS SERVICIOS PROPIOS DE INTERNET

Los servicios que se brindan y prestan a través de Internet son objeto de una contratación específica, que por sus propias características puede considerarse típica. Aunque la riqueza de posibilidades que ofrece la Red y la combinación incesante de aplicaciones, no agote el caudal de posibles servicios y por ende de contratos relativos a esos servicios y aplicaciones diversas.

El examen, por somero que sea, de los diversos tipos de contratos que tienen por objeto los servicios que se prestan a través de Internet, reducido a los principales o más comúnmente conocidos, es de particular importancia en la aproximación general al régimen de Internet que efectuamos en estas lecciones.

Una salvedad debe ser hecha no obstante: aquí se tratan los contratos que tienen por objeto los servicios que se prestan a través de Internet y que tienen por objeto las aplicaciones propias de la Red y no el régimen de la contratación, sobre servicios y bienes no necesariamente enmarcados dentro de la mecánica operativa propia de Internet y que responde a la idea general de la contratación y el comercio electrónico, tema que será tratado más ampliamente en una unidad didáctica separada.

Nos referimos ahora a aquellos contratos que tienen por objeto algunos de los servicios actividades y prestaciones que es posible alcanzar a través de Internet, pero especialmente vinculados con este sistema, los cuales básicamente son los siguientes:

A.- CONTRATO DE ACCESO A INTERNET.

Es de carácter atípico, asimilable en cierto modo al contrato de arrendamiento de servicios y por el cual el proveedor de acceso facilita la conexión a Internet, aunque no sea ésta la única prestación ofrecida por el proveedor de acceso cuando actúa como suministrador de servicios de Internet. La fuente normalmente aplicable vendría configurada en la práctica mediante la adhesión a unas condiciones generales de contratación incorporadas normalmente en la página ***web*** del proveedor de acceso, en las que, no obstante, existe un margen de negociación aunque pequeño y que facilita la interactividad del entorno electrónico

Siguiendo sucesivamente el orden de las operaciones relativas al uso y explotación de los servicios de la Sociedad de la Información, una vez que está garantizado el acceso, se imponen otra serie de contratos que tienen por objeto el desarrollo de los diferentes servicios en diferentes momentos de la explotación. Entre ellos distinguimos:

B.- CONTRATO DE ALOJAMIENTO *(WEB SITE HOSTING).*

Es aquél que tiene lugar entre un proveedor de servicios de Internet ***(Internet Presence Provider)*** y el sujeto que pretende explotar el sitio ***web***. El establecimiento o alojamiento de un sitio ***web*** significa la atribución de espacio al cliente en el servidor, al tiempo que se le conecta con la red y facilita el acceso de terceros a la información contenida en la página. Básicamente este contrato se emparenta con un arrendamiento de servicios y las modalidades pueden variar en función de la extensión, alcance, niveles de prestación y de accesibilidad, etc.

C.- CONTRATO DE DISEÑO Y DESARROLLO DE PÁGINAS *WEB*.

Con carácter previo al establecimiento de un sitio o página ***web*** resulta necesario concluir con un proveedor de servicios no sólo la disponibilidad de espacio para albergar o alojar el sitio ***web*** sino las condiciones para la accesibilidad a la información en él contenida con el formato requerido. En consecuencia preciso es diseñar el sitio o página ***web*** y para ello tiene lugar un contrato específico que puede ser suscrito con el propio titular de los servicios de acceso, con el titular de los servicios de alojamiento o con un tercero específico que únicamente contribuye a diseñar el espacio habilitado para la información. El contrato de diseño consiste fundamentalmente en la creación y/o aplicación de programas de ordenador bajo ciertos lenguajes e indicaciones y siguiendo las instrucciones o requerimientos del cliente en cuanto a los contenidos, la forma de presentarse éstos o de acceder a ellos por parte de terceros. En tanto que contratos que se basan en un resultado u obra terminada, los contratos de diseño pueden ser asimilados a contratos de arrendamiento de obra o más propiamente de empresa, y de contenidos variables en función de las necesidades de los clientes y de las disponibilidades de los que se ofrecen en el marco de los servicios de la Sociedad de la Información.

UNIDAD DIDACTICA 21
CONTRATACION ELECTRONICA

SUMARIO

I.- LA CONTRATACION Y EL COMERCIO ELECTRONICOS INSTRUMENTOS DE LA ECONOMIA DIGITAL Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.

A.- Concepto de contratación electrónica. Necesidad de una regulación para la contratación electrónica.

B.- Contenidos esenciales para una regulación eficaz de la contratación y del comercio electrónicos.

C.- Las fuentes de la contratación electrónica.

1. - Fuentes de origen estatal
2. - Fuentes de origen extraestatal. Autoregulación versus heterorregulación. Hacia una *lex elettronica*

D.- Objeto de la contratación electrónica.

II.- LA NEGOCIACIÓN Y FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

A.- Validez y eficacia de las declaraciones negociales.

1.- Equivalencia funcional de las declaraciones negociales suscritas por medios electrónicos.
2.- Autenticidad de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos y de su concurrencia a los efectos de perfeccionar el contrato.

B.- Seguridad en la red y garantía de las declaraciones negociales.

1.- Los sistemas complementarios de seguridad en red. Criptografía y firma electrónica.

C.- Las ofertas en la contratación electrónica.

D.- Momento de perfeccionamiento del contrato.

E.- Lugar de celebración del contrato.

F.- En especial: el cumplimiento del requisito de la forma escrita en las declaraciones por medios electrónicos.

III.- CONTENIDO Y EJECUCION DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

A.- La problemática inherente.

B.- Las diversas clases de obligaciones contractuales.

C.- Medios de pago electrónicos.

D.- Dinero electrónico.

IV.- EL CONTENCIOSO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

A.- Las vías judiciales.

B.- El arbitraje on line.

1.- Consideraciones generales,
2.- La problemática específica del arbitraje on line o a través de medios electrónicos.
3.- Realizaciones del arbitraje en línea.

BILIOGRAFÍA DEL MÓDULO V

I.- LA CONTRATACION Y EL COMERCIO ELECTRONICOS INSTRUMENTO DE LA ECONOMIA DIGITAL Y DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION.

A.- CONCEPTO DE CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN PARA LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

En un sentido amplio, podemos entender por contratación electrónica, la manera de negociar y perfeccionar un contrato a través o por medios electrónicos.

En el bien entendido de que esta definición encubre no sólo la contratación que se realiza a través de Internet, sino la que se opera por cualquier medio electrónico, como puede ser el caso de la contratación en línea cerrada entre suscriptores conocidos o referenciados, y que se conoce más bien como la transmisión electrónica de datos **(EDI)**.

En un sentido más preciso el contrato electrónico es aquel en "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" (Ley española de los Servicios de la Sociedad de la Información, en adelante **SSI**).

Según esta definición, lo relevante es el perfeccionamiento del contrato por medios electrónicos concretos (datos conectados a ordenador). Poco importa que las obligaciones que conforman sus contenidos se ejecuten en la red o fuera de ella, como acontece normalmente en un amplio ámbito de la contratación electrónica en el que las prestaciones son materiales y se ejecutan en el ámbito físico y no en el virtual. Aunque ello no obsta a que también este tipo de prestaciones y obligaciones pueda cumplirse a través de la red (contratos electrónicos sobre servicios de la SI propiamente dichos).

La contratación electrónica a través de Internet exige una ordenación específica adaptada al medio en que se emiten las declaraciones de voluntad y se ejecuta el contrato. De ahí el que quepa hablar de una problemática jurídica específica que será preciso abordar con la edición de reglas claras que proporcionen la suficiente seguridad jurídica a las transacciones en línea.

La primera característica del medio sobre el que opera la contratación electrónica es el carácter abierto y descentralizado de la red. Trátase aquí, una vez más, de recordar que la red de redes no opera en un entorno localizado de suscriptores, con reglas concretas y establecidas de antemano, sino que por el contrario, la masiva incorporación de sujetos a la Red como posibles intercomunicantes, totalmente desconocidos en la mayoría de los casos, así como la multiplicación de las relaciones jurídicas trabadas entre ellos como consecuencia de la distinta posición que ocupan en la cadena de producción -comercialización- distribución de los productos, pone de relieve la necesidad de articular un sistema seguro en cuanto a la identificación de los interconectantes, la integridad de los contenidos de las declaraciones negociales y la garantía de la no intervención -agresión de terceros a esos contenidos ***on line***.

La segunda característica que cabe mencionar a este respecto, en cuanto incide directamente sobre la problemática jurídica relacionada con la contratación electrónica, afecta a la aplicabilidad de las normas. Teniendo en cuenta el entorno natural en que se desenvuelve Internet, el problema de la aplicación de la regla de Derecho y de la jurisdicción competente en caso de conflictos es la consecuencia obligada de la contemplación de diversos ordenamientos en presencia susceptibles de ser aplicados. Es necesario identificar la regla de conflicto o la norma de Derecho internacional material que imponga la seguridad desde el punto de vista de las normas de conflicto.

El principio básico consensualista, que rige en la formación y perfeccionamiento de los contratos, bien presente en nuestros ordenamientos, de la autonomía de la voluntad y de la libertad de formas para la validez de los contratos sirve para eliminar a priori muchos de los problemas planteados por la contratación ***on line***, regida en su base principal por la voluntad de los contratantes.

Sin embargo no resulta ocioso advertir que la regla de la autonomía es insuficiente y que es posible y conveniente una heteroregulación o una legislación específica, habida cuenta de la intervención en la materia de reglas que garanticen los intereses generales o que refuercen las garantías propias de la emisión de voluntad y de sus efectos en el plano puramente contractual y que protejan a los consumidores de forma específica en el ámbito de las transacciones comerciales vía Internet. En suma, aquí como allí, la regulación es necesaria y así es reconocido por los ordenamientos actuales, tanto en la esfera internacional como en el ámbito puramente nacional, ya sea a través de regulación estatal o de sistemas de autorregulación en sus diversas manifestaciones.

Es por esta razón que la contratación electrónica -en la perspectiva de los servicios de la Sociedad de la Información- es objeto de extensión preferente e incluso anticipada a otras regulaciones en la moderna perspectiva del Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información. Se pretende con ello básicamente presentar un conjunto de normas que, sin perjuicio de otras reglamentaciones incidentes como puede ser la legislación de protección al consumidor, la contratación a distancia, el Derecho de la publicidad o de las condiciones generales de la contratación, sean específicamente aplicables a las relaciones jurídicas contractuales establecidas por medio o a través de medios electrónicos. Otorgar seguridad jurídica y confianza es la premisa previa del ordenamiento sectorial y el presupuesto del uso masivo de las redes de la comunicación que está en la base de la concepción primigenia de la Sociedad de la Información y de la economía digital.

> En el Derecho español, y como exigencia de la transposición de 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, se ha aprobado la Ley 34/2002, de 11 de Julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico. En ella se da cuenta de la necesidad de aclarar algunas incertidumbres jurídicas que provoca la utilización de Internet y de las nuevas tecnologías en aras de obtener la tan anhelada seguridad y confianza en su manejo creciente por los diversos actores de la Sociedad de la Información.
>
> La Ley surge con una clara voluntad de establecer el marco jurídico adecuado para las transacciones en línea y al mismo tiempo para unificar criterios, en la legislación común y en la especial, en orden a los elementos de forma de los contratos, validez y eficacia o momento y lugar de perfeccionamiento del contrato. El Código Civil y el Código de Comercio quedan derogados en este punto para introducir un mismo criterio en orden a todos los contratos que se celebran a distancia, con independencia del medio utilizado para ello. Esta clarificación es tanto más oportuna cuanto que por ella se desvanece uno de los inconvenientes más frecuentemente señalados en la contratación ***on line***, cual es la falta de conexión física de los elementos contractuales en orden a la aplicación de los diversos ordenamientos en presencia en el ámbito internacional.
>
> La Ley parte de la asimilación de las formas de producción de las declaraciones negociales concurrentes en un contrato, con independencia de los medios que se utilicen para ello. Se reconoce de esta manera uno de los principios cardinales de la contratación ***on line***: la equivalencia de las formas y medios en que se produce el consentimiento negocial, entre los documentos en soporte papel y los documentos electrónicos, a efectos del cumplimiento del requisito de “forma escrita” que figura en diversas leyes (Exposición de Motivos LSSI, IV).

B.- CONTENIDOS ESENCIALES PARA UNA REGULACIÓN EFICAZ DE LA CONTRATACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICOS

Tratando de recapitular e identificar los contenidos necesarios de carácter básico que debe afrontar una regulación adecuada de la contratación electrónica y del comercio en esta vía, podemos establecer los siguientes, de forma sintetizada:

1. Reconocimiento de la validez y eficacia de los contratos ***on line*** y su equivalencia a los contratos perfeccionados por otros medios.
2. Fijación del momento y lugar en que el contrato se perfecciona.
3. Determinación del Derecho aplicable, tanto de origen estatal, común y especial, como extraestatatal, por medio de autorregulación o códigos de conducta.
4. Validez y eficacia de las declaraciones negociales como prueba en el curso de un proceso.
5. Determinación clara de reglas de conflicto aplicables en el orden internacional mediante el establecimiento de criterios de conexión determinados o determinables.
6. Protección de consumidores y usuarios, mediante el amplio reconocimiento de derechos de información previos y subsiguientes a la perfección del contrato y fijación de reglas claras en cuanto a la legislación y a la jurisdicción aplicables en caso de conflicto entre las partes.
7. Proyección de garantías comunes a todos los contratos a distancia, sobre derecho al desistimiento, identificación de partes y garantías de la emisión y recepción de las declaraciones negociales.
8. Reglas de asistencia en la interpretación y ejecución de los contratos en línea.
9. Establecimiento de vías rápidas y expeditivas de solución de conflictos, entre los que cuentan con especial intensidad los medios alternativos y el arbitraje, tanto en su versión común como en la de arbitraje de consumo.
10. Establecimiento de mecanismos de eficaz protección de los consumidores y usuarios, como la acción de cesación de conductas abusivas.

C.- LAS FUENTES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

La necesidad de contar con instrumentos normativos y contractuales seguros y eficaces, junto a la urgencia en dotar al pujante comercio electrónico internacional de un marco adecuado para el normal desarrollo de la nueva Economía Digital ha despertado el interés temprano en la elaboración de marcos regulatorios, tanto en plano de la heteroregulación, a cargo de intervención legislativa de los Estados o de las instancias internacionales, como de la autorregulación o por la vía de la elaboración de reglas y usos extraestatales.

1.- Fuentes de origen estatal

En el plano internacional, preciso es destacar la labor de organismos e instituciones, tanto de carácter intergubernamental como privado que han elaborado una normativa básica y uniforme sobre los aspectos más perentorios de la contratación internacional En este sentido, no deja de ser destacable el hecho de que la contratación y el comercio electrónico, en general y en algunos de sus aspectos puntuales (firma electrónica, seguridad en red etc.) hayan sido objeto, (incluso objeto de pormenorizada regulación) en el ámbito de tratados multilaterales con tendencia globalizadora como es el caso de la OMC o, en el ámbito de las relaciones supranacionales con fines

de armonización o de regulación uniforme, cual es el caso de las Directivas y otras normas de la UE. Y también lo es el hecho de la eclosión de un importante acervo de normas de carácter extraestatal, siguiendo las razones y las manifestaciones de la emergencia de un derecho propio emanado de los medios interesados y de los sujetos de la Sociedad de los comerciantes y agentes (una versión particular de la lex mercatoria aplicada al campo de las comunicaciones electrónicas, como luego veremos).

Se manifiesta aquí una intensa labor de los organismos internacionales, más que en la confección de normas de vigencia específica en este ámbito, en la confección y elaboración de instrumentos normativos modelos, o de recomendaciones, para ser incorporados en el plano interno por los diversos ordenamientos estatales. Tal es el caso de la **UNCITRAL/CNUDMI** o de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil y las leyes modelo que ha elaborado. En este punto preciso es poner de manifiesto la Ley modelo sobre Comercio Electrónico de la UNCITRAL o Comisión Económica de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil y su pormenorizada Guía para la transposición o incorporación al Derecho interno de cada país, que ha constituido el marco de referencia obligado para numerosas leyes nacionales sobre contratación y comercio electrónico que existen en la actualidad.

La ley modelo fue aprobada por Resolución de las UN número 51/162 de la Asamblea General, de 16 de Diciembre de 1996. Como asimismo fue objeto de la atención de la **UNCITRAL/CNUDMI** la elaboración de reglas uniformes sobre firma electrónica.

Los organismos internacionales han colaborado también en la armonización y formación de un marco homogéneo de regulación del comercio electrónico sobre la base de recomendaciones y de guías o reglas uniformes a ser incorporadas en los correspondientes contratos por las partes intervinientes y que han significado un eficaz factor de ordenación y de uniformización del derecho actual vigente sobre contratación electrónica en general o sobre algunos de sus aspectos puntuales.

Los Estados nacionales se han incorporado también de forma masiva e intensa a la regulación de los aspectos específicos de la Sociedad de la Información en general y de los relativos a la contratación y el comercio electrónicos en particular, trasluciendo así la importancia de esta modalidad y saliendo al paso de una corriente generalizada en la doctrina que destacaba el repliegue de la regulación estatal ante la producción de normas extraestatales, Códigos de Conducta o autorregulación en función de las intrínsecas características de Internet. Tanto en el plano de las entidades supranacionales, como en los diferentes ámbitos nacionales, la regulación de la contratación y del comercio electrónicos son ya una realidad extendida.

2.- Fuentes de origen extraestatal. Autorregulación versus heterorregulación. Hacia una *lex elettronica*

Con todo, y sin perjuicio de situar la cuestión en sus justos medios, preciso es poner aquí de manifiesto la importancia que en el campo de la contratación electrónica o del comercio internacional electrónico, han adquirido las normas de origen extraestatatal, fruto de la comunidad internacional de los comerciantes ***(lex mercatoria)*** u objeto de prácticas y usos comerciales. Algunos de estos usos, normas y contratos tipos han sido objeto de recopilación por organismos internacionales dedicados al estudio y desarrollo del comercio internacional, como la CCI, y que junto a los aspectos técnicos contienen también un compendio de las reglas precisas a ser incorporadas en la regulación del comercio electrónico. ***(General Usage for International Digitally Ensured Commerce)***, como también la versión particularizada en el medio electrónico de los ***Incoterms*** aplicables o de referencia en el comercio Internacional y que en el ámbito específico del comercio electrónico se denominan **E-terms** o términos jurídicos susceptibles de ser incorporados a los contratos electrónicos.

La elaboración de los Códigos de conducta no es sólo una realidad palpable y expansiva en el campo de la contratación electrónica sino que es objeto de estímulo y especial atención por parte de los Poderes Públicos. La reciente LSSI española, siguiendo el Derecho comunitario, determina que las Administraciones Publicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de Códigos de Conducta voluntarios (art. 18 de la Ley), en especial para regular aquellos aspectos menos propicios a una regulación estatal eficaz, como es el relativo a la detección y retirada de contenidos ilícitos, la protección de destinatarios frente al envío por vía electrónica de comunicaciones comerciales no solicitadas, así como sobre los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. El Estado garantiza la participación de entidades y asociaciones en la elaboración de estos Códigos de Conducta así como en su accesibilidad y divulgación por vía electrónica.

En el plano de los principios por aplicar en los contratos internaciones sobresale la labor realizada por **UNIDROIT** o por la Comisión Europea para el Derecho de los contratos ***(The Principles of European Contract Law)*** y que constituye un marco de referencia, no sólo para la acción normativa de los Estados o para su armonización, sino para las partes y medios involucrados en el comercio internacional, como marco de referencia para ser integrado, vía autonomía de la voluntad, en los contratos respectivos.

Es así que -el fenómeno no es distinto al que emerge y se desarrolla en el ámbito del comercio actual, tanto interno como internacional- bien puede afirmarse que surge en el ámbito de la contratación y del comercio electrónico una normativa propia y específica, derivación o adaptación del fenómeno general de la ***lex mercatoria*** y que tiene cuenta de las especificidades del ámbito electrónico y que ya ha sido definido como ***lex eletronnica***.

Por último, en este rápido bosquejo de las fuentes aplicables al comercio y la contratación electrónica, y dentro del entorno particular de la eclosión y desarrollo de una normativa emanada de los medios profesionales implicados en el comercio (base del fenómeno de la ***lex mercatoria***) no se debe olvidar la labor de identificación de reglas, determinación de su aplicabilidad y vigencia, y de formación de principios válidos aplicables con carácter general en el comercio internacional o interno, que son producto de la labor de la jurisprudencia arbitral, como institución clave en el desempeño de la ***lex mercatoria*** y de las normativa no estatal especializada.

D.- OBJETO DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Son diversos, como es lógico comprender, los contratos susceptibles de ser perfeccionados y ejecutados por la vía electrónica. Ello no es sino el trasunto del principio de la vigencia de la autonomía de la voluntad y de la preeminencia del principio consensualista en la formación de los contratos y del correlativo principio institucional de la inalteración del derecho preexistente (de carácter material) como consecuencia de las declaraciones de voluntad efectuadas a través de medios electrónicos.

Pero obligados como estamos de dar cuenta de las especifidades de la contratación electrónica que suponen un tratamiento jurídico diferenciado, dos son los grandes ámbitos o criterios que es preciso retener en este momento: por un lado, el de distinguir entre los contratos de formalización ***on line*** y que suponen la emisión de declaraciones de voluntad negociales por este medio -y que a su vez implica la necesidad de dotar de instrumentos de autenticidad y garantía a esas declaraciones- y por otro, los contratos cuya ejecución y cumplimiento se hace en o sobre la red o fuera de ella, por medio de prestaciones tangibles y no precisamente virtuales.

Mención parte debe hacerse en este entorno de los contratos de consumo, una de las piezas clave de la economía digital que exige un reforzamiento de los mecanismos de protección de los

derechos de los consumidores y usuarios, y que implica, entre otras cosas, la configuración de un orden público de protección, normalmente de carácter territorial y la provisión de sistemas ágiles y no costosos de solución de conflictos.

II.- LA NEGOCIACIÓN Y FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.

Existen dos fases bien diferenciadas en la perspectiva general de la contratación electrónica o por medios electrónicos. Por un lado, la fase de negociación en la que finalmente el contrato se forma y perfecciona. En ella inciden de manera especial las circunstancias en que se produce el contrato electrónico y particularmente la distancia y desconocimiento entre las partes entre sí y de las condiciones de la contratación. Por otro lado, la fase de ejecución con todas sus vicisitudes, en la cual intervienen, junto a las características ya señaladas, la especificidad de las obligaciones contraídas y de las condiciones de su cumplimiento.

A.- VALIDEZ Y EFICACIA DE LAS DECLARACIONES NEGOCIALES

Como tuvimos ocasión de apreciar, la problemática jurídica de la contratación electrónica se cifra, en lo que tiene de específico, en primer lugar en las condiciones de emisión, recepción y eficacia de las voluntades negociales producidas y transmitidas a través de los medios electrónicos. En suma se trata de establecer un sistema en el que las declaraciones sean auténticas, en primer lugar, y que produzcan los efectos queridos por las partes y garantizados por el ordenamiento jurídico, en segundo lugar.

1.- Equivalencia funcional de las declaraciones negociales suscritas por medios electrónicos

En el primero de los aspectos señalados, la ordenación del contrato se vincula a la necesaria seguridad en la red. La autenticidad de las declaraciones presupone: que sean propias de la persona que la emite, de forma íntegra y no manipulada y que dé cuenta fehaciente de las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se produce, en orden a la perfección y validez del contrato entre ausentes.

Prevalece en este supuesto de la formación del contrato lo que bien se pudiera denominar principio de la equivalencia funcional y jurídica de las declaraciones de voluntad negociales propiciadas a través de los medios electrónicos, con las declaraciones de voluntad emitidas por los medios tradicionales de manifestación. Lo que también se denomina principio de la equivalencia funcional de las declaraciones empresariales o de neutralidad tecnológica de los medios empleados respecto de los contenidos de las declaraciones de voluntad. Muestra de ello en el art. 23 de la LSSI española:

> "Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.
>
> 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.
>
> 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".

> Y completando, el art. 24. "La prueba de la celebración d un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetarán a las reglas generales del ordenamiento jurídico, y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica." "En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental".

Muy significativamente este principio aparece recogido en la ley modelo de la **UNCITRAL** o Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, como asimismo en la Directiva europea sobre el comercio electrónico.

Sobre la base, además, del principio de libertad de forma, recogido entre otros en el Art. 1278 del CC español y del Art. 1134 del Código dominicano, son válidas las declaraciones de voluntad emitidas en orden a la formación de un contrato, hechas por medios electrónicos, siempre y cuando quede constancia y garantía de esta declaración. Lo que implica tener que introducir mecanismos de eficacia complementarios o específicos del medio electrónico, como son la certificación de la firma o la garantía de no manipulación de los contenidos de las voluntades negociales. La ley modelo **UNCITRAL** en su art. 11 relacionado con el 5, consagra el principio de la no discriminación respecto del medio de emisión de la declaración de voluntad negocial.

En la misma línea, el art. 9 de la Directiva Europea del Comercio Electrónico incluye la garantía general de que serán válidos los contratos perfeccionados por medios electrónicos, salvo excepciones puntuales (entre las que cabe contar, algunos negocios relativos a derechos inmobiliarios, los contratos que requieran la intervención de un fedatario publico o de la autoridad pública, los contratos de crédito y caución, o los sujetos al Derecho de familia y sucesiones).

Asimismo, la Directiva Europea impone en su art. 9 la obligatoriedad de informar a la otra parte de los procedimientos y vicisitudes en la formación de los contratos ***on line***, en un claro propósito de proteger a los consumidores por la vía del reconocimiento de un derecho general de éstos a la información sobre el contenido y las circunstancias de elaboración y ejecución de los contratos de consumo ***on line*** y de sus derechos sobre los mismos.

Este principio, básico dentro de la contratación electrónica, es el denominado de equivalencia funcional o de neutralidad tecnológica, como hemos señalado, y constituye una aplicación al campo específico de la contratación en línea de un principio o mecanismo ya adelantado en otros campos, como es el reconocimiento de la validez de los contratos suscritos por fax, télex u otros medios de telecomunicación equivalentes en orden al alcance de la eficacia que se atribuye a la forma escrita en los contratos.

2.- Autenticidad de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos y de su concurrencia a los efectos de perfeccionar el contrato.

Un segundo problema aparece cuando después de reconocer la idoneidad de los medios electrónicos para albergar declaraciones negociales en forma válida y eficaz es necesario garantizar su autenticidad y determinar el momento y lugar en que se produce el perfeccionamiento del contrato, habida cuenta de su carácter de contrato a distancia. En suma, con el objeto admitir como válidas las declaraciones de voluntad negociales es necesario establecer las condiciones de autoría, autenticidad y completud a través de los medios en que se producen y transmiten esas declaraciones y el entorno de la distancia en que se manifiestan.

Bajo el primer aspecto, las declaraciones de voluntad en Internet se pueden realizar básicamente a través del correo electrónico y sobre la página web, lo cual supone interactividad y posibilidad de modulación negocial de las partes sobre una oferta primera contenida en la página.

Determinados mecanismos técnicos y jurídicos están previstos para otorgar autenticidad, completud y privacidad a las declaraciones negociales. Son los sistemas de seguridad en red y de protección de sus contenidos.

B.- SEGURIDAD EN LA RED Y GARANTÍA DE LAS DECLARACIONES NEGÓCIALES

Es un hecho incontrovertido la enorme fragilidad de las redes y sistemas existentes en orden a la preservación y autenticación de los contenidos de la información en línea. Diversas circunstancias contribuyen a la enorme vulnerabilidad, en sus más variados sentidos y condiciones, de los contenidos informacionales de la Red. La enorme capacidad de los sistemas informáticos y de las redes asociadas, la velocidad de transmisión, la facilidad de reproducción y almacenamiento de los mensajes, la gran capacidad de interconexión y de acceso a las redes y la presencia de una progresiva combinación de servicios y de sujetos en el marco expansivo de los servicios de las Sociedad de la Información, la difuminación de los contenidos consecuencia a su vez de una red difusa descentralizada y abierta, etc., son otras tantas circunstancias propicias tanto para la libre, prolífica y benéfica circulación y aprovechamiento de la información, como para la contaminación de los contenidos nocivos o ilícitos y la multiplicación o potenciación de las conductas ilícitas y delictivas. La seguridad en la red es un imperativo de primer orden y el reto consustancial y previo al desarrollo de una Sociedad de la Información al servicio del hombre en toda su dimensión.

En otro apartado del presente curso hemos hecho alusión a cómo estas circunstancias y condicionamientos de los servicios de la Sociedad de la Información, en su sentido más amplio y comprensivo, constituyen un nuevo marco o perspectiva en las relaciones dialécticas entre el Estado y la Sociedad y una nueva configuración de los derechos de los ciudadanos de carácter fundamental como emanación de su personalidad en la Sociedad actual.

En el orden concreto ahora contemplado, la seguridad en la red es primordial en orden a la preservación de la seguridad jurídica en las transacciones y en el respeto incuestionable de los derechos a la autenticidad, privacidad e integridad de la libertad de expresión y de comunicación del ciudadano en la envolvente y en algunos casos amenazante Sociedad de la Información.

1.- Los sistemas complementarios de seguridad en red. Criptografía y firma electrónica.

En relación a la protección de las declaraciones de voluntad negocial, en que finalmente se sintetizan y concluyen los requisitos de forma en orden a garantizar la autenticidad, integridad y sanción responsable de los contenidos de esa voluntad que está en la base de la ordenación de la formación de los contratos, los instrumentos normativos de aplicación en materia de comercio electrónico reconducen a la puesta en marcha de sistemas complementarios para satisfacer estas condiciones de emisión de la voluntad contractual. Entre ellos son fundamentales los del encriptamiento y la firma electrónica.

a) <u>Las declaraciones en forma criptográfica.</u>

La criptografía, entendida en su dimensión mas general, constituye un procedimiento o conjunto de procedimientos que transforman los datos y contenidos informacionales con el objeto de hacerlos inaccesibles a terceros, imposibilitando su lectura, modificación o manipulación, o su accesibilidad o usos no autorizados.

La transformación de la información en contenidos ininteligibles o inaccesibles a terceros o no autorizados se hace por medio de lo que se denomina el cifrado. El proceso inverso, desde el contenido cifrado mediante el descifrado correspondiente, es lo que hace que la información solamente sea accesible a las fuentes autorizadas. La posesión de la clave es determinante para regular el acceso a la información objeto de las transformaciones criptográficas.

Como tal, la criptografía es un instrumento de autenticación de las declaraciones negociales y de la garantía de su integridad y no-manipulación o modificación por personas ajenas a los autores. Así vista, bien puede considerarse como un instrumento fundamental para la seguridad y desarrollo de la contratación y del comercio electrónico.

En realidad, el procedimiento o instrumento de autenticación especialmente utilizable en el comercio y la contratación electrónicos es la firma digital, lo que constituye una aplicación particular y limitada en su ámbito y finalidad de los procedimientos criptográficos generales y dirigido especialmente a dotar de autenticidad suficiente a las declaraciones de voluntad formulabas en el marco de la contratación electrónica. Aunque, es ocioso recordarlo, existen otros procedimientos de autenticación de las declaraciones, como el acceso a través de claves u otros mecanismos reservados.

b) Firma Electrónica.

1.- Concepto y finalidad.

De conformidad a los principios generales que rigen la contratación electrónica, y en particular al principio de equivalencia funcional de las declaraciones de voluntad emitidas y trasmitidas a través de medios electrónicos, la firma electrónica constituye ***prima facie*** un equivalente funcional de la firma manuscrita. Como ésta ultima, la firma electrónica tiende a satisfacer las mismas exigencias y funciones que a aquella se atribuyen por el ordenamiento jurídico y que podemos cifrar en: función de identificación del emisor, función de autenticación de los contenidos, (integridad, y no manipulación de contenidos de la declaración) y sanción responsable de la declaración formulaba a los efectos previstos en el ordenamiento.

En tanto en cuanto la firma manuscrita está asociada a la exigencia de requisitos formales en la configuración de las declaraciones de voluntad, la teoría o principio del equivalente funcional de la forma electrónica presupone que sea válida la firma así producida, siempre y cuando se cumplan los requisitos, mecanismos y operaciones previstas por el ordenamiento para dar efectividad y equivalencia a la declaración así formulada.

Así lo dispone el Art. 7 de la ley modelo de la **UNCITRAL** según el cual la firma a través de medios electrónicos será posible si “se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos y...si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos...”

Son numerosas ya las leyes sobre firma electrónica, elaboradas dentro del marco del desarrollo de la Sociedad de la Información. La Directiva europea 1999/93/CE de 13 de Diciembre de 1999 por la que se establece un marco común para la firma electrónica ha supuesto un giro trascendental en la orientación normativa en materia de comunicaciones electrónicas de la UE, aunque se ha visto rebasada por algunos ordenamientos nacionales europeos, como Italia, Alemania y España que se han adelantado a la aprobación de Directiva para promulgar leyes comprensivas del fenómeno de la firma electrónica, dando cuenta así de la perentoriedad de la implantación de un régimen sobre este particular, clave en el comercio electrónico y en suma en la implantación y desarrollo de los servicios de la Sociedad de la Información.

La consecuencia de ello es la presencia de sistemas que llevan a la producción, en condiciones de idoneidad, de la firma digital o electrónica que es el equivalente de la firma manuscrita.

La firma electrónica se definió en España por el Art. 2 a) del RDL 14/1999, de 17 de Septiembre sobre firma electrónica como "el conjunto de datos... en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge".

"La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos".

2.- Los elementos de producción de la firma electrónica.

La firma electrónica cumple con los objetivos de identificación y de integridad de la declaración emitida. El sistema de producción de firma electrónica consta de varios elementos, que en síntesis son los siguientes:

a) Un dispositivo de creación de firma. Constituido a su vez por los datos de creación de firma, que son los datos únicos, como Códigos o claves criptográficos privados, que el signatario utiliza para crear la firma electrónica y los dispositivos de creación de firma que es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de forma (art. 2, d y e del RDL español sobre firma electrónica).

b) Un dispositivo de verificación de firma, constituido a su vez :

- Por los datos de verificación de firma que son los datos, como Códigos o claves criptográficas públicas, que se utilizan para verificar la firma electrónica.

- Un dispositivo de verificación de firma que es un programa o aparato informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.

c) Un dispositivo de acreditación de firma o de certificación de firma electrónica, consistente en el desempeño de una actividad de certificación, a cargo de un prestador acreditado y homologado de servicios de certificación, el cual mediante un certificado emitido vincula los datos de verificación de firma a un signatario, confirmando su identidad y el contenido de la declaración de voluntad.

3.- Efectos de la firma electrónica

Los efectos que el ordenamiento asigna a la firma son de dos tipos fundamentalmente:

a) Equiparación bajo ciertas condiciones de la firma electrónica a la firma manuscrita a los efectos de prueba.

b) Principio de no exclusión del valor probatorio cuando no se cumplan los requisitos exigidos para la certificación de firma electrónica, por el mero hecho de presentarse la firma en formato electrónico.

La eficacia de la firma electrónica rebasa ampliamente el ámbito de la contratación electrónica o por medios electrónicos para afectar a todo tipo de declaraciones de voluntad susceptibles de producirse y de desplegar sus efectos en los más variados confines del ordenamiento y especialmente en el orden procesal (en el que las leyes adjetivas tratan de adecuarse también a las nuevas

tecnologías), orden administrativo (con numerosos y progresivos programas de extensión y de aplicación a la actividad administrativa de los nuevos métodos de emisión de las declaraciones que son objeto de los negocios jurídicos), como asimismo en el ordenamiento fiscal, civil, mercantil, etc.

Concretamente en el marco procesal es general en nuestros ordenamientos la admisibilidad de los mensajes electrónicos como prueba dentro de un proceso. Ello vendría avalado por una amplia concepción del alcance de los medios de prueba en este ámbito (de la que son trasunto los Art. 299 y 1215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española) aunque ello no excluye la problemática derivada de su valoración. A estos efectos, la Ley modelo de **UNCITRAL** en su Art. 9 establece que toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria que deberá valorarse en atención, entre otros factores, a la fiabilidad de la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información y de la forma en que se identifique a su autor.

En el mismo orden de ideas, la directiva Europea de 1999 sobre firma electrónica incluye la observancia, en su Art. 5.1, a que están obligados los Estados miembros para que la firma electrónica producida de conformidad a los requisitos establecidos en esa norma sea admisible como prueba en los procesos judiciales.

Por último, cabe contemplar la eficacia de la firma electrónica y de los certificados emitidos por las personas investidas de esta función, allende las fronteras. Analizamos, en consecuencia, la eficacia transfronteriza de la firma electrónica ante la presencia de una disparidad de ordenamientos que pueden contemplar de diferente manera el régimen y la eficacia asignada a la firma así producida y certificada. Una labor de uniformización y de armonización de ordenamientos es exigible en este aspecto, destacando el trabajo realizado por algunos organismos internacionales como la **UNCITRAL** en relación al régimen uniforme de las firmas extranjeras y que contemplan varios dispositivos alternativos para otorgar eficacia transfronteriza plena a los certificados sobre firmas electrónicas.

La solución jurídica a semejante planteamiento pasa por la utilización de varios de estos sistemas:

a) En el marco de una integración supranacional, el reconocimiento de eficacia común a los certificados producidos de conformidad a las normas comunes.
b) Elaboración de un procedimiento de homologación basado en normas técnicas y jurídicas comunes.
c) Elaboración de un instrumento convencional de Derecho Internacional, de carácter bilateral o multilateral, que fije las condiciones para la eficacia transfronteriza de los actos y certificados producidos en un país determinado.
d) Establecimiento de un régimen de reciprocidad en orden a la validez y eficacia de los certificados de firma electrónica.
e) Establecimiento de un régimen en los correspondientes ordenamientos nacionales que imponga el reconocimiento en el foro de los certificados extranjeros que cumplan determinadas condiciones establecidas por el Derecho patrio, bien en relación a los presupuestos, requisitos y condiciones de operatividad de los organismos de certificación, bien en la verificación del cumplimiento de los requisitos y presupuestos que afectan al propio certificado (Art. 1º del Real Decreto español sobre la validez de certificados).

La garantía del sistema de certificación y por consiguiente de idoneidad de la firma así producida estriba en la fiabilidad de los procedimientos establecidos por el ordenamiento en orden a la creación, verificación y control de presupuestos y requisitos para otorgar validez y eficacia a la firma

electrónica. Ello implica la existencia de autoridades de certificación y el establecimiento de una relación jurídica entre la Administración de supervisión o reguladora con estas autoridades. Una actividad de certificación, que en principio es de carácter privado y sometida a la tutela y reglamentación de la Administración, lo que implica un régimen jurídico particular. Este consiste básicamente en la acreditación de las personas certificantes como idóneas para desempeñar la función asignada y el establecimiento de un código o estatuto comprensivo de derechos y obligaciones de estas autoridades de certificación, junto a las potestades atribuidas a la Administración para inspeccionar, controlar o sancionar la actividad de certificación de firma.

Bajo el segundo aspecto los contratos electrónicos, huelga decirlo, son contratos a distancia o entre ausentes, lo que comporta la aplicabilidad de esta específica modalidad de contratación en orden a asegurar la autenticidad de las emisiones de voluntad y evitando los efectos indeseados de la no presencia de las partes, mediante la garantía del derecho de desistimiento y la prueba de emisión del consentimiento etc.

C.- LAS OFERTAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Produciéndose la concurrencia de consentimientos en tiempos y lugares diferentes es necesario contemplar en primer lugar la preocupación del ordenamiento en la valoración de la oferta para deducir los elementos vinculantes respecto de la adhesión de la otra parte contratante.

Concretamente, en el supuesto habitual de ofertas contenidas en páginas ***web***, el problema es dilucidar si estas ofertas contienen todos los elementos constitutivos de tales y están justamente enderezadas a perfeccionar el contrato por la adhesión posterior del cocontratante. La interactividad incide en la negociación y en la modificación sucesiva de las declaraciones de voluntad negociales, lo que contribuye a reafirmar la necesidad de valorar en todo momento en sus justos términos las voluntades emitidas y concurrentes en orden a la formación del contrato.

Es normal en nuestros sistemas que la fuerza vinculante de la oferta sobre la página ***web*** se ciña a la consideración de la presencia de los elementos constitutivos de una oferta concreta (identificación del producto, precio determinado o determinable, plazo de entrega y ejecución y de mantenimiento de la oferta, forma de pago o modalidades de cumplimiento de la obligación etc.) contribuyendo de esta forma a deslindar el supuesto de una auténtica oferta vinculante, de la mera invitación a ofrecer que es habitual en las páginas ***web***, como oferta de carácter meramente divulgativo o publicitario, sin ulteriores efectos en cuanto a la emisión del consentimiento con fines contractuales.

Del otro lado de la emisión del consentimiento, la aceptación a la oferta debe ser clara y concreta. Lo que supone la inclusión en la misma de las condiciones contractuales expresas y detalladas, o por referencia a condiciones generales de contratación. La emisión de la aceptación se hace por medio del correo electrónico o mediante la pulsación de un icono o cualquier otra forma de emisión en la que quede constancia del consentimiento prestado en el marco de una relación virtual interactiva.

Existe también la posibilidad de la emisión de una declaración negocial de aceptación de carácter tácito, mediante actuaciones de parte que incluyan un inequívoco propósito de concluir el contrato, tales como el principio de ejecución del mismo u otros similares que manifiesten inequívocamente la declaración de aceptación de las condiciones ofrecidas.

D.- MOMENTO DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El principio espiritualista presente en los ordenamientos de origen latino determina que los contratos se perfeccionan por la concurrencia de consentimientos. La particularidad de la contratación a distancia ha introducido desde antaño la problemática añadida de determinar el momento en que se produce esta concurrencia de consentimientos, cuando las partes no están presentes y es necesario tener la constancia de que las respectivas declaraciones de la voluntad negocial han llegado a conocimiento y han sido aceptadas o no por las partes respectivas.

Son variadas las teorías que han materializado el debate en torno a la eficacia de las declaraciones de voluntad entre partes ausentes, y como tales han sido objeto de intenso debate en la doctrina y la jurisprudencia. A este respecto, las teorías de la emisión y de la emisión- recepción y de otras similares, han centrado el debate de la doctrina civilista y de las decisiones de los tribunales. Incluso en aquellos ordenamientos en que se mantiene la separación o dicotomía entre el Código Civil y el Código de Comercio el momento de la concurrencia de oferta y demanda ha sido contemplado de forma diferente en ambos ordenamientos.

Nosotros no vamos a entrar en este campo, surcado desde tiempo inmemorial por posiciones de todos los talantes. Pero sí es preciso que se destaque que el medio electrónico introduce especificidad también en relación a la forma en que se emiten y reciben las declaraciones de voluntad y la forma en que las respectivas aceptaciones se producen y se transmiten a la otra parte dejando constancia de ellas en el soporte electrónico. Es esta circunstancia la que en cierta manera modifica o matiza la tradicional postura de las declaraciones de voluntad entre ausentes. Con todo, el problema radica ahora en saber si, con arreglo a la especificidad de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos, es preciso aprovechar la ocasión y proceder a una unificación del régimen de concurrencia de consentimientos. Es justamente lo que ha hecho la ley española de SSI que ha modificado los arts. 1262 del Código Civil y el art. 54 del Código de Comercio que quedan redactados de nuevo en virtud de la disposición adicional cuarta de la Ley.

> Dice así la mencionada disposición. “Se modifica el art.1262 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente forma:
>
> 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
>
> Se modifica el art. 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 celebrad en el lugar en que se hizo la oferta.
>
> En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”.

La normativa específica sobe contratación electrónica suele decantarse por la incorporación de la teoría de la emisión-recepción. Así, el Art. 11 de la Directiva sobre Comercio Electrónico exige que cuando el pedido se efectúe por vía electrónica, el proveedor o prestador de servicios de la Sociedad de la Información debe acusar recibo del pedido sin demora y por vía electrónica. En

todo caso se considera que el pedido y el acuse de recibo han sido recibidos cuando el destinatario pueda tener acceso al mismo. En el mismo sentido el art. 15 de la Ley modelo de la **UNCITRAL**.

E.- LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Especialmente controvertido es el aspecto relativo al lugar de celebración del contrato, que es propio de las operaciones realizadas a través de Internet, uno de cuyos rasgos más notorios, como hemos apreciado, es el de la deslocalización de los elementos constitutivos de los negocios jurídicos. Las soluciones comparadas para la determinación del lugar del contrato tienen en cuenta las que son propias de la contratación entre ausentes, aunque en el caso particular contemplado se complementen o refuercen con las particularidades propias de las declaraciones de voluntad que se generan y transmiten a través de los medios electrónicos. Hasta tal punto que la inmediatividad del intercambio electrónico de mensajes, propia de Internet, haga desaparecer, al menos en sus lineamientos fundamentales, la naturaleza de la contratación entre ausentes. El mensaje electrónico es un mensaje instantáneo y no sucesivo. Aunque no debemos dejar pasar por alto la circunstancia de que la infinita variedad de situaciones que se producen en el entorno de Internet permita al menos cuestionar la validez de reglas uniformes en este sentido. Así, es posible diferenciar entre el intercambio de mensajes que se produce a través del correo electrónico que facilita la visión o existencia de formación sucesiva y no instantánea de la concurrencia de consentimientos, de aquellos otros servicios de Internet en los que la interactividad produce la consecuencia de la instantaneidad y la formación no sucesiva del contrato. El enfoque varía considerablemente e influye de manera decisiva en la configuración del momento de la formación del contrato.

La solución brindada en la práctica, para establecer o fijar el momento de determinación del contrato estriba, como en otros ámbitos y ocasiones, en el despliegue de la autonomía de la voluntad. Son las partes las que pactan el momento de celebración del contrato electrónico, bien mediante negociación, bien mediante adhesión a condiciones preestablecidas, bien como resultado de la aplicación de condiciones generales de contratación.

> La Ley modelo de UNCITRAL sobre firma electrónica en su Art. 15 establece que a falta de acuerdo entre partes el momento de expedición de un mensaje de datos es el de su entrada en un sistema de información que no esté bajo el control de quien envía el mensaje; mientras que el momento de recepción es el de entrada en un sistema de información del destinatario, considerando que la entrada en un sistema de información tiene lugar desde el momento que puede ser procesado en ese sistema.
>
> La propuesta modificada de Directiva Europea sobre comercio electrónico de 1999 preveía que el contrato queda celebrado cuando el destinatario del servicio aceptante ha recibido notificación electrónica del proveedor de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio.

Con respecto al lugar de celebración del contrato, aspecto éste determinante, como criterio de conexión para establecer Ley aplicable y jurisdicción, el Art. 15.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL establece que en defecto de acuerdo entre las partes se considera lugar de expedición el del establecimiento de quien envía el mensaje y de recepción, el lugar del establecimiento del destinatario.

F.- EN ESPECIAL: EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA EN LAS DECLARACIONES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

¿Pero qué ocurre cuando el ordenamiento aplicable, respecto de ciertos contratos o en general, exige determinados requisitos de forma vinculados a la validez de los contratos, tales como la forma de intervención de fedatario público o de requisitos especiales, o, simplemente, la norma escrita como requisito ***ad validitatem*** y no solamente ***ad probationem***?. El problema ahora es el de saber si la formación del contrato por los medios electrónicos supone la idoneidad de estos medios en cuanto a los requisitos de forma exigidos por el ordenamiento, o por el contrario no se cumplen estos requisitos cuando las emisiones y recepciones de la voluntad negocial constitutivos de la voluntad contractual se hacen por medios electrónicos en su sentido amplio. Los supuestos se extienden al mercado inmobiliario, a la propiedad intelectual y al de la Propiedad Industrial o a sectores como los seguros o el transporte.

Para obviar estos inconvenientes la ley modelo de la **UNCITRAL** establece en sus Art. 6 a 8, con carácter general, el principio antes mencionado de la equivalencia funcional de las declaraciones de voluntad negocial, dejando al margen algunos supuestos, cuando éstas se realizan a través de medios electrónicos, siempre y cuando éstos sean adecuados y precisos a los fines y objetivos previstos por el ordenamiento jurídico en relación a la veracidad, autenticidad y eficacia de las declaraciones de voluntad. Lo que definitivamente aloja el problema en el de la seguridad de la red y los requisitos y propuestas para que se produzcan en forma idónea, auténtica y eficaz estas declaraciones.

Las legislaciones han procedido a realizar algunas adaptaciones de los requisitos de forma que operan en el ámbito de la contratación electrónica. Así es reconocido el cumplimiento del requisito de la forma escrita cuando el documento es accesible y puede ser leído (Art. 6 Ley modelo **UNCITRAL**).

Por otra parte, la exigencia de la forma escrita que se vincula a la intervención de firma, como materialización de la identificación del emisor de la declaración, como constancia de asunción del contenido negocial y como garantía de no intervención de elementos extraños a la declaración negocial, se ve cumplida por la presencia de elementos legitimadores de carácter sustitutivo a la firma manuscrita (firma electrónica) y que garanticen la no intervención de elementos extraños o aseguren la integridad, autenticidad y privacidad de las partes en la declaración negocial (criptografia, en general).

Finalmente, el principio de equivalencia funcional de las declaraciones producidas y trasmitidas por medios electrónicos, como hemos tenido ocasión de señalar, ha vaciado de sentido el viejo problema de la forma como obstáculo a la validez y eficacia de las declaraciones producidas electrónicamente.

III.- CONTENIDO Y EJECUCION DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

A.- LA PROBLEMÁTICA INHERENTE

Los contratos que han sido elaborados y perfeccionados por medios electrónicos presentan asimismo particularidades en lo que respecta a su contenido y ejecución, lo cual es objeto de especial atención por los ordenamientos en el Derecho comparado.

Es aquí justamente donde adquiere plena relevancia la distinción antes efectuada entre contratos cuya ejecución y cumplimiento tienen lugar sobre la red, en cuyo caso las prestaciones y obligaciones que forman parte del contenido contractual se satisfacen por medios electrónicos, y aquellos otros contratos cuya ejecución consiste en prestaciones tangibles de carácter material que se cumplimentan fuera de la red en sentido estricto. También es posible contemplar contratos de carácter mixto que incluyen obligaciones y prestaciones de ambos géneros.

En el primer supuesto se habla normalmente de comercio electrónico directo. En el segundo, de comercio electrónico indirecto. Ambos proyectan su especifidad en cuanto a su ejecución dentro del régimen aplicable a los contratos electrónicos y al comercio electrónico.

Preciso es retener que muchos de los problemas -y de sus soluciones- planteados respecto a la ejecución de los contratos electrónicos o por vías electrónicas son únicamente los que están vinculados a su carácter como contratos a distancia. Así por ejemplo, el reforzamiento de las obligaciones de suministro de información en orden a asegurar una debida protección de los usuarios a distancia o el reconocimiento general del derecho al desistimiento tras un periodo de comprobación de las mercancías objeto de la compra- venta a distancia.

Por el contrario, existen aspectos específicos de la contratación a distancia por medios electrónicos y que son susceptibles de tratamiento diferenciado. Tal acontece con lo relativo al cumplimiento de las obligaciones dinerarias que lleva al análisis de los instrumentos electrónicos de pago y la conceptualización y regulación del dinero electrónico.

Por último destacamos como un elemento ya connatural en la práctica a la contratación electrónica el que concierne a la ejecución transfronteriza de este tipo de contratos, que conlleva la necesidad de recoger soluciones típicas de derecho internacional privado, pero adaptadas al mismo tiempo al medio electrónico al que se circunscribe el cumplimiento de las obligaciones.

B.- LAS DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

En relación a las obligaciones o prestaciones que se realizan y cumplimentan en red o a través de la red (comercio electrónico directo) se está ante una típica manifestación del tráfico jurídico y económico propio de Internet y de los sistemas, bienes y procedimientos que involucra. Objeto de los contratos electrónicos del comercio directo es la prestación de bienes inmateriales consistentes en productos de carácter informático o telemático cuya contratación se hace a través de la red (por medio del correo electrónico o sobre la página ***web*** del ofertante). Al mismo tiempo, la ejecución de esos suministros se hace por la propia red. Se trata de productos tales como programas de ordenador, obras musicales, obras literarias amparadas y tuteladas por la propiedad intelectual, bienes jurídicos específicos de la propiedad industrial, etc, así como su reproducción, circulación y accesos posteriores.

Los problemas que básicamente genera este aspecto de la ejecución de los contratos electrónicos ***on line*** se contraen en primer lugar a la necesidad de instrumentar una correcta identificación de los pedidos formulados y de su recepción o acceso por parte del adquirente (incluido en su caso el derecho al desistimiento tras ser examinada y comprobada la mercancía audio visual o telemática, con garantías añadidas de su exclusiva utilización para este fin). En segundo lugar, el problema consiste en habilitar un sistema de prestaciones complementarias o instrumentales destinadas a hacer efectiva la transmisión o puesta a disposición de la información objeto de la prestación. Así como de hacer efectivo el acceso a la misma, lo que comportaría una diferencia en el tratamiento de la entrega de la mercancía inmaterial, muy distinta a la que constituye una prestación de carácter material plasmada en un soporte físico de cualquier naturaleza.

Pero tampoco las prestaciones físicas que son objeto de los contratos electrónicos tales como la entrega de mercancías tangibles o la prestación de servicios diferentes a los servicios ***on line***, y que forman parte del objeto esencial del denominado comercio electrónico de carácter indirecto, están exentas de cualquier consideración que ponga de relieve la incidencia de la intervención de los medios electrónicos en la formación y en la ejecución del contrato. La identificación de pedidos, la verificación de las entregas, la modulación de plazos o modalidades de entrega o de pago, etc., constituyen otros tantos medios de prueba de las obligaciones que se cumplimentan a través de medios electrónicos y que como tal han de ser objeto de especial consideración por los contratos suscritos o por las fuentes de instrumentos normativos de aplicación.

Por último es también conveniente recordar que las prestaciones recíprocas que forman parte del contenido de los contratos denominados genéricamente como contratos electrónicos incluyen prestaciones de carácter mixto. Unas que son reconducibles a las prestaciones de carácter tangible o material y otras propias del tráfico económico o jurídico on line, según llevamos manifestado.

C.- MEDIOS DE PAGO ELECTRÓNICOS

En el comercio electrónico, tanto directo como indirecto, constituye aspecto de singular relevancia e importancia decisiva el tratamiento de los medios de pago. Es más: el desarrollo del comercio electrónico como pieza esencial de la nueva economía digital encuentra en el tratamiento y perfeccionamiento de los medios e instrumentos de pago electrónicos uno de los mejores acicates para su expansión.

Los medios de pago han de ser en consecuencia fáciles, expeditivos y seguros, en línea con la configuración del contrato en sus demás elementos. La entrega física de dinero o de instrumentos de pago es particularmente inapropiada en el marco de la contratación electrónica. Por lo que es necesario habilitar un sistema de dinero electrónico en consonancia con las características propias del contrato en el que se inscriben las obligaciones dinerarias.

Tanto si las prestaciones son materiales como si son inmateriales, el dinero electrónico constituye una coordenada común de todo comercio electrónico, por lo que es objeto de especial atención en la contratación y en los instrumentos normativos al uso.

La problemática relacionada con el pago por medios electrónicos se cifra en dos apartados, fundamentalmente:

- El que se vincula al valor liberatorio de los diversos instrumentos de pago utilizados.
- La provisión de instrumentos y procedimientos de verificación de los pagos efectuados por medios electrónicos, lo que incluiría la configuración de un régimen específico de facturación electrónica, en condiciones de equivalencia con la factura emitida por medios físicos o tradicionales.

En el primero de los aspectos mencionados será necesaria la adaptación del régimen común de la eficacia liberatoria de los pagos a los medios electrónicos en que se produce. Por lo general se admite que las reglas contenidas en el Código Civil no constituyen un obstáculo para el reconocimiento del efecto liberatorio de los pagos electrónicos, siempre y cuando exista acuerdo de las partes sobre ello. La forma en que se produce este pacto en el comercio electrónico a través de Internet confirma este aserto, puesto que es común en la práctica que el vendedor proponga -y el comprador asuma- los medios de pago y sus modalidades. La adhesión del comprador perfecciona el pacto en este sentido, siguiéndose de ello la plena eficacia liberatoria del pago electrónico.

Más complejo es el tratamiento del efecto liberatorio de otros instrumentos de pago, entre los cuales cabe incluir los cheques y transferencias de fondos así como el dinero efectivo. Teniendo en cuenta que el comercio electrónico en su versión indirecta, incluye prestaciones tanto ***on line***, como fuera de la red, la presencia de cheques o de dinero efectivo como instrumentos de pago condicionados a su entrega física, no constituyen elementos ajenos a las obligaciones contraídas. Es perfectamente posible que el efecto liberatorio se produzca a través de estos instrumentos de pago, con ocasión de la cumplimentación de las prestaciones materiales objeto del contrato. Mayor problemática implica la utilización del cheque como medio de pago en el comercio electrónico, debido a la especial característica del mismo como mandato de pago materializado en un documento escrito que hace connatural la entrega física del mismo. Todo ello hace que el cheque presente hoy en día serias dificultades en orden a configurarse como medio de pago ***on line***, aunque ello no impide su eficacia liberatoria siempre y cuando se dispongan al efecto en la contratación la forma y condiciones de entrega y cumplimentación de los cheques como tales instrumentos de pago.

En cuanto a las transferencias de fondos conviene recordar que no son instrumentos privativos del comercio electrónico, como es obvio, puesto que la orden de efectuar la transferencia se da fuera de la red. No obstante siempre es posible coordinar un sistema de transferencia electrónica de fondos y que ésta se ordene electrónicamente por Internet. El sistema es el mismo de siempre: previsión y regulación de estos instrumentos de pago dentro del contrato sobre el comercio electrónico de que se trate.

En relación a las tarjetas de pago, instrumento de utilización creciente en el comercio en general, también es posible que opere dentro de la contratación a través de Internet, siempre que se deje establecido previamente el sistema de identificación electrónica de la tarjeta y de las instrucciones pertinentes a través de la línea, en lo que concierne al pago. Ello no impide el implementar especiales medidas de seguridad respecto al uso de las tarjetas de pago en Internet -y que no son privativas de este medio- mediante la introducción de protocolos especiales ***(secure electronic transaction)*** como conjunto de especificaciones técnicas de cifrado determinantes de un estándar ideado para garantizar pagos seguros a través de redes abiertas.

D.- DINERO ELECTRÓNICO

Con independencia de los instrumentos de pago tradicionales y que se utilizan con adecuación o sin ella al marco electrónico preciso en el cual operan, con carácter general se especifica en los instrumentos normativos al uso la configuración autónoma del dinero electrónico, a los efectos de pago o de otras aplicaciones. El dinero electrónico constituye un valor monetario cifrado y almacenado en un soporte electrónico. Es posible que a través de este sistema se proceda al pago de deudas de dinero mediante mensajes dirigidos al soporte electrónico, de forma directa por el que tiene titularidad o acceso al mismo. El dinero electrónico es asimilable en consecuencia al dinero en efectivo, aunque las diferencias entre ellos sean notables (fundamentalmente la de que el dinero electrónico carece de curso legal).

> La Unión Europea ha tratado de unificar el tratamiento de dinero electrónico elaborando una definición unitaria. La recomendación de la Comisión de 30 de junio de 1997 relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos (DO 1997 L 208/52) lo define como instrumentos de dinero electrónico consistente en un instrumento de pago (recargable) en el que se carga electrónicamente un valor que permite a su titular efectuar ciertas transacciones y que deben ser distintos de los instrumentos de pago de acceso a distancia, tales como tarjetas de pago y servicios de tele-banco.

> La Directiva Europea sobre el acceso de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (Directiva 2000/46/CE, de 18 de Septiembre de 2000, DO 2000 L 275/39) entiende por valor electrónico: "un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor, almacenado en un soporte electrónico, emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido, aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor".

El uso del dinero electrónico está particularmente indicado para efectuar pagos por Internet, facilitando los mensajes electrónicos directos en combinación a una cuenta corriente en la cual figura el dinero electrónico recargable. Las exigencias de seguridad que se proyectan sobre esta instrumentación del pago a través de Internet no son muy distintas de aquellas otras que tienen lugar sobre las transferencias de fondos y pagos por tarjetas de crédito en general.

IV.- EL CONTENCIOSO DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

Por sus propias características el contencioso sobrevenido a causa de la contratación electrónica ocupa lugar preeminente en la consideración de la normativa tanto internacional como de los diferentes ordenamientos nacionales.

Fundamentalmente, la contratación electrónica se plasma en obligaciones que deben ser ejecutadas, bien dentro de la propia red, en el supuesto de bienes y servicios suministrados por ella, bien mediante prestaciones ejecutables fuera de la red. Ha de distinguirse de esta forma un contencioso sobre los productos ***on line***, altamente especializado y que se provee a través de instancias como la **OMPI** en materia de derechos de autor y un contencioso sobre los productos que se contratan ***on line*** pero que se ejecutan físicamente fuera de ella, como es el caso de la contratación o del consumo electrónico.

Por otra parte también hay que recordar que la contratación electrónica es por definición una contratación a distancia y normalmente una contratación sobre bienes de consumo masivo. Por la primera circunstancia, será preciso reforzar la seguridad tanto en la negociación como en el cumplimiento de las obligaciones y en consecuencia habilitar medios expeditivos y accesibles para la solución de los conflictos. Por la segunda de las circunstancias señaladas, será de aplicación la legislación tanto común como especial sobre protección del consumidor, lo que refuerza la exigencia de garantías y la habilitación de medios adecuados de solución de conflictos, como seria el caso del arbitraje de consumo, en su vertiente nacional o internacional.

A.- LAS VÍAS JUDICIALES.

Para la interpretación o ejecución de los contratos perfeccionados por medios electrónicos será competente la jurisdicción civil ordinaria en función de las reglas de competencia jurisdiccional del derecho aplicable.

Para el Derecho español serán las recogidas en el art. 22 de la LOPJ y serán de aplicación en principio las que sean propias del ordenamiento jurídico del foro. Sin embargo, y de una manera muy esquemática, la problemática subyacente al enjuiciamiento ordinario de las cuestiones derivadas de un contrato electrónico es muy variada y estimulante para la reflexión y el análisis jurídicos. Con toda evidencia, no existen por el momento reglas con respecto a la contratación electrónica a través de Internet. No obstante, la preocupación existe en las instancias internacionales

y buena prueba de ello la constituye el art. 18 de la Directiva de la Unión Europea sobre comercio electrónico que impone a los Estados miembros la obligación de velar porque las actividades de la sociedad global de la información puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces mediante procedimientos sumarios y vigilando que no se produzcan nuevos perjuicios para los afectados.

Son varias las circunstancias que influyen en el tratamiento jurisdiccional de la interpretación y ejecución de las obligaciones derivadas de la contratación electrónica, que esbozamos de la siguiente manera:

1) La relativa frecuencia de conflictos entre leyes y jurisdicciones derivados de la circunstancia de que existan elementos de conexión a diferentes ordenamientos jurídicos. Ello implicaría la aplicación de las reglas conflictuales del foro y en su caso de las convenciones internacionales suscritas (como pueden ser en el ámbito europeo la Convención de Bruselas). El principio de la autonomía de la voluntad es preponderante en los ordenamientos, aunque existan restricciones por intervención del orden público de protección en cuanto al alcance y eficacia de las cláusulas atributivas de competencia internacional. En ausencia de la ley de autonomía interviene el elemento de conexión vinculado al domicilio del demandado o el lugar de ejecución del contrato. Las más modernas leyes sobre servicios de la sociedad de la información, como la Ley española, reducen la dificultad de establecer puntos de conexión físicos y que es característica -habitualmente enfatizada- de Internet, al fijar la figura del establecimiento permanente respecto de los proveedores de servicios, lo que tiene influencia a la hora de fijar los correspondientes puntos de conexión para la aplicación del Derecho.
2) La consideración de que las prestaciones derivadas de un contrato electrónico caen bajo la categorización de actividades de consumo por lo que es aplicable la legislación protectora general de los consumidores y usuarios, que puede en ocasiones modificar las reglas de atribución de competencia y el régimen de protección que dimana de esta consideración (fuero de elección a favor del consumidor entre el del domicilio de proveedor demandado o el del domicilio del consumidor y restricción de las posibilidades de demandar al consumidor únicamente en el fuero correspondiente a su domicilio, acciones de cesación, derechos de información previa y garantizada etc.).

B.- EL ARBITRAJE *ON LINE*

1.- Consideraciones generales.

Las peculiares características de la contratación electrónica y especialmente en lo que atañe al comercio de bienes y servicios provocan la necesidad de reforzar la seguridad jurídica de las transacciones mediante la solución extrajudicial de litigios, y en particular a través del arbitraje.

Aplicando al campo de la contratación económica algunos elementos que conforman el proceso de comunicación ***on line*** se observa que los litigios acontecen entre personas distantes, por transacciones de escaso valor, con una multiplicidad de leyes y jurisdicciones en principio competentes dada la relación internacional con frecuencia que queda establecida, a lo cual se añaden las específicas connotaciones de tratarse de relaciones de consumo y que implican bienes y elementos propios de las transacciones electrónicas. Todo ello conlleva a recomendar el arbitraje como técnica de solución de controversias, aunque no se nos oculte la necesidad de adaptar esta institución a las peculiaridades del contexto en el cual se aplica y desarrolla.

La Directiva sobre comercio electrónico de la Unión Europea impone a los Estados miembros la obligación de velar por que sus legislaciones permitan, en caso de desacuerdo entre un presta-

dor de servicios de la sociedad de la información y su destinatario, utilizar de forma efectiva mecanismos de solución extrajudicial, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas. La ley española de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico introduce el arbitraje como medio idóneo para componer las disputas que se susciten entre los operadores y demás agentes de la red.

No obstante la vaguedad de estas recomendaciones, que aludirían más bien a una genérica técnica de solución de conflictos sin especificar el tipo de arbitraje de que se trata, lo cierto es que cobra predicamento en la práctica del comercio electrónico la utilización del arbitraje, en su versión común y en su versión adaptada al medio electrónico, como vía de solución de conflictos.

Al respecto cabría distinguir dos clases de arbitraje en su sentido más auténtico. En primer lugar aquel que tiene cabida respecto de los bienes y obligaciones propios de la contratación electrónica y de los servicios de la sociedad de la información, y que puede ser llevado a cabo de forma convencional o, si se quiere, por los procedimientos del mundo real. Nada impide que se encomiende el arbitraje para solventar problemas derivados del desarrollo de estos servicios en la forma determinada por el Derecho común del arbitraje. En segundo lugar cabe destacar aquel tipo de arbitraje que, con independencia de las controversias y de su objeto, se desarrolla a través de los medios electrónicos propiamente dichos. A esta segunda acepción la denominamos como arbitraje s***on line***, es decir mediante los servicios que ofrece la red de redes y de los cuales el arbitraje sería uno más.

Son evidentes las ventajas de esta técnica en la solución de controversias de este tipo y que se haga en línea. Entre ellas destacamos las de inmediatez, interactividad, constancia y perdurabilidad de registros, mundialización de soluciones y bajo costo, en principio, de los procesos así desarrollados.

Como inconvenientes han de señalarse los que son propios de la contratación electrónica y de las declaraciones de voluntad y de los actos producidos a través de los medios electrónicos, en primer lugar. Inmediatamente después, los derivados de la dimensión internacional del arbitraje, supuesto que acontece cada vez con mayor frecuencia en el cual asistimos a un conflicto latente entre leyes y jurisdicciones que debe ser soslayado en una idónea organización del arbitraje que se pacte. En tercer lugar cabe mencionar los que serían típicos problemas del arbitraje de consumo que implica una desigualdad a priori entre partes, y una intervención acusada del orden público de protección.

Algunos de los inconvenientes imputados al arbitraje electrónico no serían específicos de este medio sino comunes al arbitraje como institución, sobre todo en su dimensión o aspecto internacional. Es lo que acontece cuando se proclama la deslocalización del arbitraje como consecuencia de la forma en que se producen las decisiones y las declaraciones de voluntad en red. Y otro tanto, al propio tiempo, de los aspectos relacionados con el orden público o con las normas imperativas que penetran la legislación de consumo. Por ello es necesario deslindarlos, aunque en la práctica se den conjuntamente los dos lados del problema. Por una parte, la adaptación de la técnica arbitral al específico medio en que se aplica y las soluciones que prevé para ello la práctica y el derecho del arbitraje en general. Por otra parte, el deslinde de aquellas cuestiones que si bien afectan al arbitraje ***on line***, no son privativas de éste.

2.- La problemática específica del arbitraje *on line* o a través de medios electrónicos.

Siendo los elementos del arbitraje, el convenio, el procedimiento y la decisión final o laudo, presentamos a continuación los problemas específicos que en relación a cada uno de ellos provoca el arbitraje ***on line***.

En relación al convenio arbitral normalmente se exige la forma escrita como requisito constitutivo en la formalización del mismo. Tanto los derechos nacionales como las Convenciones internacionales entre las que cabe contar significadamente el convenio de Nueva York de 1958, Art. II y el Convenio de Ginebra de 1961, Art. 1.2. a, exigen la forma escrita, aunque se atribuya una relativa amplitud en la conformación del convenio, no solamente en los documentos firmados por las partes, sino contenidos en un canje de cartas o telegramas (Nueva York) o contenidos en un intercambio de cartas telegramas o comunicaciones por teleimpresor (Convenio de Ginebra). Y mucho más explícitamente en el Art. 6 de la Ley Española de arbitraje que dice en su párrafo 2 que "se entenderá que el acuerdo se ha formalizado por escrito no sólo cuando esté consignado en un único documento suscrito por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje".

Considerando por lo común que la exigencia de forma lo es únicamente ***ad probationem*** y no ***ad solemnitatem***, es válida en principio la suscripción del convenio arbitral por medios electrónicos desde el momento que se contesta aceptando la propuesta. El problema radicaría únicamente en aportar los elementos de prueba necesarios para mostrar la inequívoca voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Trasladado al medio electrónico ello significa que exista un registro duradero sobre las declaraciones de voluntad efectuada. Mayor dificultad tendría la asimilación al requisito de forma escrita de la aceptación de un arbitraje instituido a través de una página ***web*** o como cláusula inserta en condiciones generales de contratación, aunque en principio le sería aplicable idéntica regla a***d probationem***.

Caso distinto al del problema planteado por la exigencia de forma escrita es el relativo a la vigencia de normas imperativas en materia de contratos a distancia o de contratos de consumo en los cuales entraría la necesidad de proteger al consumidor o del contratante a distancia mediante el principio de no elusión de estas normas imperativas y otros aspectos relacionados con la ley aplicable al convenio y la protección del consumidor dispensada en los contratos de adhesión.

En lo que concierne a la firma, tanto la jurisprudencia interna como la internacional, que se ha hecho mayoritariamente del Convenio de Nueva York la firma manuscrita no siempre es exigible siempre que quede constancia de las declaraciones de voluntad y se identifique al autor de la misma. Es así que puede afirmarse que en líneas generales un intercambio de mensajes de declaraciones de voluntad por medios electrónicos, en cualquiera de sus manifestaciones, debe entenderse como satisfacción del requisito de la forma escrita para el convenio electrónico.

La Ley española sobre Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico confirma ya de manera clara e indubitada la asimilación de la forma escrita al intercambio de mensajes por medios electrónicos, aludiendo específicamente en su Art. 32.2 a que "en los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos... podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica". Con carácter general la ley, (Art. 32.1) prescribe que "el prestador y el destinatario de los 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 o usuarios y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de los Códigos de conducta u otros instrumentos d autorregulación". Este precepto transpone el Art. 17 de la Directiva 2000/31/CE.

En relación al procedimiento, la peculiaridad del medio electrónico impone asimismo la adopción de ciertas cautelas y soluciones que son connaturales a la forma en que se producen los actos en curso de procedimiento y de su notificación a las partes.

El convenio tiene la eficacia sustantiva que se materializa en la constitución del tribunal arbitral y la eficacia procesal consistente en el apartamiento ***ex oficio judiciis***, mediante el planteamiento de la oportuna excepción de incompetencia. Este es el derecho común del arbitraje a lo cual no puede legítimamente sustraerse cualquier arbitraje ***on line***. La constitución del tribunal arbitral acarrearía dificultades añadidas por el hecho de que no siempre es posible proceder al nombramiento de los árbitros en una línea similar al arbitraje convencional. Es por ello que las realizaciones del arbitraje on line conocidas en el momento parten de la circunstancia de que las partes no puedan elegir los árbitros aunque sí recusarles por parcialidad o independencia. Se llegaría así a una suerte de tribunal preconstituido con escasa o nula participación de las partes en su nombramiento. Aunque en buena lógica nada debería de impedir establecer sistemas a través del lenguaje interactivo para que los mismos actos de nombramiento tanto de las partes, como de los árbitros nombrados o de la institución arbitral actuante, en su caso, se puedan materializar siempre y cuando consten inequívocamente, se identifique su autoría y exista constancia de estas declaraciones en registros duraderos.

En lo que concierne a los poderes de los árbitros tanto en curso de procedimiento como en la decisión final, el arbitraje por medios electrónicos o ciberarbitraje otorgaría una mayor libertad de acción a los árbitros estableciendo plazos flexibles en función de las circunstancias de la controversia.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho los diversos actos procesales tanto de las partes como de los árbitros deberán discurrir con arreglo al procedimiento pactado al cual se han unido las partes previamente o constituye un reglamento institucionalizado al que se remite. Debe hacerse notar la circunstancia común a todas las declaraciones de voluntad por medios electrónicos de que deberá acreditarse por los medios electrónicos de prueba la autoría del contenido del mensaje mediante, normalmente, la atribución de una clave fidedigna que acredite estos extremos. Por lo demás, las declaraciones de voluntad deben ser notificadas fehacientemente so pena de vulnerar los derechos de defensa que asisten a las partes en todo momento del procedimiento.

Existen no obstante dificultades que se derivan de la característica del medio electrónico utilizado. Así, determinados elementos de prueba no podrán realizarse sino a través de una actuación directa y, llamémosle, convencional de los árbitros y de las partes. Es posible que también en un arbitraje convencional determinadas fases o actuaciones del procedimiento puedan ser llevadas a cabo por medios electrónicos, siempre y cuando exista acuerdo de las partes y lo permita la ley de procedimiento aplicable y siempre que no se menoscabe el derecho de información y en general los derechos de defensa de las partes.

Aspecto importante es el de la confidencialidad de los actos procesales sobrevenidas en el curso del procedimiento. Es posible establecer un proceso de cifrado y código secretos sobre toda la información propia del arbitraje que se desarrolla, mediante la apertura de una página web que contiene toda la información relativa. En este sentido cabe mencionar la experiencia del ***Cibertribunal*** sobre la base de la ley modelo de **UNCITRAL** y del reglamento **CCI** con la única salvedad de su adaptación a las peculiaridades del arbitraje telemático. Un expreso reconocimiento de la charla interactiva o chateo puede conducir a esta adaptación.

En la práctica, las comunicaciones de las partes con el Tribunal y recíprocamente son objeto de reconocimiento por diversos reglamentos, entre los cuales cabe mencionar el de la CCI que admite ya la comunicación electrónica a través de cualquier medio de telecomunicación que deje constancia del envío. En el mismo sentido operaría la práctica de los formularios electrónicos y el establecimiento de ***Chats Rooms*** y vídeo conferencias, según la experiencia del ***Cibertribunal***.

De mucha mayor enjundia es el problema relativo al supuesto de un arbitraje internacional o con elementos de extranjería, en lo que respecta al Derecho aplicable al procedimiento. Dada la natu-

ral deslocalización que comporta la actuación ***on line*** y la desconexión entre el elemento físico y el lugar donde se produce la declaración de voluntad, puede inferirse que en principio no sea posible recurrir a un criterio de conexión territorial como ocurre en el arbitraje convencional. No obstante y dejar buena constancia de que la deslocalización del arbitraje no es algo que afecte privativamente a su versión telemática o electrónica, siendo por lo demás atribuible al arbitraje internacional en sí mismo considerado, el lugar de la sede puede ser impuesto convencionalmente en el ejercicio de la autonomía de voluntad de las partes o por determinación del código de conducta o de la página ***web*** que incorpora el reglamento aplicable al procedimiento.

En relación al laudo. Esta fase comporta en el Derecho del arbitraje convencional tres tipos de problemas: la formación de la voluntad arbitral materializada en el laudo; el Derecho aplicable al fondo del asunto y el lugar de emisión del laudo a los efectos de ejecución o de recurso.

Muchas legislaciones internas de arbitraje y la Convención de Nueva York, Art. IV 1.a, exigen la presentación del original del laudo debidamente autenticado o una copia de este original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. La dificultad se acrece cuando, a tenor de ciertas legislaciones, se exigen formas solemnes para la emisión del laudo, como sería el caso de la legislación española anterior que imponía que el laudo se dictase ante Notario (requisito abolido en la ley vigente de Arbitraje).

Ante estas circunstancias, el arbitraje telemático debe acomodarse para cumplir con los requisitos de forma establecidos. Vale aquí reproducir lo dicho anteriormente respecto de la forma escrita del convenio arbitral, pudiendo en consecuencia introducir la intervención de las autoridades de certificación de mensajes y firmas electrónicas, que sean a su vez recogidas por Notario para cumplir con este requisito. Cuando esta forma solemne no es exigible no obstará para su autenticidad el hecho de que el laudo pueda contenerse en medios electrónicos siempre y cuando conste indubitadamente el cumplimiento de los requisitos de autenticidad, completud del contenido y confidencialidad garantizados por los medios electrónicos y sistemas asociados establecidos en la legislación de los servicios de la sociedad de la información, de firma electrónica o de seguridad en la red.

Relativa importancia tiene en este aspecto el lugar de emisión del laudo frente a la mentada deslocalización del ciberarbitraje. Partiendo de la idea sustancial de que se trata de una ficción, el problema puede ser resuelto bien por las partes, bien por los propios árbitros en el ejercicio de sus poderes, bien por la norma procedimental aplicable y contenida en la página web que materializa las operaciones del arbitraje telemático.

Mayor problema tendría lo concerniente al Derecho aplicable al fondo, habida cuenta de la misma circunstancia de deslocalización y de difuminación de los criterios o conexiones físicas en la determinación del Derecho aplicable. En este sentido cabe mencionar, con independencia del ejercicio de la ley de autonomía en la forma señalada y de la potestad de los árbitros para establecer en su defecto la ley aplicable al fondo, que existe en la materia, como hemos dejado señalado en otro lugar, una abundante aplicación de normas extra estatales. Lo cual si bien es común al desarrollo y tendencias al arbitraje internacional **(*lex mercatoria*, UNIDROIT)** aparece reforzado en el ciberarbitraje y en la contratación electrónica en los que emerge un remedo similar bajo la etiqueta de ***lex elettronica*** que contiene precisas puntualizaciones acerca del Derecho aplicable al fondo. En el mismo sentido, la ley Española de servicios de la información.

En relación a la fase post arbitral. En esta fase del arbitraje, dos son los problemas que es preciso dilucidar. Por un lado la vía de recurso pertinente contra laudos; en segundo lugar la ejecución del mismo tanto en el fuero interno como a través de fronteras, si reúne los requisitos exigidos por los instrumentos internacionales, y en particular la Convención de Nueva York para la ejecución de laudos extranjeros o internacionales.

Respecto del primer tema la vía de recurso vendrá determinada por la ley aplicable al arbitraje. En la práctica del ***Cibertribunal*** la decisión es final y sin apelación posible. En este aspecto hay que obrar con cautela por cuanto la irrecurribilidad del laudo podría entrañar, según la ley aplicable, una denegación de justicia o vulneración de los derechos de tutela judicial efectiva.

En cuanto a la ejecución propiamente dicha y resuelto el problema de la deslocalización del tribunal arbitral, habrán de seguirse los trámites y exigencias de la ley aplicable al arbitraje que en este supuesto no distingue que el arbitraje haya sido realizado conforme a los medios electrónicos. El laudo tiene la eficacia de cosa juzgada según la doctrina del equivalente jurisdiccional que anteriormente hemos mencionado.

3.- Realizaciones del arbitraje en línea

Como un propio servicio de la sociedad de la información, el desarrollo de Internet y de sus aplicaciones ha propiciado el que a través de la propia red se ofrezcan servicios de arbitraje para resolver controversias, tanto sobre materias específicas de los servicios en red como todas aquellas relativas a los aspectos susceptibles de arbitrajes.

Como realizaciones prácticas del arbitraje en red podemos mencionar:

1- El denominado ***Virtual Magistrate Projet***. Establecido en principio para resolver controversias en línea a petición de los administradores de sistemas en relación al ejercicio de estas actividades y mas concretamente sobre propiedad intelectual e industrial, fraude, informaciones difamatorias, etc., y que es más bien propio de la autoregulación que el carácter de red descentralizada de Internet ha impuesto en la práctica. No se trataría propiamente de un arbitraje sino de reclamaciones ante los propios proveedores de servicios o administradores de sistemas, sin carácter heterocompositivo y siempre en el marco de lo que éstos pueden hacer, por ejemplo eliminar un contenido ilícito o difamatorio u otras similares.

2- La experiencia del denominado ***Cibertribunal*** después integrado en el sistema ***e-resolution***. La experiencia del ***Cibertribunal*** que se basaba, fundamentalmente, en el reglamento de **UNCITRAL y CCI** fue provechosa en un principio por cuanto significó una de las primeras aportaciones a las peculiaridades del arbitraje en línea. Se pusieron en práctica los elementos propios de los medios electrónicos, tales como formularios, páginas ***web*** específicas, correo electrónico y sistemas de charla interactiva para intercambio de comunicaciones entre partes y tribunal y una tendencia a preconstituir la ***lex elettronica*** en el Derecho aplicable al procedimiento.

3- El reglamento de 1998 de la CCI, aunque no establece un pleno arbitraje en línea, sí que admite la comunicación electrónica y la documentación en línea aunque queden importantes problemas por resolver, en especial los relativos a la confidencialidad, la imposible digitalización de ciertos medios de prueba y la forma del laudo para su ejecutabilidad interna e internacional.

4- Arbitraje de la OMPI. Es la experiencia más consagrada en la práctica del arbitraje ***on line*** y que se lleva a cabo a través de la figura de un arbitraje institucionalizado por este organismo con sede en Ginebra. A él hemos tenido ocasión de referirnos anteriormente pues constituye hoy en día un medio común en la dirimencia de conflictos sobrevenidos como consecuencia de los nombres de dominio en relación a marcas o nombres comerciales preestablecidos o por establecer. Algunos problemas típicos del arbitraje telemático, como es el de la localización de la sede arbitral, aparece resuelto por el Art. 176 del Reglamento de la OMPI.

El sistema prevé tres tipos de procedimientos: administrativos, mediación en línea y arbitraje administrado por el centro de arbitraje y mediación de esta entidad internacional de protección de la propiedad intelectual.

5- Es de prever que la implantación y progresiva implementación de la sociedad general de la información produzcan la expansión del arbitraje en línea con el objetivo de otorgar seguridad jurídica a las transacciones derivadas del comercio electrónico. La comunicación de la Comisión europea sobre la decisión extrajudicial de litigios en materia de consumo y la recomendación 98/257/CE de 30 de Marzo de 1998 aconsejan la utilización de esta vía en relación a los contratos de consumo, en salvaguardia de los derechos de los consumidores.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GRAU G. La firma electrónica como medio de pruebas. Valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas, Cuadernos de Derecho y Comercio, nº 13/94, págs. 11 y ss.

ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática, Pamplona, Aranzadi, 1999.

ANTEQUERA PARILLI, R. El nuevo Tratado de la OMPI sobre derecho de autor., ADI, t XVIII, 1997, págs. 47-72.

ARANA ANTELO, A.: La protección jurídica de los programas de ordenador: el nuevo Derecho europeo, Derecho de los negocios, nº 14, 1991, pág.23 y ss.

ARROYO LLANES, L. M.: El Derecho a la autodeterminación informativa frente a las Administraciones Públicas, RAAP, nº 16, octubre-diciembre de 1993.

ARSIC, J.: International Commecial Arbitration on the Internet, Journal of International Arbitration, vol.14, 1997, págs. 209-221.

ASÍS ROIG, A.E.: Comentario al Artículo 52 de la Ley General de Telecomunicaciones en ellibro coordinado por E. García de Enterría y T. Quadra-Salcedo, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones, Madrid, Civitas, 1999.

AUTERI, P.: Internet ed il contenuto del diritto d'autore, AIDA, vol. V., 1996, págs. 83-100.

BALLARINO T.: Internet nel mondo della legge, Padua, CEDAM, 1998.

BANGEMAN:Europa y la sociedad global de la información, Bruselas, 26 de mayo de 1994.

BARBARISI, M.: La tutela della propietà intellettuale, en E. Tossi (coord.) I Problemi Giuridici di Internet, Milán, Giuffrè, 1999, págs. 135-173.

BARIATTI, S.: Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore, AIDA, vol. V, 1996,págs. 59-82.

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

BAYLOS CORROZA, H.: Tratado de Derecho Industrial, Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual, Derecho de la Competencia Económica, Disciplina de la Competencia Desleal, Madrid, Civitas, 1993.

BENSOUSSAN, A.: Le multimédia et le Droit, París, Hermes, 1998.

BERCOVITZ, A.: La propiedad intelectual en las autopistas de la información, Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley, Actualidad-Ministerio de Fomento, 1997, págs. 891-906.

BORDONE, R.C.: Electronic Online Dispute Resolution: A System Approach-Potential, Problems, and a Proposal, Harward Negotiotion Law Review, vol. 3, 1998, págs. 175-211.

BOUTARD LABARDE, M. Ch.: Internet et Droit de la concurrence, en el libro colectivo « Internet saisi par le droit », travaux de l'A.F.D.I.T. Bajo la dirección de X. Linant de Bellefonds, Parqués, 1997, págs. 95 y ss.

BOZEMAN, A.B.: The international order in a multicultural world, en H. Bull y A. Watson (comps), The expansion of international society, Oxford, Oxford University Press, 1984.

CALLOL GARCÍA, P.: La Garantía de acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector, RAP, nº 149, mayo/agosto de 1999.

CAPRIOLI, E.A.: Le régime juridique des paiements sur Internet, en el libro colectivo « Internet saisi par le droi », travaux de l'A.F.D.I.T. Bajo la dirección de X. Linant de Bellefonds, Parqués, 1997, págs. 61 y ss. Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (L'experience du Cybertribunal),Arb, 1999, págs. 22-248.

CARBAJO CASCÓN, F.: Conflictos entre signos distintivos y nombres de dominio en Internet. Prólogo de E. Galán Corona, Pamplona, Aranzadi, 1999.

CASTEJÓN MARTIN, L.: Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual e Internet, Madrid, Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, 1998.

CASTELLS, M.: La era de la información, Madrid, Alianza, 1996.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: Communication de la Commision au Conseil et au Parlement. L'organisation et la gestion de l'Internet, Enjeux internationaux et européens 1998-2000.

Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones: Iniciativa europea de comercio electrónico, 12 de abril de 1997.

CONSEIL D'ÉTAT: Internet et les réseaux numériques, París, La Documentation Française, 1998.

CRESPO HERNÁNDEZ, A.: Precisión del forum delicti commisi en los supuestos de los daños contra la persona causada a través de la prensa, La Ley-Comunidades Europeas, 1995, nº 96, págs. 1-7.

CHILLON MEDINA, J.M. -El Derecho ante Internet y la Sociedad de la Información.- En "Derecho internacional de los negocios".- Libro homenaje a Fernando Hinestrosa. Cuarenta años de Rectoría 1963-2003.Publicación de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2003.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, en Aranzadi Actualidad Informática, nº 34, enero de 2000. Manual de derecho informático, Pamplona, Aranzadi, 1997.

DELORS, J.: Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI, Libro Blanco, Luxemburgo, Comisión Europea, 1994.

DICKIE, J.: Internet and Electronic Commerce Law in the European Union, Oxford, Hart Publishing, 1999.

DORNEY, M. S.: Privacy and the Internet, 19 Hastings Comm. & Ent. L. J. 635, 1997.

DUFOUR, A.: Internet, París, PUF, 1998.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION: On the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, 14238/99.

FERNÁNDEZ, L. D.: Perspectivas de la regulación de redes y servicios multimedia. Derecho de las Telecomunicaciones, La Ley Actualidad, Ministerio de Fomento, 1997,págs. 940-948.

FERNÁNDEZ MASÍA, E.: La protección internacional de los programas de ordenador, Granada, Comares, 1996.

FILLON F.: Préface del libro colectivo "Internet saisi par le Droit", travaux de l'A.F.D.I.T. bajo la dirección de X. Linant de Bellefonds, Parqués, 1997.

GENDREAU, Y.: Le droit de reproduction el l'Internet, RIDA, 178, octubre de 1998, págs. 3 y ss.

HUET, J. Commerce electronique: contrats et responsabilités, en el libro colectivo » Internet saisi par le droit », travaux de l'A:F.D.I.T. bajo la dirección de XC. Linant de Bellefonds, Parqués, 1997, págs. 51 y ss.

ILLESCAS ORTIZ, R.: La firma electrónica y el real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre. Derecho de los Negocios, octubre de 1999.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: La garantía constitucional del secreto de la comunicaciones, REDC, nº 20, 1987.

MARTÍN REPORTILLO BAQUER, L.: "Secreto de las comunicaciones y protección de los datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de telecomunicaciones, comentario a los artículos 49 a 51 de la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998, de 24 de abril)" en el libro colectivo coord. Por E. García de Enterría y T. Quadra Salcedo, Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998 de 24 de abril), Madrid, Civitas, 1999.

MARTÍNEZ NADAL, A. Comercio electrónico, firma electrónica y autoridades de certificación, Madrid, Civitas, 1998.

MIGUEL ASENSIO, P.A. DE: Contratos internacionales sobre propiedad industrial, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2000.

MORÓN LERMA, E.:Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red, Pamplona, 1999.

OLIVÁN AVILÉS, M.: "Aspectos jurídicos del mercado de servicios de información", en el libro colectivo X Años de Encuentros sobre Informática y Derecho, 1996-1997, coord., por M.A. Davara Rodríguez, Pamplona, Aranzadi, 1997.

OMPI: La gestión de los nombres y direcciones de Internet: cuestiones de propiedad intelectual. Informe final sobre el Proceso de OMPI relativo a los Nombres de Dominio de Internet, http://wipo2.wipo.int, 30 de abril de 1999.

ROGEL VIDE, C. (coord): Nuevas tecnologías y propiedad intelectual, Madrid Reus, 1999.

SÁINZ MORENO, F.: "Secreto e información en el Derecho público" en el libro Homenaje a E. García de Enterría, vol. III,págs. 2904 y ss.

SÁNCHEZ BLANCO, A.: Internet, Sociedad, empresa y poderes públicos, Granada, Comares, 1999.

SUÑE LLINAS, E.: " La protección de la intimidad en el sector de las Telecomunicaciones", en el libro colectivo XII Encuentros sobre Informática y Derecho, 1998-1999, Pamplona, Aranzadi, coord. por M.A: Davara Rodríguez, 1999.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: "Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el cyberespacio. Derecho de los Negocios", La Ley, nº 115, abril de 2000, págs. 1-26.

DOCUMENTACIÓN BÁSICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 20 de marzo de 1985, asunto 41/83, British Telecom

Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones, COM (87) 290, de 30 de junio de 1987.

Directiva de la Comisión 88/301/CEE, de 16 de mayo, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, DOCE L 131, de 27 de mayo de 1988.

Directiva de la Comisión 90/388/CEE, de 28 de junio, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, DOCE 1990 L 192, de 24 de julio de 1990.

Directiva del Consejo 90/387/CEE, de 28 de junio, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de Telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de Telecomunicaciones, DOCE 1990 L 192, de 24 de julio de 1990.

Sentencia del Tribunal de Justicia, de 17 de noviembre de 1992, asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 Y C-289/90.

Directiva 94/46/CE de la Comisión, de 13 de octubre de1994, por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE en especial con relación a las comunicaciones por satélite, DOCE L268, 19 de octubre 1994.

Directiva 95/51/CE de la Comisión, de 18 de octubre de 1995, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE con respecto a la supresión de las restricciones a la utilización de las redes de televisión por cable para la prestación de servicios de telecomunicaciones ya liberalizados, DOCE L 256, 26 de octubre 1995.

Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales, DOCE L 20, 26 de enero de 1996.

Libros Verdes sobre las infraestructuras: I Parte: "***Principios y Calendario***" COM (94) 440, 25 de octubre de 1994, y II Parte: "***Un enfoque común en materia de provisión de infraestructuras en la Unión Europea***" COM (95) 431 final, 10 de octubre ó 21 de enero de 1995.

Directiva de la Comisión 96/19/CE, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, DO L 74/13 de 22.3.96.

Directiva 97/13/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 17 de junio de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, DO L 117/15, de 7 de mayo de 1997.

Directiva 97/33/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en telecomunicaciones y a la garantía del servicio universal y de la interoperabilidad por la aplicación de los principios de suministro de una red abierta (ONP), DO L 199/32, de 26 de julio de 1997.

Directiva 98/61/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998, por la que se modifica la Directiva 97/33/CE en lo que se refiere a la portabilidad de los números entre operadores y la preselección de operador, DO L de 3 de octubre de 1998.

Comunicación de la Comisión, “El servicio universal de telecomunicaciones ante la perspectiva de un entorno plenamente liberalizado. Un elemento fundamental de la Sociedad de la Información” COM (96) 73 final, de 13 de marzo de 1996.

Comunicación de la Comisión relativa a los criterios de evaluación de los sistemas nacionales de cálculo de costes y de financiación del servicio universal de telecomunicaciones y directrices para los Estados miembros sobre al aplicación de dichos sistemas, COM (96) 608 final, de 27 de noviembre de 1996.

Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, COM (1996) 443 final, de 11 de septiembre de 1996.

Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa, COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000.

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), COM (97) 623 final.

Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de datos de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, DO L de 23 de noviembre de 1995.

Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la protección de los datos personales y de la intimidad en relación con el sector de las telecomunicaciones y, en particular, la red digital de servicios integrados (RDSI) y las redes móviles digitales públicas, DO L 24/1, de 30 de enero de 1998.

Directiva 98/10/ce del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, DO L 101 de 1 de abril de 1998.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, y al Comité de las Regiones, Hacia un nuevo marco para las infraestructuras de comunicaciones electrónicas y los servicios asociados: Revisión de 1999 del sector de las comunicaciones, COM (99) 539 final, de 10 de noviembre de 1999.

Reglamento del Parlamento y del Consejo sobre el acceso desagregado al bucle local, DO 336, de 30 de diciembre de 2000.

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 (Directiva Marco). DOCE L. 108/33 de 24 de abril de 2002.

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). DOCE L 108/7 de 24 de abril de 2002.

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). DOCE L 108/21 de 24 de abril de 2002.

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). DOCE L 108/51 de 24 de abril de 2002.

Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Decisión n.º 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.