

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



LAS BASES LEGALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA U.E.

Emiliano García Coso



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Emiliano García Coso

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

LAS BASES LEGALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA U.E.*

Emiliano García Coso**

RESUMEN: Este artículo se dirige principalmente a las empresas o prestadores de servicios en un intento de ofrecerles una panorámica de las obligaciones que les impone este marco regulador comunitario, así como a los destinatarios del servicio en tanto sujetos beneficiados de un determinado nivel de protección.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, comercio electrónico, *catching*.

SUMARIO: 1. Introducción.– 2. Principios.– 3. Obligaciones comerciales.– 4. Obligaciones contractuales.– 5. Responsabilidad intermediarios «mere conduit» y «catching».– 6. Litigios: solución extrajudicial y judicial.

1. Introducción

El desarrollo del comercio electrónico como factor de crecimiento económico, especialmente para la PYMES, y como factor de competitividad de la industria europea precisa eliminar dos grandes obstáculos. Por un lado, los Estados miembros y la Comisión Europea deben garantizar que Internet y las tecnologías que lo soportan sea accesible no sólo a las empresas sino también a los ciudadanos. Por otro, la ausencia de una regulación a nivel europeo se constituye como frontera legal para una generalización de Internet y los servicios que lo integran.

En este sentido, la aprobación de la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico en el mercado interior ha supuesto un paso esencial para que la Comunidad Europea, y especialmente, los prestadores de servicios y usuarios puedan eliminar los obstáculos legales impuestos por la existencia de 15 legislaciones distintas. El objetivo de la Directiva es armonizar las condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios en el espacio europeo. Sin embargo, este objetivo es de difícil consecución habida cuenta que Internet es un espacio virtual transfronterizo y de alcance universal que requiere de una regulación internacional más que regional, como sería el caso de la Europea.

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 2002.

** Doctor en Derecho. Profesor «Jean Monnet» de Derecho Comunitario e Internacional. Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

No obstante, esta Directiva sobre comercio electrónico debe ser valorada positivamente en tanto referente jurídico que los Estados deben adaptar en sus legislaciones y como orientación para los prestadores de servicios. Este artículo se dirige principalmente a las empresas o prestadores de servicios en un intento de ofrecerles una panorámica de las obligaciones que les impone este marco regulador comunitario, así como a los destinatarios del servicio en tanto sujetos beneficiados de un determinado nivel de protección.

2. Principios

La Directiva que tendrá efecto en cada uno de los Estados miembros que integran el espacio comunitario antes del 17 enero del 2002, establece los requisitos que los prestadores de servicios deben cumplir para iniciar y ejercer su actividad. El principio que rige es la libertad de prestación de servicios y de establecimiento. Pero introduce una cláusula de salvaguarda a favor de los Estados miembros que les permite adoptar medidas que restringen esta libertad, aunque deben ser supervisadas por la Comisión. En concreto, los Estados miembros podrán restringir la prestación de un determinado servicio por medios electrónicos si son contrarios al orden público, salud pública, seguridad pública y protección de los consumidores, incluyendo sorprendentemente en esta última categoría a los inversores.

No obstante lo anterior y en la línea de garantizar la máxima libertad para los prestadores de servicios se elimina para acceder a esta actividad cualquier autorización previa o cualquier otro requisito que produzca efectos equivalentes para los prestadores de servicios. En este sentido, el gobierno español debería replantearse el requisito para los prestadores de servicios vinculados con la firma electrónica de inscribirse en un Registro administrativo en el Ministerio de Fomento, puesto que puede suponer una medida encubierta que obstaculiza o dificulta la prestación de servicios en este sector por empresas europeas.

La flexibilidad introducida por el principio de no autorización previa se atenúa ante la información que el prestador de servicios debe proporcionar no sólo al destinatario del servicio sino también a las autoridades competentes. Esta obligación supone un coste añadido para los prestadores de servicios habida cuenta que deben facilitar no sólo su nombre, su dirección geográfica, señas que permitan una comunicación directa y efectiva con él, sino también los datos registrales del país de origen, si están sujetos a autorización los datos de la autoridad de supervisión y si son

prestadores de servicios sujetos a regulaciones profesionales, deben proporcionar los datos del colegio profesional, título profesional y normas de autoregulación de estas profesiones, así como si su actividad está gravada por el IVA. Esta última cuestión no se comprende excesivamente bien teniendo en cuenta que la Directiva excluye de su campo de aplicación las cuestiones fiscales.

3. Obligaciones comerciales

Los servicios que prestan las empresas en Internet cubren una amplia variedad de actividades en línea que van de la mera información en línea, la publicidad en línea hasta las compras o contratación de mercancías en línea. Para reforzar esta actividad se entiende que es indispensable iniciar o mantener comunicaciones o contactos comerciales. Estas comunicaciones son esenciales para financiar los servicios directos e indirectos de los prestadores de servicios e incrementar los mismos.

Con relación a estos contactos comerciales los prestadores de servicios deben asumir un conjunto de obligaciones de distinto alcance. Con carácter general la empresa encargada de las comunicaciones comerciales debe identificar esta naturaleza así como la titularidad o responsable de las mismas. Esta obligación se extiende también, cuando se permiten en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, a las ofertas y concursos o juegos promocionales, que en ningún caso pueden comprender juegos de azar, loterías y apuestas que supongan una participación monetaria.

A esta obligación para los prestadores de servicios encargados de las comunicaciones comerciales se suma la observancia regular de las listas de exclusión voluntaria o "opt-out" cuando se trate de comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico. El principal problema de esta obligación estriba en que algunos Estados miembros permiten estas comunicaciones comerciales no solicitadas mientras otros obligan a respetar las listas de exclusión. La existencia de diversas listas en función del Estado miembro afectada supondrá un coste muy importante para este tipo de empresas que incitará a eludir esta obligación. Por ello, sería conveniente crear una lista a nivel europeo o un organismo supranacional que garantice esta obligación.

Cuando la comunicación comercial tiene su origen en un prestador de servicios encuadrado en una profesión regulada, este prestador debe garantizar el respeto de las normas profesionales. Pero una vez más se

plantea el problema de diversidad de normas profesionales que deberían cumplirse habida cuenta de la naturaleza transfronteriza del servicio en Internet. Esta cuestión se pretende solventar por la vía de crear códigos de conducta aplicables en el plano comunitario o de autorregulación. Sin embargo, esta empresa es a largo plazo y, sin lugar a dudas, generará dificultades y problemas a escala no sólo europea sino también a nivel internacional. En el plano económico, los problemas de respeto de las normas profesionales o la intervención, siempre interesada, de los Colegios Profesionales puede suponer un importante freno para la generalización de este tipo de servicios profesionales en red.

4. Obligaciones contractuales

Una parte importante del volumen de negocios facturado por los prestadores de servicios en Internet se encuentra adscrita a la celebración de contratos por vía electrónica. La Directiva pretende favorecer los cauces legales para su celebración imponiendo la obligación para los Estados miembros de suprimir los obstáculos derivados de los distintos regímenes jurídicos aplicables a los contratos.

En este sentido, la Directiva sobre comercio electrónico viene a complementar a la Directiva sobre firma electrónica de 1999 instaurando los criterios necesarios para garantizar la validez y eficacia jurídica de una operación comercial cerrada por vía electrónica. No obstante, a la hora de celebrar un contrato vía electrónica es preciso señalar que determinadas materias contractuales pueden quedar excluidos en función de cada uno de los Estados de esta vía contractual. Así, los contratos de creación o transferencia de derechos inmobiliarios, los que requieran intervención de fedatario público, los contratos de crédito y caución y los que incidan en el ámbito del Derecho de familia o sucesiones.

Al margen de estas exclusiones en la vía contractual electrónica, los prestadores de servicios incurso en una actividad contractual en la red debe asumir distintas obligaciones en función del sujeto destinatario del contrato electrónico o parte contratante. En el caso que se trate de consumidores finales, los prestadores de servicios se encuentran obligados a asumir garantías adicionales con carácter previo a que se efectúe el pedido. Entre estas garantías, el prestador de servicios ha de hacer constar los pasos técnicos para celebrar el contrato, si el mismo se va a registrar las condiciones de disponibilidad de acceso al registro, los medios técnicos de tratamiento y corrección de datos y lenguas del mismo.

A estos requisitos se suman la inserción de los códigos de conducta a los que esté sujeto el prestador de servicios y las condiciones generales. Cuando el contrato entra en la fase de ejecución del pedido, el prestador debe garantizar que el consumidor final acusa recibo del pedido sin demora y acceso a la mercancía o producto.

No obstante, estas obligaciones pueden obviarse si los contratos son celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual. Esta cláusula de escape favorece los intereses comerciales y económicos de los prestadores de servicios. Sin embargo, incrementa los riesgos para el consumidor final habida cuenta que la celebración del contrato, en sí mismo, se realiza por correo electrónico sobre la base de la información recibida o buscada con carácter general en el sitio web. Esta cláusula parece encuadrarse más en las relaciones entre el prestador del servicio y otro profesional que en los términos de la Directiva es denominado como destinatario del servicio. En estas circunstancias, en los contratos electrónicos que se celebren con partes que no son consumidores, esto es, destinatarios de servicios, las obligaciones anteriores de los prestadores de servicios quedan sujetas a la negociación que se entable con el destinatario del servicio para consumir la relación contractual.

5. Responsabilidad intermediarios «mere conduit» y «caching»

En el contexto del comercio electrónico es indispensable la existencia de prestadores de servicios cuya función se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación donde se almacena o transmite información suministrada por terceros. Desde el ángulo de la responsabilidad, esta recae sobre los terceros titulares de la información disponible en el portal o sitio web, siempre y cuando los intermediarios asuman y respeten una serie de condiciones que varían en función si se dedican a la mera transmisión o "mere conduit" o al almacenamiento automático, provisional y temporal o "caching".

Los prestadores de servicios cuya actividad sea la mera transmisión de datos sólo quedarán exentos de responsabilidad si prueban que los datos con contenido ilícito no los ha transmitido él mismo, no ha seleccionado al destinatario de la transmisión y no ha seleccionada ni modificado tales datos. En la práctica tratándose de un prestador de servicios dedicado a la transmisión va a ser difícil deslindar jurídicamente que no haya originado él

mismo tal transmisión, circunstancia que requerirá una intervención probatoria eminentemente técnica.

La responsabilidad para los prestadores de servicios dedicados a transmitir en red datos facilitados por el destinatario del servicio, también denominado memoria tampón o "caching", queda exenta si acredita que no ha modificado la información, cumple las condiciones de acceso a la información, no interfiere en la utilización lícita de tecnología sobre la utilización de la información y actúa con diligencia ante una eventual ilicitud de la misma. En los supuestos de almacenar información o datos ilícitos sólo se eximirá de responsabilidad al prestador de servicios si demuestra que desconocía el carácter ilícito de la información e interviene con prontitud para retirarla o impedir su acceso.

En todo caso, los prestadores de servicios disfrutan de una exención adicional muy ventajosa económicamente para ellos, al eliminar la obligación de supervisar los datos que transmitan o almacenen, o de realizar búsquedas activas de potenciales datos o actividades ilícitas de los destinatarios del servicio que los han contratado. No obstante, si es preciso señalar que existe la posibilidad que las autoridades administrativas o judiciales pueden iniciar acciones de cesación para impedir la difusión de datos de naturaleza ilícita o solicitar de los prestadores de servicios la identidad de los responsables de la información.

6. Litigios: solución extrajudicial y judicial

El funcionamiento correcto del comercio electrónico no sólo requiere que se armonicen el contenido y forma de las relaciones contractuales, activas y pasivas, que propician la utilización de las nuevas tecnologías sino también mecanismos de resolución de controversias.

En este sentido, la Directiva ha arbitrado un doble sistema de resolución de conflictos que cabe tildarlo como flexible. Así, por un lado, se prevé la creación en los quince Estados miembros de vías extrajudiciales de solución de litigios derivados del comercio electrónico. En consonancia, con el ámbito donde se pretende aplicar, estos mecanismos extrajudiciales, en forma de arbitraje o conciliación previa, pueden estructurarse por vías electrónicas adecuadas. En la práctica, esta solución supone crear entidades virtuales o en red de naturaleza arbitral que sean capaces de resolver conflictos derivadas del comercio electrónico. Para que este mecanismo sea eficaz será preciso la creación de instancias supranacionales arbitrales que

sean capaces de retener todo la problemática que puede suscitar un conflicto, eminentemente, de carácter transfronterizo.

Con carácter subsidiario y complementario, se prevé la adecuación de los actuales sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros para que den cabida, en sus tradicionales sistemas procesales, a las vías necesarias de resolución de controversias de naturaleza electrónica. Ello implica que los Estados tendrán que iniciar de inmediato las modificaciones oportunas en sus ordenamientos jurídicos, pero no de forma aislada sino mediante un sistema de cooperación que dé coherencia y unidad, en todos y cada uno de los Estados miembros de la U.E., a esta importante vía de solución de controversias derivadas del crecimiento del comercio electrónico.