

Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA. LA EVOLUCIÓN CARA AL FUTURO. EL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL.—III. PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. MARCO LEGAL Y SOLUCIONES JURÍDICAS: A) PROBLEMAS PLANTEADOS. B) PANORAMA LEGISLATIVO. INICIATIVAS Y ORGANIZACIONES.—IV. ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EXAMEN GENERAL PREVIO DE ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA DIRECTIVA: A) *Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.* B) *Artículo 2. Definiciones.* C) *Artículo 3. Mercado interior.* D) *Artículo 4. No autorización previa.* E) *Artículo 5. Información general exigida.* F) *Artículos 6 y 7. Comunicaciones comerciales.* G) *Artículo 8. Profesiones reguladas.* H) *Artículo 9. Tratamiento de los contratos por vía electrónica.* I) *Artículo 10. Información exigida en los contratos por vía electrónica.* J) *Artículo 11. Realización de un pedido.* K) *Artículos 12, 13 y 14. Responsabilidad de los intermediarios.* L) *Artículo 15. Inexistencia de obligación de supervisión.* M) *Artículo 16. Códigos de conducta.* N) *Artículo 17. Solución extrajudicial de litigios.* Ñ) *Artículo 18. Recursos judiciales.* O) *Artículos 19 al 24. Otras cuestiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es el intentar aproximar y establecer un estado de la situación actual del comercio electrónico en España, en la Unión Europea, y en general en el entorno internacional, analizando cada uno de los factores que intervienen en el nacimiento de esta nueva figura, su situación actual en España y el marco jurídico en el que debe encuadrarse este comercio electrónico, compaginando los principios de seguridad y de agilidad en el tráfico jurídico. Para ello y desde el punto de vista jurídico es necesario realizar una exégesis de la actual Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) COM (1998) 586 Final-98/0325 (COD). Juntamente con esta Propuesta de Directiva, se encuentra una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, aprobada definitivamente el 20 de noviembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica, existiendo además un texto nacional sobre Firma Electrónica, en virtud del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre. El objeto de nuestro trabajo va a centrarse en la citada Proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, habiendo dedicado otros dos trabajos en lo relativo a la Firma Electrónica, tanto a la Directiva, como al Real Decreto-ley citado anteriormente, pues en todo caso no debe olvidarse la íntima conexión que existe entre ambas Directivas, ya que para el desarrollo del Comercio Electrónico, en aspectos tan esenciales como los de la seguridad y confianza en el destinatario de los servicios, la firma electrónica cumple un papel esencial, como soporte tecnológico, que pueda dar fiabilidad en los principios de integridad del mensaje, autenticidad, confidencialidad y no repudiación (1). No debe olvidarse tampoco otro aspecto esencial que es el del comercio electrónico y la Administración Tributaria, creándose una comisión en el Ministerio de Economía, en la que participan otros Ministerios, entre otros el de Justicia, y cuya comisión tiene por objeto elaborar un informe con una serie de conclusiones a los efectos de ver la repercusión del comercio electrónico en el fenómeno tributario, así como buscar las posibles soluciones normativas para hacer frente a esta nueva situación.

Asimismo, se ha creado una Comisión Interministerial sobre la Sociedad de la Información, con el fin de establecer un programa de actuación, en los distintos Ministerios, frente a los futuros retos que se plantean, y que sobre

(1) GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico», en el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada*, núm. 210, octubre de 1998, págs. 2593 y sigs. Asimismo, en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Otro trabajo aún sin publicar del mismo autor, *La firma electrónica: Directiva y Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre*.

todo se van a plantear en el futuro con los servicios de la Sociedad de la Información, con la finalidad de establecer y fijar todo un conjunto de estrategias auspiciadas por la propia Administración para el fomento de la Sociedad de la Información.

En el presente trabajo se va a intentar dar una idea lo más aproximada posible del estado de situación en el que se encuentra la Proposición de Directiva sobre el Comercio Electrónico, teniendo en cuenta los distintos avatares que ha sufrido hasta el texto que ha llegado a posición común en diciembre de 1999. También será necesario, como planteamiento general de introducción al tema en cuestión, el intentar dar una visión general de lo que es y lo que significa el Comercio Electrónico, tanto a nivel europeo como a nivel internacional, teniendo en cuenta que todo el conjunto de estadísticas que se aportan en el presente trabajo son simplemente orientativas, puesto que en España no existe, ciertamente, un estudio estadístico fiable de lo que representa el Comercio Electrónico a nivel nacional, sino más bien lo que existen son estadísticas muy parciales, en determinados sectores, en donde hay una gran diferencia de resultados y de cifras, dependiendo muchas veces de las entidades que las realizan; por ello, debemos ser cautos y prudentes a la hora de manejar todo este conjunto de cifras y relativizarlas lo más posible, sobre todo desde el punto de vista nacional, ya que desde el punto de vista internacional como, por ejemplo, las provenientes de Estados Unidos, se encuentran ya más consolidadas por la mayor experiencia en las cuestiones del Comercio Electrónico, y como consecuencia con un alto nivel de fiabilidad.

Para poder establecer un primer punto de análisis de la significación del comercio electrónico, se presentó un memorándum de la Delegación francesa con ocasión del Consejo ECOFIN, en el que se precisan las orientaciones y medidas que se consideran adecuadas en el seno de la Unión Europea para el desarrollo del comercio electrónico. En dicho documento se establece «que el comercio electrónico es una oportunidad que han de aprovechar las empresas, los consumidores, la economía y las culturas europeas. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un número creciente de participantes... El comercio electrónico, un incentivo para la consecución del mercado interior europeo y para la introducción del euro... La capacidad de practicar el comercio electrónico con una moneda única, el euro, en el mayor mercado único del mundo, aportará en el plano de la competitividad a las empresas europeas ventajas considerables... Pero para que las esperanzas despertadas por el comercio electrónico sean una realidad, es preciso crear las condiciones para que los operadores (clientes y prestatarios) puedan intervenir con toda confianza... En la actualidad el comercio electrónico es objeto de una intensa actividad internacional, pero fragmentada en una multitud de foros bilaterales y multilaterales... Va-

rios textos adoptados a escala comunitaria (por ejemplo, la Directiva sobre la protección de la intimidad y de los datos personales o la Directiva sobre los contratos negociados a distancia), así como las conclusiones de la Conferencia Ministerial de Bonn, de julio de 1997, plantean las primeras bases de un marco armonizado para el desarrollo del comercio electrónico y el fundamento de una posición internacional de la Unión Europea... Así parece urgente determinar a escala comunitaria, no sólo una doctrina para crear un marco normativo que estimule el comercio electrónico europeo sino también una estrategia europea para el planteamiento de los debates internacionales que se están sucediendo muy rápidamente... Facilitar la celebración de contratos por vía electrónica y dar seguridad a las transacciones. Consiste, pues, en ayudar a establecer la confianza en los instrumentos y redes de comercio electrónico... Estas preocupaciones se refieren en particular a la identidad y solvencia de los proveedores, su ubicación física, la integridad de la información, la protección de datos de carácter personal, la ejecución del contrato, la fiabilidad de los pagos, etc.. Además, el recurso sistemático a la firma electrónica para las transacciones comerciales obliga a una compatibilidad de las infraestructuras de claves públicas dentro de la Unión Europea. Resulta pues necesario disponer, lo antes posible, de una Directiva del reconocimiento mutuo de las autoridades de certificación de dichas claves... Por lo tanto, la Unión Europea ha de concluir pronto sus esfuerzos tanto en las instancias internacionales competentes como en el marco de sus relaciones con sus socios comerciales más importantes, a fin de establecer marcos normativos coherentes a escala planetaria...»

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN ESPAÑA. LA EVOLUCIÓN CARA AL FUTURO. EL COMERCIO ELECTRÓNICO INTERNACIONAL

No cabe duda que el comercio electrónico entendido en un sentido amplio como cualquier forma de transacción o de intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, incluye no sólo la compra y venta electrónica de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor, etc. Este ha sido uno de los puntos fundamentales que se está debatiendo en el seno de la Comisión Europea en relación a la ya citada Directiva sobre determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en España, teniendo en cuenta que la idea de la Comisión plasmada en los documentos de trabajo, presentada a las Delegaciones de los Estados miembros, es que esta Directiva está hablando de la sociedad de

los servicios de la información, en un sentido amplio, y siempre teniendo en cuenta que existen otras Directivas que están relacionadas con ésta del comercio electrónico que también toca la sociedad de los servicios de información. Con posterioridad a la hora de analizar esta fundamental propuesta de Directiva, y al estudiar los aspectos jurídicos, veremos esta situación y los planteamientos de las Delegaciones a la hora de fijar el ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva.

No es fácil establecer una estadística sobre la evolución del comercio electrónico en el mundo, en Europa y en concreto en España. Los datos sobre las previsiones de la evolución del comercio electrónico en los próximos años, e incluso las estimaciones de su volumen actual son dispares. Han existido previsiones de diferentes consultoras del propio informe de la OCDE, los estudios estadísticos de la Comisión Europea y del propio consorcio Commerce Net en Estados Unidos. Según el documento de la OCDE, el volumen global del comercio electrónico ha pasado de prácticamente cero en 1995 a unos 25 millardos de dólares en 1997. Las estimaciones superan los 300 millardos para los años 2001-2002 y el billón de dólares hacia el 2003-2005. De estas cifras, el comercio B2B representa en torno al 80 por 100 del total. Según el mismo informe, Estados Unidos representaría el 80 por 100 del comercio electrónico mundial. Otras estimaciones dan unas cifras mucho más sorprendentes. Así, por ejemplo, Forrester Research, que daba a mediados de 1997 una cifra de 327 millardos de dólares en el año 2002, sólo para Estados Unidos, ha revisado al alza sus previsiones en diciembre de 1998. Según esta nueva estimación, el volumen del comercio electrónico mundial estaría entre 1,4 y 3,2 billones de dólares en el año 2003. No cabe duda de que con independencia de las cifras que manejamos, está claro que el comercio electrónico va desarrollándose poco a poco, y va a suponer un profundo impacto económico y social en los próximos años.

Desde el punto de vista español, no se pueden dar específicamente cifras fiables, debido a que aún no existe una estadística segura sobre la utilización y la importancia del comercio electrónico en España. No cabe duda que la utilización de Internet por el usuario español va a ser uno de los puntos esenciales para fijar el futuro del comercio electrónico en España. En base, por ejemplo, a la situación de las empresas presentes en Internet, clasificadas por sectores, y por tamaño según nivel de facturación y de empleo, son un punto fundamental para el presente, pero sobre todo para el futuro. En este sentido, la Asociación Española de Comercio Electrónico ha realizado un estudio cuantitativo sobre el comercio electrónico entre empresa y consumidor, en Internet, y en España y como complemento a estos resultados cuantitativos, la citada asociación realizó otro estudio cualitativo, basado en la técnica «Delphi». Según la encuesta realizada en 1998, por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación, recogándose más de 32.000 respuestas, en oc-

tubre-noviembre de 1998, usaban ordenador 8,7 millones de españoles, de ellos 6,3 millones habitualmente y 2,4 millones tenían acceso a Internet, de los cuales 1,7 millones habían accedido a la red en el último mes. El 46,8 por 100, y estamos haciendo referencia al comercio electrónico a través de la red, había tomado alguna decisión de compra de productos o servicios orientado, motivado o informado por contenidos de la web, y el 51,9 por 100 no la había tomado. El 26,5 por 100 de los encuestados han comprado en alguna ocasión productos o servicios a través de la web, no haciéndolo el 71,2 por 100; las respuestas a esta misma pregunta en el estudio del 96 eran, en cuanto al sí, el 19,4 por 100, y en cuanto al no, el 78,3 por 100. Hay que hacer resaltar también que en estas encuestas, una pregunta esencial del cuestionario hacía referencia al grado de seguridad que les merecía a los encuestados diversas transacciones tradicionales y electrónicas, dando los resultados con claridad y revelando una notable desconfianza en cuanto al sistema. La Asociación Española de Comercio Electrónico avanzó sus primeras conclusiones en el 98 de su primer estudio de comercio electrónico de empresa a consumidor en Internet, realizado sobre empresas españolas. Sobre la base de 341 empresas, el 71 por 100 de las mismas contestaba que el objetivo mayoritario de su presencia en Internet era por el momento la publicidad; el 25 por 100 era la atención al cliente, y un 35 por 100 tenían como objetivo actual la venta. De la muestra de 87 empresas que venden ya en Internet, prácticamente la mitad empezó en el 98, muy recientemente, menos de un año, y la mayoría declaraba obtener menos del 10 por 100 de sus ingresos a través de Internet, y sólo un 10 por 100 de las empresas declaraba ingresos superiores; los sistemas de pago más utilizados por estas empresas son las tarjetas (61 por 100), y la transferencia bancaria (49 por 100), seguidos del pago contra reembolso (40 por 100). En esta misma encuesta a 87 empresas españolas que hacen comercio electrónico, se expone en las respuestas cuáles son las barreras al desarrollo del comercio electrónico, destacando mayoritariamente en las respuestas como causas, los propios hábitos del consumidor, la falta de adecuación del producto a Internet como nuevo canal de distribución y la falta de información y cultura empresarial en este nuevo medio, siendo otros factores, como la velocidad de la red, los problemas de logística y distribución, mencionados en muy pocas respuestas de la encuesta. También hay que tener en cuenta el comercio electrónico entre las empresas a través del Intercambio Electrónico de Datos (EDI), teniendo en cuenta, según la revista *Código 84* de la Asociación Española de Codificación Comercial, que en octubre de 1997, el servicio EDI de la asociación alcanzó la cifra de 1.000 usuarios, siendo la comunidad EDI más grande de España y una de las más grandes de Europa. De estos 1.000 usuarios, 581 eran proveedores, 335 distribuidores y 84 distribuidores intermedios y prestatarios logísticos, y en dicha fecha se enviaban por EDI 300.000 facturas y 10.000 pedidos mensuales, con un total de 21 tipos diferentes de mensajes intercambiados.

Como conclusiones de carácter general de este estudio, entre 1999 y el año 2000, el escenario sobre el comercio electrónico está sujeto a importantes cambios, y es el inicio de una actividad totalmente novedosa y revolucionaria. En la actualidad, algunos servicios de información en Internet son gratuitos porque se pretende promocionar y dar a conocer al público, tanto los propios servicios como las empresas e instituciones que los ofrecen, pero en opinión de los expertos, próximamente se comenzará a pagar por utilizar la red, o bien se cobrará indirectamente a través de otro servicio, y desde el punto de vista de la evolución tecnológica es destacable la apuesta que hacen los expertos por la tarifa plana, por la utilización de la red, es decir, una cuota mensual fija e independiente. Continúa indicando el citado estudio que a medio plazo, el usuario español confiará en los sistemas de pago en Internet al igual que en los talones o en las tarjetas en el año 2002. Afianzándose Internet de forma progresiva, primero en la universidad, y más tarde en los colegios como una herramienta de uso generalizado; asimismo la penetración de ordenadores personales en los hogares españoles será del 50 por 100 en el 2003. Un año antes, el 20 por 100 de los hogares navegarán por Internet, y el 10 por 100 dispondrán de medios para navegar por Internet en el televisor. El 50 por 100 de las empresas de servicios y todas las empresas del sector de consumo venderán por Internet en el 2001 y el 2002, respectivamente. El desarrollo del comercio electrónico abaratará el precio de la mayor parte de los productos y el 50 por 100 de los usuarios que realicen pedidos por Internet pagarán por la red en el 2001, y el volumen de transacciones en comercio electrónico en España alcanzará los 200.000 millones de pesetas en el 2001. En este sentido, el mismo estudio hace también sus predicciones a largo plazo, es decir, para el 2004 y años siguientes, en donde, por ejemplo, la penetración de Internet será el 30 por 100 en los hogares españoles en el 2004, y la integración plena del televisor y el ordenador para imponer una verdadera televisión interactiva se producirá después del 2005, teniendo en cuenta que las redes actuales ganarán progresivamente ancho de banda, y en el 2005 se dispondrá de vídeo a la carta en Internet con calidad VHS. A partir del 2004 el ritmo de crecimiento del volumen de negocio movido por el comercio electrónico será espectacular, representando las transacciones por comercio electrónico un 10 por 100 del total de las ventas de comercio en el 2004 y el 30 por 100 del comercio tradicional o especializado venderá en Internet en el 2005, siendo los sectores con mayores posibilidades en el comercio electrónico, el del ocio en general, y el de las industrias culturales como el disco, libros, etc. Como vemos, las perspectivas, según este estudio del futuro del comercio electrónico en España son muy importantes, teniendo en cuenta todos los datos.

Existen también otra serie de datos relacionados con los usuarios de Internet en España en base a una serie de encuestas realizadas, tanto desde el punto de vista de los usuarios de Internet por sexo, por edades, por clases

sociales, así como por cada una de las Comunidades Autónomas, realizados estos datos y encuestas por el Estudio General de Medios (EGM). De esta estadística, que tiene la ventaja de ser probabilística y representativa de la población española de catorce años y más, y a pesar del considerable tamaño de muestra del estudio, más de 13.000 entrevistas por hora, lo que supone 40.000 al año, la todavía baja penetración de Internet, menos del 3 por 100 de la población tiene acceso, proporciona una muestra de internautas relativamente reducida. También del EGM, en febrero-marzo de 1999, se habla de que usan ordenador el 25,9 por 100 de la población, con carácter habitual el 18,7 por 100, tienen acceso a Internet el 8 por 100 y usan Internet el último mes el 5,8 por 100. Por Comunidades Autónomas es la Comunidad catalana, con el 12,8 por 100, la que da más acceso a Internet de su población, seguida de Madrid con el 11,2 por 100. En un informe realizado por la empresa Visa en relación con el comercio electrónico, se ha realizado una encuesta a usuarios de Internet que han realizado compras por comercio electrónico, siendo realizadas 220 encuestas, donde el 81 por 100 estaba entre veintiséis y treinta y cuatro años; el 81 por 100 también por debajo de 8 millones de ingresos brutos, siendo el 33 por 100 ingenieros, el 33 por 100 personas dedicadas a la comunicación, el 19 por 100 profesionales universitarios y un 15 por 100 otros. Como consecuencia de esta encuesta, el propio estudio Visa determina como conclusiones que en este momento la presencia española es insuficiente, y que aquéllos que lo usan, casi la mitad, desconfía de la seguridad, teniendo en cuenta que los usuarios en España tienen una experiencia de compra pequeña. Esta misma entidad Visa también expone que los sectores con proyección en el mercado de Estados Unidos para el comercio electrónico se orientan para los libros, música, reserva de viajes, paquetes turísticos, ofertas de empleo, venta de coches, etc., y que en el mercado de Estados Unidos se han puesto 589.000 millones de pesetas de capital riesgo para la puesta en marcha de 530 empresas de comercio electrónico. En dicha encuesta Visa en relación con la compra de los consumidores electrónicos en España, más de la mitad de los encuestados comenzó en 1998, el 23 por 100 ha comprado cinco veces y el 20 por 100 entre 11 y 50 veces. En cuanto al tipo de producto comprado, es el de los libros el más voluminoso, con el 71,4 por 100, seguido por el de música con el 33,3 por 100, estando también el de flores con el 14,3 por 100 y acabando por las reservas de hotel con el 9,5 por 100. En cuanto al grado de complejidad del proceso de compra electrónica, un 62 por 100 consideró que era fácil y un 23,8 consideraba difícil, y un 4,75 por 100 igual que en el comercio convencional, considerándose por los consumidores electrónicos en España, que la oferta de estos comercios electrónicos es insuficiente, así lo indicaron un 90,5 por 100 y un 76,2 por 100 realizaba la compra en comercios extranjeros, claro está, nos estamos refiriendo a la compra en comercios electrónicos. Otras conclusiones del estudio es que los sectores con proyec-

ción en España serán los de libros, música, reserva de viajes-paquetes turísticos y ofertas de empleo.

No cabe duda que las cifras, aunque no totalmente seguras, porque como hemos indicado no existe en España un tratamiento estadístico aún bien determinado, sí al menos nos revelan que es un campo que en España está empezando con unas inmensas posibilidades y perspectivas de futuro y que en definitiva es necesario ir estableciendo poco a poco el marco legal jurídico que en todos los sectores se van a dar, creando confianza en el usuario, tanto en el consumidor como en el empresario (2).

III. PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO. MARCO LEGAL Y SOLUCIONES JURÍDICAS

A) PROBLEMAS PLANTEADOS (3)

No cabe duda que la aparición de este comercio electrónico obliga claramente a replantearse muchas de las cuestiones del comercio tradicional, surgiendo nuevos problemas e incluso agudizando algunos de los ya existentes; en ese catálogo de problemas se plantea el de la validez legal de las transacciones y contratos «sin papel». Asimismo la necesidad de acuerdos internacionales que armonicen las legislaciones sobre comercio, el control de las transacciones internacionales, incluido el cobro de impuestos; la protección de los derechos de propiedad intelectual, la protección de los consumidores en cuanto a publicidad engañosa o no deseada, fraude, contenidos ilegales y uso abusivo de datos personales. La dificultad de encontrar información en Internet, comparar ofertas y evaluar la fiabilidad del vendedor y del comprador en una relación electrónica; la seguridad de las transacciones y medios de

(2) El conjunto de las cifras y estadísticas plasmadas en este trabajo proviene del Informe de Situación del Comercio Electrónico que ha sido realizado para la Secretaría General de Comunicaciones del Ministerio de Fomento desde septiembre de 1998 hasta enero de 1999, en el ámbito de la Iniciativa de Promoción e Identificación de Servicios Emergentes de Telecomunicaciones Avanzadas (PISTA). Enrique Vázquez. CIPRES-UPM. Enero 1999. También se han tenido en cuenta muestreos realizados por la empresa VISA en relación con las perspectivas del Comercio Electrónico en España, a fecha 24 de junio de 1999. Asimismo, el Estudio DELPHI en «El futuro del Comercio Electrónico en España». Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), por José M.^a Alvarez Monzoncillo, enero 1999. También las cifras aportadas por el Estudio General de Medios (EGM) relativa a los datos generales de usuarios de Internet en España, datos contabilizados hasta el período de febrero-marzo de 1999.

(3) Hay que tener en cuenta el informe ya citado en otra nota de PISTA sobre el Estudio de Situación del Comercio Electrónico en España, utilizado para parte de la redacción del epígrafe relativo a problemas planteados y el panorama legislativo, iniciativas y organizaciones.

pago electrónicos, la falta de estándares consolidados y la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles, y la congestión de Internet y la falta de accesos de usuario de suficiente capacidad.

Como vemos, del comercio electrónico surgen problemas tanto desde el punto de vista legal, jurídico así como también desde el punto de vista tecnológico, y es en estas cuestiones tecnológicas en donde es necesario establecer una fase previa de adaptación o integración de sus respectivos sistemas con la actuación de centros de investigación, organismos de normalización, asociaciones de la industria y Administraciones Públicas, creando un entorno de comercio electrónico accesible, seguro y fácil de usar. Este informe va a centrarse sobre los aspectos jurídicos fundamentalmente, sin desdeñar por supuesto los de carácter tecnológico que están en continua evolución y sobre los que existen en el mercado una gran competitividad.

B) PANORAMA LEGISLATIVO. INICIATIVAS Y ORGANIZACIONES

Desde el punto de vista jurídico y centrándonos en primer lugar en las iniciativas comunitarias, que deben ser el punto de partida del Estado español, por ser miembro de la Unión Europea, existen un conjunto de comunicaciones que son: «Iniciativa europea comercio electrónico» [COM (1997) 157 final] (16-4-97), «Comercio electrónico y fiscalidad indirecta» [COM (1998) 374 final] (17-6-98), «Gestión de nombres y direcciones de Internet» [COM (1998) 476 final] (29-7-1998). Asimismo, la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior [COM (1998) 586 final - 98/0325 (COD)] y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la supervisión y seguimiento de las actividades de las instituciones emisoras de dinero electrónico [COM (1998) 461 final] (21-9-1998).

Asimismo, existen otras normas comunitarias, tanto Directivas como otros documentos generales, que están directamente relacionadas con el comercio electrónico. En este sentido la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores en la Propuesta de Directiva, COM (98) 468, octubre de 1998; el comercio electrónico y la fiscalidad indirecta en la Comunicación COM (98) 374, junio de 1998; la globalización y la sociedad de la información, Comunicación COM (98) 50, febrero de 1998; el procesamiento de datos personales y protección de la privacidad en las telecomunicaciones, en la Directiva 97/66/EC, diciembre de 1997; armonización de ciertos aspectos de los derechos de autor y derechos relacionados, en la Propuesta de Directiva COM (97) 628, diciembre de 1997; Plan de acción para promover

el uso seguro de Internet, Comunicación COM (97) 582, noviembre de 1997; hacia un marco europeo para la firma digital y cifrado, Comunicación COM (97) 503, octubre de 1997; transacciones con medio de pago electrónico, Recomendación 97/489/EC, julio de 1997; iniciativa europea de comercio electrónico en la Comunicación COM (97) 157, abril de 1997; derechos de autor y derechos relacionados en la sociedad de la información, Comunicación COM (96) 586, noviembre de 1996; contenidos ilegales o dañinos en Internet, Comunicación COM (96) 487, 1996; Protección legal de las bases de datos, Directiva 96/9/EC, marzo de 1996, y la Protección de los individuos con respecto al procesado y libre movimiento de datos personales, Directiva 95/46/EC, octubre de 1995. Estos son algunos de los textos más importantes relacionados con el tema objeto de este informe.

Junto a estos textos comunitarios que ofrecen un panorama amplio sobre el cual trabajar en las diferentes leyes que será necesario trasponer a nuestro ordenamiento, no debemos olvidar tampoco el entorno internacional centrado fundamentalmente en los Estados Unidos, desde donde hace años se está trabajando, de manera intensa, en relación a toda la problemática sobre el comercio electrónico, y en este sentido se encuentra, por ejemplo, el Programa de Comercio Electrónico Federal de los Estados Unidos, que está encargado de coordinar el desarrollo del comercio electrónico dentro del Gobierno Federal de los Estados Unidos, ayudando a las agencias del gobierno a encontrar y usar las mejores herramientas de comercio electrónico. Asimismo, dentro de este entorno internacional, se encuentra el Commerce Net, que es un consorcio fundado en Silicon Valley en 1994, para promover el desarrollo del comercio electrónico a escala global.

Existen también proyectos de colaboración entre la Unión Europea y otros países como el proyecto piloto Mercado Global para Pymes, coordinado por la Comisión Europea, Estados Unidos y Japón, tendente a impulsar todo un conjunto de debates encaminados a mejorar la coordinación internacional en los temas que afecten al desarrollo del comercio electrónico a escala mundial.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que es una entidad cuyos miembros representan más del 70 por 100 del comercio mundial, es una de las organizaciones internacionales más activas en la promoción del comercio electrónico, intentando dar una generación de confianza, una reducción de incertidumbre en la legislación, en el sentido de promover la colaboración internacional para minimizar las diferencias entre países en el marco legal del comercio electrónico, incluyendo impuestos, aranceles y derechos de propiedad intelectual.

La Cámara Internacional de Comercio tiene en marcha el Proyecto ECP (Electronic Commerce Project), cuyo objetivo es definir buenas prácticas comerciales que ayuden a crear confianza en las transacciones comerciales electrónicas.

El proyecto, en el que participan especialistas de diversos campos (telecomunicaciones, banca, transporte), se centra, entre otros puntos, en las denominadas reglas de procedimiento y negociación en transacciones electrónicas, cuya misión es adaptar las reglas existentes para las transacciones basadas en documentos en papel a las transacciones electrónicas y, además, sacar partido de las nuevas posibilidades que ofrece Internet para simplificar los procedimientos tradicionales, así como las herramientas necesarias para la elaboración de contratos electrónicos y de reglas y cláusulas que pueden incorporarse en estos contratos.

La Organización Mundial de Comercio (la OMC) en su conferencia ministerial de mayo de 1998, declaró su intención de establecer un amplio programa de trabajo para examinar los aspectos comerciales del comercio electrónico a escala mundial.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO), mantiene un servidor web sobre comercio electrónico.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) tiene el cometido general de eliminar o reducir las disparidades en legislaciones nacionales que puedan crear obstáculos al comercio internacional, habiendo elaborado una importantísima Ley Modelo de Comercio Electrónico, adoptada en 1996, y de la que podrían extraerse puntos de la misma, a la hora de establecer los textos normativos comunitarios, e incluso las legislaciones nacionales. Este organismo tiene además, un grupo especializado de trabajo sobre comercio electrónico, que ha producido documentos sobre firmas digitales, autoridades de certificación y otros aspectos legales relacionados.

En España, dentro de este marco, han existido y existen iniciativas sobre el comercio electrónico. En este sentido, la Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE), que es una agrupación de empresas españolas que intentan unificar esfuerzos con el fin de obtener un comercio electrónico más fiable y seguro, teniendo su nacimiento la asociación en mayo de 1998, y en noviembre de ese mismo año esta asociación avanzó unas conclusiones del primer estudio sobre comercio electrónico de empresa a consumidor en Internet, realizado sobre empresas españolas.

El Commerce Net Español es un consorcio para el uso, promoción y construcción del comercio electrónico en Internet.

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, que representa a nivel nacional e internacional, a las 85 Cámaras de Comercio existentes en España, teniendo muchos puntos de actuación dentro del entorno económico de las empresas.

La Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones (FESTE), fundación que está integrada por el Consejo General del Notariado

de España, el Consejo General de los Colegios de Corredores de Comercio de España, el Consejo General de la Abogacía de España, la Universidad de Zaragoza y la Sociedad Intercomputer, S. A. Entre los numerosos fines que tiene la citada fundación, se encuentran los de realizar estudios y proyectos sobre los mecanismos e instrumentos de seguridad que son necesarios para el desarrollo y utilización de las tecnologías de la información y la comunicación; colaborar al diseño de un marco legal que sea adecuado para realizar la certificación de transacciones electrónicas mantenidas entre la industria, el comercio, la banca, la administración y los ciudadanos. La Fundación FESTE tiene su origen en el proyecto europeo AEQUITAS, perteneciente a la iniciativa INFOSEC de la Comisión Europea, siendo los resultados de este proyecto europeo entre otros, la exposición de las principales leyes políticas y técnicas existentes en los países que han adoptado una posición sobre la materia, así como la elaboración de diferentes modelos político-cryptográficos a partir de las propuestas hechas en los países donde se han adoptado resoluciones sobre la materia.

Entre los trabajos más destacables de esta fundación se encuentra una propuesta inicial de Ley española de firma electrónica realizada por el grupo con auxilio de fedatarios, previendo la trasposición en su caso de la Propuesta de Directiva Europea sobre firma electrónica. Asimismo se está trabajando en el desarrollo de un prototipo para permitir la transmisión telemática, segura de comunicaciones y otros escritos entre jueces y procuradores.

También desde el punto de vista tecnológico se encuentra la Asociación Española de Distribuidores de Información Electrónica (ASEDIE), asociación creada en 1992 por profesionales del sector de la información. En este sentido también, la Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información (SEDISI), creada en el año 76 para representar al colectivo económico-empresarial del sector informático y de telecomunicaciones. La Asociación Española de Codificación Comercial, creada en 1977.

Como experiencias específicas de comercio electrónico en España han surgido determinadas Autoridades de Certificación.

Así, la Agencia de Certificación Electrónica (ACE), que tiene como objetivo principal la emisión de certificados para utilizar con el protocolo de pago electrónico SET.

La ya citada Fundación FESTE, que es la autoridad de certificación de la Fundación para el Estudio de la Seguridad de las Telecomunicaciones, entidad en la que participan, entre otros, los Notarios y Corredores de Comercio, existiendo diversos niveles de seguridad del certificado para la identificación del solicitante de un certificado y la entidad de registro.

IPS Seguridad es una división de la empresa española dedicada a las tecnologías relacionadas con Internet desde 1995, ofreciendo certificados para servidores y para usuarios.

CERES (Certificación Pública de Transacciones Electrónicas) es una autoridad de certificación pública desarrollada por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre. Además de la Fábrica, colaboran en CERES el Ministerio de Administraciones Públicas, que participa en los grupos de trabajo técnico y jurídico encargados de desarrollar la infraestructura técnica y el soporte legal a las operaciones de la autoridad de certificación, así como Correos y Telégrafos, encargado del sistema de registro de usuarios.

Se intenta extender la actuación de la Fábrica Nacional, cuyo papel tradicional ha sido el garantizar la seguridad de los documentos físicos, a los documentos y transacciones electrónicas realizadas entre ciudadanos o empresas y las administraciones públicas, siendo el objetivo principal de CERES el garantizar a ciudadanos y administraciones la identidad de ambos partícipes en una comunicación, así como la confidencialidad e integridad del mensaje enviado, teniendo en cuenta que la información privada del usuario se encuentra almacenada en una tarjeta inteligente, protegida por un número de identificación personal, similar a la clave de una tarjeta de crédito, pudiendo utilizarse este sistema, por ejemplo, para garantizar la seguridad en la solicitud de diversos certificados (Registro Civil, Seguridad Social, etc.), y en general para cualquier envío y recepción del documento oficial.

Por último, existen otras entidades de certificación que prestan servicios en España como, por ejemplo, en Banesto.

De todo ello se derivaba, conforme a lo expuesto anteriormente, la necesidad de una ley española de firma electrónica que recogiera los principios de la Directiva sobre firma electrónica, y que a su vez estableciera el marco legal, definiendo con claridad los principios de seguridad, fiabilidad, identidad, así como la regulación de esos efectos jurídicos de la firma electrónica, las entidades de certificación, el registro correspondiente, las medidas de control y sanción a todos estos mecanismos, circunstancia ésta que se consiguió por la aprobación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica, que se aprobó antes de que fuera definitivamente aprobada la Directiva sobre Firma Electrónica que, como se ha indicado, fue aprobada el 30 de noviembre de 1999.

IV. ANÁLISIS DE LA PROPOSICIÓN DE DIRECTIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

1. INTRODUCCIÓN

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado

interior, constituye un nuevo paso por parte de la UE de conseguir dotar un conjunto normativo sobre el tema genérico de los servicios de la Sociedad de la Información, que se halla entrelazado con otras Directivas Comunitarias. Como criterio general, el punto de partida son las nuevas vías de comunicación telemática, que obligan a establecer los mecanismos jurídicos adecuados que se adapten a las nuevas necesidades del mercado.

La exégesis del articulado de la Proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, que aquí vamos a desarrollar, lo es sobre el texto al que se ha llegado en la Posición Común aprobada por el Consejo, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico), Posición Común a la que se llegó en diciembre de 1999. En este análisis, basándonos en el último texto, también reflejaremos, en algunos puntos concretos y esenciales, las distintas evoluciones que ha tenido el mismo en relación a las posturas adoptadas por las distintas Delegaciones de los Estados miembros, con el fin de poder comprender en su totalidad el porqué se opta por una u otra solución ante determinados problemas, aprovechando que hemos tenido la suerte de acudir como miembro de la Delegación Española, por el Ministerio de Justicia, en las deliberaciones y elaboración del texto, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y sin olvidar lo que líneas arriba ya indicamos acerca de la íntima conexión existente entre la Directiva de Firma Electrónica y la Proposición de Directiva de Comercio Electrónico.

Desde un punto de vista amplio y general podemos indicar que esta proposición de Directiva, en su esquema general, es positiva, con una estructura jurídica ordenada y coordinada.

Por ello, el criterio a tener en cuenta es el de apoyar de manera clara la tramitación de esta Directiva.

Esta Proposición de Directiva se encuentra relacionada en un conjunto normativo que ya ha dado lugar al nacimiento, por ejemplo, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia, así como, por ejemplo, todo el conjunto de Directivas existentes sobre Comunicaciones Comerciales, y esencialmente la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la Publicidad de los Productos del Tabaco, así como la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre del 97, relativa al Tratamiento de los Datos Personales y a la Protección de la Intimidad en el Sector de las Comunicaciones. De todo ello se deriva la necesidad de, al hilo de las discusiones que se vayan realizando en el articulado de la Directiva, objeto de estudio, deberán tenerse muy en cuenta las correlaciones e interdependencias que existen en su articulado con otras Directivas que

se encuentran en el mismo mundo de las Comunicaciones Comerciales y de los Servicios de la Sociedad de la Información. También habrá que tener en cuenta, de manera prioritaria, a los consumidores en todo el mecanismo de la Sociedad de la Información y ver si las actuales normas de protección del consumidor proporcionan o no la protección adecuada en relación con la Sociedad de la Información, incluso a la luz del propio texto de la Directiva, objeto del trabajo.

2. EXAMEN GENERAL PREVIO DE ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA DIRECTIVA

A) *En cuanto al artículo 1, relativo al objeto y ámbito de aplicación de la misma*, un punto esencial es el del apartado 1 que habla de los Servicios de la Sociedad de la Información, concepto que se ha extrapolado y sacado de la señalada en el apartado 2 del *artículo 1* de la Directiva 98/34/CE, en la que se definen como tales a todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Con ello se quiere excluir, por ejemplo, otras Directivas que no incluyen ese concepto amplio de Servicios, por ejemplo, las de la Televisión, donde no existe una petición individual de un destinatario de Servicios, en concreto de la Directiva de la Televisión sin Fronteras. De ahí que la Directiva habla de aspectos jurídicos del Comercio Electrónico, aunque se está refiriendo de manera más amplia a los Servicios de la Sociedad de la Información, puesto que en ese *artículo 1.1* ya no habla específicamente del Comercio Electrónico sino del concepto más amplio antes indicado.

Con posterioridad al examen preliminar de esta Propuesta de Directiva, en primera y segunda lectura, se presentó a las Delegaciones dos documentos de trabajo. El primero presentado por la Comisión, en el que se recogen algunas de las enmiendas realizadas por el Parlamento Europeo y con algunas de las modificaciones expuestas por las Delegaciones durante la primera y segunda lectura. El otro documento, de 13 de agosto de 1999, es el presentado por la propia Presidencia Finlandesa, donde se introducen también algunas de las enmiendas del Parlamento Europeo, y donde se aceptan más sugerencias que fueron planteadas en su momento por los Estados miembros en primera y segunda lectura. El documento de la Presidencia como documento consolidado, matiza el título de la Directiva, ya que hace referencia a ciertos aspectos legales de los Servicios de la Sociedad de la Información, en particular del Comercio Electrónico en el mercado interior; y además, establece como subtítulo el de «Directiva sobre el Comercio Electrónico». Con ello se ha querido dar una solución más o menos ecléptica a la cuestión, ya que comúnmente esta Directiva era conocida como del Comercio Electrónico, aunque realmen-

te también es mucho más, ya que trata ciertos aspectos legales de la Sociedad de los Servicios de la Información.

En efecto, en el texto de la Posición Común se ratifica lo comentado con anterioridad, ya que el título de la Directiva hace referencia a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la Sociedad de la Información, en particular el Comercio Electrónico en el Mercado Interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico). Con posterioridad, a la hora de analizar el artículo 2 de la Directiva, volveremos sobre el tema de las definiciones por lo que debe entenderse por la Sociedad de los Servicios de la Información.

En el *artículo 1* se regula también el ámbito de aplicación de la misma, en definitiva el objeto de la regulación relativo a determinados aspectos jurídicos de la Sociedad de la Información, y en particular del Comercio Electrónico, y en concreto el régimen del establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, el de la contratación por vía electrónica, la responsabilidad de los prestadores de servicios, incluidos los intermediarios, los códigos de conducta, la resolución judicial y extrajudicial de los conflictos y la cooperación entre los Estados miembros. También en el apartado 4 de este artículo se hace una referencia específica a las normas de Derecho Internacional Privado, que será examinado con más detenimiento cuando analicemos el artículo 3 relativo al Mercado Interior, y que ha sido uno de los caballos de batalla en la elaboración de esta Directiva.

El *artículo 1* ha sufrido varias redacciones, y en la última, relativa a la Posición Común, se ha introducido todo un conjunto de exclusiones y excepciones al ámbito de aplicación que en los primeros textos se encontraban incardinados en el entonces artículo 22.

Este conjunto de excepciones del ámbito de aplicación quiere indicar que las materias excepcionadas se rigen por sus propias normas, en razón de las circunstancias especiales de las actividades objeto de exclusión. En este sentido, la Directiva no se aplicará a las cuestiones relativas en materia de fiscalidad, a los juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas las loterías y apuestas, a las cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles, las que afectan a la protección de datos personales y de la competencia, incluidas en las Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; las relativas a la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los Tribunales, y por último, las actividades de los Notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública.

A modo de ejemplo, hay que indicar que aunque se excluyen estas actividades de la Directiva, no significa que cada uno de los Estados miembros pueda regular determinadas materias que aquí son excluidas, lo que ocurrirá es que no estarán dentro de los principios regulados en la Directiva, con los problemas que de ello se puedan derivar. En concreto, la exclusión de las

actividades de los Notarios o profesiones equivalentes, al estar conexiados con el ejercicio de la autoridad pública, por su propia esencia se hayan inmersos dentro del artículo 45 actual del Tratado de la Unión, que establece que «Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público». La interpretación de este artículo está recogida fundamentalmente en la STJ de 21 de junio de 1974, en el llamado Caso Reyners. Por ello, y en relación, por ejemplo, al Derecho español, el Estado podrá dictar normas que puedan regular diversos aspectos de la intervención de Notarios y de Registradores de la Propiedad, por ejemplo, en el ámbito de la Sociedad de los Servicios de la Información, de acuerdo con normas específicas para España y modificando, si así fuese necesario, las leyes que regulan el ejercicio de estas profesiones, cuestión además que, por otra parte, no podría haberse realizado en esta Directiva, puesto que en estas materias se trata de una competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros, no pudiéndose dar una armonización a nivel comunitario.

En cuanto a la materia de fiscalidad hay que indicar que en una Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de Europa y al Parlamento, realizada en 1998, a raíz de la Conferencia Ministerial de Ottawa, se anuncian los principios que deben recogerse para el estudio y la aplicación de la Fiscalidad Indirecta en el Comercio Electrónico, partiendo de la necesidad de que no se contemplen nuevos impuestos de los ya existentes, sino que muy al contrario lo que hay que tener en cuenta es la adaptación de los ya existentes, y muy especialmente en relación al IVA, a los mecanismos y el tratamiento del Comercio Electrónico; asimismo la prestación del servicio de facilitar la comunicación a través de una red electrónica debe considerarse como una auténtica prestación de servicios; asimismo estableciendo el sistema en virtud del cual se van a agravar dichos servicios prestados, mediante el Comercio Electrónico, para poder ser gravados dentro de la Unión Europea, siempre que estén destinados al consumo en la misma y que en cambio los servicios destinados al consumo fuera de la Unión Europea no estén sujetos al IVA en la misma, sin perjuicio de poderse deducir el IVA soportable.

Asimismo con el criterio de sencillez, rapidez y de facilidad en el cumplimiento de esta fiscalidad indirecta, garantizando el control para los destinatarios, sean tanto empresas como particulares.

Todo ello requiere la introducción de la facturación electrónica a efectos de IVA, en las transacciones electrónicas realizadas dentro de la Unión Europea, siempre teniendo en cuenta la garantía y protección de los intereses legítimos de los Estados miembros, y asimismo establecer mecanismos para el ámbito internacional a través de la cooperación entre los Estados miembros

de la Unión Europea y otros países, a fin de que se establezcan condiciones equivalentes en la facturación electrónica.

Facilitándose el cumplimiento de las obligaciones fiscales por medio de declaraciones y liquidaciones del IVA electrónicas.

Este tema se haya en íntima conexión con la Directiva de Firma Electrónica y con los comentarios que en su momento se realizaron por esta Dirección General, teniendo en cuenta que en el Derecho español, la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del IVA, en su artículo 88 permite que la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo que podrá emitirse por vía telemática, asimismo el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de Desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que incluye como hecho impune de este último el libramiento de cualquier documento de giro mercantil en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos.

Por todo ello la importancia de la fiscalidad en el Comercio Electrónico es total. En una Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de Europa y al Parlamento, realizada en 1998, a raíz de la Conferencia Ministerial de Otawa, se anuncian los principios que deben recogerse para el estudio y la aplicación de la Fiscalidad Indirecta en el Comercio Electrónico, partiendo de la necesidad de que no se contemplen nuevos impuestos de los ya existentes, sino que muy al contrario lo que hay que tener en cuenta es la adaptación de los ya existentes, y muy especialmente en relación al IVA, a los mecanismos y el tratamiento del Comercio Electrónico; asimismo la prestación del servicio de facilitar la comunicación a través de una red electrónica debe considerarse como una auténtica prestación de servicios; asimismo estableciendo el sistema en virtud del cual se van a agravar dichos servicios prestados mediante el Comercio Electrónico para poder ser gravados dentro de la Unión Europea, siempre que estén destinados al consumo en la misma y que en cambio los servicios destinados al consumo fuera de la Unión Europea no estén sujetos al IVA en la misma, sin perjuicio de poderse deducir el IVA soportable.

Asimismo con el criterio de sencillez, rapidez y de facilidad en el cumplimiento de esta fiscalidad indirecta, garantizando el control para los destinatarios, sean tanto empresas como particulares.

Todo ello requiere la introducción de la facturación electrónica, a efectos de IVA, en las transacciones electrónicas realizadas dentro de la Unión Europea, siempre teniendo en cuenta la garantía y protección de los intereses legítimos de los Estados miembros, y asimismo establecer mecanismos para el ámbito internacional a través de la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea y otros países, a fin de que se establezcan condiciones equivalentes en la facturación electrónica.

Facilitándose el cumplimiento de las obligaciones fiscales por medio de declaraciones y liquidaciones del IVA electrónicas.

Este tema se haya en íntima conexión con la Directiva de Firma Electrónica, teniendo en cuenta que en el Derecho español la Ley 37/92, de 28 de diciembre, del IVA, en su artículo 88 permite que la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo que podrá emitirse por vía telemática, asimismo el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, de Desarrollo del texto refundido de 24 de septiembre de 1993, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que incluye como hecho impune de este último el libramiento de cualquier documento de giro mercantil en cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos.

Por todo ello, la importancia de la fiscalidad en el Comercio Electrónico es total.

B) *En cuanto al artículo 2 de las Definiciones*, los primeros textos de la Directiva enunciaban lo que debía entenderse por Servicios de la Sociedad de la Información, indicándose que es todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, teniendo en cuenta que en determinadas circunstancias podrá ser ese Servicio prestado de forma gratuita cuando se accede por parte del destinatario del Servicio a una determinada información, que ofrece unos productos que luego el destinatario del Servicio puede adquirir. También se definía en este artículo, en las primeras redacciones, lo que debía entenderse por Vía Electrónica.

Se define el concepto de prestador de servicios como cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la Sociedad de la Información. Este artículo también habla del Prestador de Servicios establecido que parece estar basada en la propia Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Para este prestador de servicios establecido se exige que ejerza de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado; el concepto de período de tiempo indeterminado es ambiguo y no muy claro jurídicamente, por ello quizá debería sustituirse por la expresión tiempo indefinido, ya que podría establecerse un período de tiempo determinado de veinte años y no podríamos negar el carácter de estabilidad, dando a entender este concepto de Directiva que se está refiriendo más en concreto a los Prestadores de Servicios Establecidos dentro del concepto de personas jurídicas más que el de personas.

El problema del establecimiento permanente es uno de los caballos de batalla, de difícil delimitación y concreción, y de repercusiones fundamentales en la propia proposición de Directiva sobre Comercio Electrónico, y ello porque en la misma se parte del principio general relativo a la que la Ley aplicable es la del país de origen, con algunas excepciones que prevé el propio anexo segundo donde existen ámbitos de exclusión en relación con este principio general.

En este sentido el artículo 2 de la Proposición de Directiva del Comercio Electrónico, a la hora de establecer las definiciones en la letra c, realiza la definición de prestador de servicios establecido como el «Prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para suministrar el servicio no constituye establecimiento del prestador de servicios».

Sobre esta definición, las Delegaciones de los Estados miembros en la primera y segunda lectura, hicieron una serie de observaciones a los efectos de aclarar, en la medida de lo posible, lo que debía de entenderse por prestador de servicios establecido. Puede ser conveniente, a los efectos de poder aclarar el tema, el ver algunas de estas propuestas. Austria propuso sustituir la definición de esta letra c por la siguiente: «establecimiento», lugar en que se haya la sede organizativa (o administración central).

España propuso que se añadiera después de las palabras instalación estable, la frase «de conformidad con la legislación de cada Estado miembro».

El Reino Unido propuso sustituir esta definición por preferir que esta cuestión se abordara dentro del artículo 3, añadiendo un apartado 4 y 5 de la siguiente manera: «4. Cuando un prestador de servicios esté establecido en el territorio de más de un Estado miembro, el Estado miembro responsable, con arreglo al apartado 1, será aquél en que se halle situado el establecimiento responsable de la actividad en cuestión; si hubiere más de un establecimiento responsable de la actividad o no fuere posible indicar cuál es el establecimiento responsable, con arreglo al apartado 1, será aquél en el que el prestador de servicios tenga el centro de sus actividades.

5. La presencia o la utilización de los medios técnicos y las tecnologías necesarias para la prestación de un servicio no constituyen por sí mismas un establecimiento de su prestador».

Asimismo, la Delegación del Reino Unido, con relación a este tema, propone introducir el siguiente texto después del primer punto y coma del noveno considerando de la propuesta de la Directiva: «que dicho lugar es aquél en que el prestador de servicios desarrolla realmente su actividad económica sirviéndose de una instalación estable por un período de tiempo que exceda de lo provisional; que debe preverse el caso en que el prestador de servicios está establecido en más de un Estado miembro».

Asimismo, al establecerse la letra c del artículo 2, la expresión por un período de tiempo determinado, varias Delegaciones, entre ellas España, albergaban dudas acerca de la expresión «período de tiempo indeterminado», sugiriendo Italia sustituirla por la de «un período de tiempo considerable». En algunos informes, la Delegación Española indicó que sería más correcto hablar de «un período de tiempo indefinido», que indica una sensación y situación de permanencia y de estabilidad en el tiempo, sin perjuicio de que si se

tratara de una persona jurídica la Sociedad, por ejemplo, pudiera acordar su disolución y posterior liquidación.

La Comisión señaló en todo este tema que la palabra indeterminado es correcta, y que el establecimiento por un número de años determinado está incluido. Asimismo, indicó que de conformidad con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los artículos 52 y 59 del Tratado, establecimiento es la presencia permanente o durante un tiempo considerable. No se mostró a favor de dar un concepto de establecimiento. Considera que se debe aplicar la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que no se puede equiparar esta Directiva, en este sentido, a otras como la de Televisión sin Fronteras, que se refieren a casos específicos y en las que sí hay una definición específica de establecimiento, ya que en la propuesta de Directiva del Comercio Electrónico se ha adoptado el concepto ya acuñado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y continuó indicando que lo importante es en dónde se realiza la actividad económica principal y que ésta se lleve a cabo durante un cierto tiempo, y que la mera utilización de un servidor no supone establecimiento. Si una empresa tiene distintos establecimientos dentro de la Unión Europea habrá que decidir en función del servicio y de la parte de la empresa que lo presta. La Comisión puso un ejemplo de un cliente en el Reino Unido que contrata, a través de la página web de Interflora en Países Bajos, que se manden flores a Francia. Según la Comisión, la legislación aplicable sería la de Países Bajos. Sin embargo, si la página web es la del Reino Unido y esta empresa es la prestadora del servicio, la legislación aplicable sería la del Reino Unido.

La Delegación española pidió que se aclarase que si el concepto de instalación estable equivale al de establecimiento, entonces debería añadirse, como ya hemos indicado anteriormente, la frase: «de conformidad con la legislación de cada Estado miembro».

En la memoria o informe preliminar que la Comisión aportó a las Delegaciones, intentaba justificar el concepto del prestador establecido, diciendo que permitía determinar el Estado miembro en cuya jurisdicción se encuentra un prestador de la sociedad de la información, utilizando los argumentos que ya se han expuesto líneas arriba, cuando en las diferentes sesiones contestó a las dudas de los Estados miembros. En dicho informe se indica que la definición aportada se fundamenta en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha tenido la ocasión de puntualizar que «el concepto de establecimiento, en el sentido del artículo 52 y siguientes del Tratado, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro por una duración indeterminada», basándose esta definición en los criterios cualitativos del carácter efectivo y estabilidad de la actividad económica y no en criterios formales (un simple buzón) o tecnológicos (emplazamiento de los medios técnicos, etc.), que permiten a los ope-

radores sustraerse fácilmente a todo control. Continúa el informe de la Comisión estableciendo que al centrarse en la actividad real, esta definición permite, por un lado, ser lo suficientemente flexible para que las autoridades nacionales puedan aplicarla de forma individual ante situaciones particulares y, por otro lado, permite que el Estado miembro en el que esté establecido un prestador pueda ejercer de forma eficaz su autoridad sobre el mismo, llegando en caso necesario a adoptar medidas o sanciones con efectos reales, y aunque el operador esté establecido en varios Estados miembros, el Tribunal ha indicado en el ámbito televisivo, que el Estado miembro competente será aquél en el que el ente tenga el centro de sus actividades.

Relacionado con esta definición, el Considerando diecinueve de la propuesta de Directiva del Comercio Electrónico, en su versión de la Posición Común resume de alguna manera e intenta aclarar las ideas que aporta en el informe ya reseñado. En este sentido, se indica que «...se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según el cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido; este requisito se cumple también cuando se constituye una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio: Internet; dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica; en el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta un servicio concreto; en caso de especial dificultad para determinar a partir de cuál de los distintos lugares de establecimiento se presta un servicio dado, será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular». La importancia de este concepto del establecimiento, y en su caso la fijación lo más clara y concreta posible es esencial, debido a que, como luego veremos, el artículo 3 de la Directiva fija como ley aplicable la ley de origen, es decir, la Ley del Estado, donde el prestador de servicios tiene su establecimiento, y ello trae unas consecuencias fundamentales, sobre todo por las propias características de la red, y la facilidad que se tiene de poder eludir una determinada ley aplicable competente, mediante la instalación de un servidor, en un tercer país no comunitario como, por ejemplo, en un paraíso fiscal. Sería interesante que a la hora de hacer la correspondiente transposición de la ley al Derecho español, se pudiera fijar una presunción *iuris et de iure*, a los efectos de entenderse que un prestador de servicios de la Sociedad de la Información está establecido en España cuando, siendo sujeto inscribible, estuviese inscrito él o alguna de sus sucursales en un Registro Mercantil español.

Como vemos, la cuestión no es del todo pacífica, y las ideas no son muy claras a la hora de analizar el tema. Quizá una posible solución sería la ya apuntada líneas arriba, y a la hora de hacer la trasposición, aprovechar esta circunstancia.

En cuanto a la definición de Servicios de la Sociedad de la Información, se cambia el criterio de los primeros textos, de poner una definición específica en el articulado, por el de utilizar una técnica de revisión en el sentido de acudir y remitirse al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998. La Directiva citada, 98/34, establece esta definición, y en un anexo hay una lista indicativa de aquellas actividades que se encuentran comprendidas dentro de los Servicios de la sociedad de la información. Esta remisión es quizá desde el punto de vista técnico mucho más adecuada. Incluso en el considerando nuevo que se ha introducido en los dos documentos antes citados, en concreto en el 2.c), se hace referencia a esta modificación, indicándose «que tal definición abarca cualquier servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración a distancia, a través de redes, mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios; que los servicios que figuren en la lista indicativa del anexo V de la Directiva 98/34/CE, tal como modificada por la Directiva 98/48/CE, y no supongan el tratamiento y almacenamiento de datos, no están incluidos en esta definición». Para aclarar lo que en efecto debe ser el concepto de Servicios de la Sociedad de la Información, se añadió, en los textos de agosto de 1999, tanto en el Texto de la Comisión modificado, como en Texto consolidado de la Presidencia, se añadió en el considerando 3 una serie de especificaciones a los efectos de establecer qué actividades deben entenderse incluidas como servicios de la sociedad de la información. En este considerando se incluyen dentro de los servicios, además de la venta de mercancías en línea, también cualquier actividad económica, de servicios no remunerados por su destinatario, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen herramientas de búsqueda, acceso y recuperación de datos; asimismo quedan cubiertos los servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, ofrecer acceso a una red de comunicación o albergar información suministrada por el destinatario de servicios; excluyéndose en el propio considerando que la radiodifusión televisiva, según se define en 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, y la radiodifusión radiofónica no son

servicios de la sociedad de la información, ya que no se prestan a petición individual; que, por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, son servicios de la sociedad de la información.

En el texto que estamos manejando, ya citado en la Posición Común, en el considerando 18 se recoge lo anteriormente indicado y además se incluyen una serie de aclaraciones sobre este concepto que me parecen interesantes, y así se indica que «...el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usa para celebrar contratos entre sí, no constituye un servicio de la Sociedad de la Información; la relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la Sociedad de la Información; las actividades que por su propia naturaleza no puedan realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la Sociedad de la Información».

También se introdujo, en virtud de los dos documentos ya citados, de agosto de 1999, en el artículo 2 en su letra f), el concepto de consumidor, al definirlo como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. En relación con ello, el considerando 14 ha sido bastante modificado, intentando justificar que la protección al consumidor, otorgada por otras Directivas, en modo alguno ponen en peligro la protección a éstos. Así se hace referencia, entre otras, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, y la Directiva 97/7/CE; la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, modificada por la Directiva 97/55/CE, de 6 de octubre de 1997, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa; la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva 98/7/CE, de 16 de febrero de 1998; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, sobre viajes, vacaciones y circuitos combinados, y la Directiva 98/6/CE, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; asimismo la Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, y de otras Directivas relativas a la protección de la salud pública, especialmente la Directiva 92/28/CEE, de 31

de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano. Como podemos observar, el conjunto de Directivas, de especial protección a los consumidores, es amplio y se intenta en este considerando dejar claro que el nivel de protección al consumidor en ningún caso se verá disminuido. Lo indicado anteriormente coincide plenamente con el actual texto en Posición Común, siendo ahora el considerando el número 11.

Una definición esencial recogida en el artículo 2.h) es la del ámbito coordinado, y es esencial esta definición, puesto que será dentro de los límites de ese ámbito coordinado, donde se mueva la aplicación de la Directiva y donde la legislación de los Estados miembros no podrá interferir, dentro de ese ámbito coordinado, ninguno de los principios que se contienen y que se regulan en la propia Directiva como los principios, entre otros, de libre competencia y de libre prestación de servicios, etc. En las discusiones que se han mantenido en Bruselas para la elaboración del texto, y después de diversos informes aportados por la Comisión, e incluso, por lo escuchado por el autor de este trabajo en directo, en Bruselas, en la deliberación del texto, el ámbito coordinado hace referencia tanto a las normas contenidas en la propia Directiva, relativas a los servicios de la Sociedad de la Información, y en concreto al Comercio Electrónico, como así todo el conjunto de normas no contenidas en la Directiva pero sí en otras normas jurídicas que afectan a los servicios de la Sociedad de la Información, y que en ningún caso podrán ir en contra y eludir los principios y aplicación de la Directiva, y esas otras normas, en cuanto afectan o afecten al ámbito de aplicación de la Directiva, podrán o deberán adaptarse a los principios del Mercado Interior, en el sentido de no poner obstáculos a los mismos.

El artículo 2.h) citado define al ámbito coordinado como «Los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información o a los servicios de la Sociedad de la Información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos en relación al inicio de la actividad de un servicio de la Sociedad de la Información, y el ejercicio de esa actividad como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación a la calidad o contenido del servicio, incluyéndose los relativos a la publicidad, a los contratos y a la responsabilidad del prestador de servicios. Teniendo en cuenta que ese ámbito coordinado no se refiere a los requisitos aplicables a las mercancías, a la entrega de éstas ni a los servicios no prestados por medios electrónicos».

En definitiva, ese ámbito coordinado, o mejor dicho, ámbito normativo coordinado, serían aquellos requisitos normativos, de carácter general o específico, aplicables a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información exigidos por el Ordenamiento jurídico. Es necesario matizar que, por

ejemplo, en relación a los contratos, no todas las normas o requisitos de éstos están incluidos en el ámbito normativo coordinado, únicamente lo estarán aquellas normas o requisitos que afecten a los servicios de la Sociedad de la Información, es decir, *on Une*, y que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que existen excepciones y salvedades reconocidas en la propia Directiva, así lo referente a las exclusiones que en el artículo 9.2 se establecen a diversas categorías de contratos de la obligación del reconocimiento de la validez jurídica de los contratos electrónicos, e incluso la exclusión que luego veremos del artículo 3 a las normas relativas, a la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria. Y es necesario especificar que esta responsabilidad del prestador de servicios, a la que se hace mención en la Directiva, debe entenderse aquélla que es la derivada del incumplimiento de aquellas normas que regulan los aspectos contenidos en el ámbito coordinado, pues no se deben entender incluidos en el ámbito coordinado, la responsabilidad por incumplimiento de Directivas relativas a estándares de calidad, de seguridad, o de obligaciones de entrega de la cosa, que son aspectos ajenos al ámbito coordinado. Profundizando en el término contratos, al que se refiere la Directiva cuando hace referencia a los requisitos que deben cumplir los prestadores de servicios en el ámbito coordinado, hubiera sido mejor la expresión «contenido de los contratos», ya que existen otros aspectos como el de la capacidad de las partes para contratar que quedan siempre sometidas a una ley determinada, como es la de la nacionalidad de cada uno de los contratantes, ley que se aplica siempre, por ejemplo, a los efectos de definir la mayoría de edad, aquellos actos que un incapaz o menor puede realizar por sí mismo, los requisitos de la emancipación, los órganos tutelares, etc.

En este sentido, el considerando 21 de la Directiva establece que «...el ámbito de aplicación del ámbito coordinado no prejuzga la futura armonización comunitaria en relación con los servicios de la Sociedad de la Información, ni la futura legislación nacional adoptada con arreglo al derecho comunitario; el ámbito coordinado se refiere sólo a los requisitos relacionados con las actividades en línea, como la información en línea, la publicidad en línea, las compras en línea o la contratación en línea, y no se refiere a los requisitos legales del Estado miembro, relativos a las mercancías, tales como las normas de seguridad, las obligaciones de etiquetado o la responsabilidad de las mercancías, ni a los requisitos del Estado miembro relativos a la entrega o transporte de mercancías, incluida la distribución de medicamentos; el ámbito coordinado no afecta al ejercicio del derecho preferente de las autoridades públicas en relación con determinados bienes, tales como las obras de arte».

C) *El artículo 3, relativo al Mercado interior*, es uno de los más importantes de la Directiva, o al menos, uno de los que ha producido más discusiones por parte de las Delegaciones de los Estados miembros, ya que impli-

ca, como ahora desarrollaremos, el principio de la Ley de origen como ley aplicable.

El apartado 1 establece que «Todo Estado miembro velará porque los servicios de la Sociedad de la Información, facilitados por un prestador de servicios en su territorio, respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro, que formen parte del ámbito coordinado».

El número 2 de dicho artículo establece que «Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la Sociedad de la Información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado».

En los apartados transcritos se hace referencia a los principios del régimen de libre competencia y de libre prestación de servicios, y siendo más concretos, el principio del país de origen y el principio de libre circulación de servicios.

El régimen del país de origen significa que será de aplicación a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, establecidos en un determinado Estado miembro, y a los servicios prestados por ellos, lo dispuesto en la ley de dicho país, procedente de la trasposición de la Directiva, así como en las demás normas que formen parte del ámbito normativo coordinado.

Ese principio de la ley de origen y el de libre circulación de servicios tiene un conjunto de excepciones contenidas en el Anexo I de la Directiva. Estas excepciones al principio del país de origen han sido objeto de discusiones, en el sentido de la problemática que se plantea en relación a las normas de Derecho Internacional Privado, puesto que el principio de la ley del país de origen puede chocar con las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado en determinadas materias.

En la evolución de este artículo 3, la Comisión, tanto en sus textos como en sus diferentes informes, indicó por activa y por pasiva que la Directiva no contenía en ningún caso normas específicas de Derecho Internacional Privado relativas a conflictos entre legislaciones y entre jurisdicciones y que, por lo tanto, esta Directiva se entendería sin perjuicio de los diferentes convenios internacionales, en definitiva, se decía que no se fijaba ninguna norma de conflicto. En cambio, se elaboró un dictamen del servicio jurídico del Consejo de la Unión Europea de fecha 22 de septiembre de 1999, en el que se analizaban una serie de cuestiones jurídicas y, en concreto, en la relación de la propuesta de la Comisión con las normas de Derecho Internacional Privado indicaba que debía de suprimirse el Considerando 7, ya citado, en el sentido que establecía que la Directiva se entendería sin perjuicio de los diferentes convenios internacionales. El servicio jurídico del Consejo observó que esto no parecía totalmente correcto, ya que un considerando no puede afectar al principio de la primacía del Derecho Comunitario y decía que el apartado 1

del artículo 3 contenía una auténtica norma de Derecho Internacional Privado, es decir, la norma del país de origen.

Con independencia de todo ello, lo que está claro es que los Estados miembros plantearon que efectivamente existía una conexión de la Directiva en este artículo 3 apartado 1 con el Derecho Internacional Privado. La Delegación española siempre consideró la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, y que éstas no podían quedar derogadas por la aplicación de la Directiva. En este sentido se podían buscar dos tipos de soluciones, la de hacer exclusiones parciales a ese principio de la ley del país de origen, o bien establecer un criterio general en el sentido de que lo establecido en la Directiva sobre los principios de la ley del país de origen y el principio de libre circulación de servicios deberían entenderse sin perjuicio de la ley aplicable conforme a las normas de Derecho Internacional Privado, y que ello, no obstante, cuando la ley que resultara aplicable de esas normas de Derecho Internacional Privado, produjeran un efecto contrario o fuesen incompatibles con la Directiva en sus objetivos, y en concreto con los del Mercado Interior, sería descartada esa ley en la medida que se diera esa incompatibilidad. Y esta solución estaba perfectamente encajada y compatibilizada como, por ejemplo, el Convenio de Roma de 1980 sobre obligaciones contractuales. Con ello se conseguía una primacía del Derecho Comunitario en relación a todo el Derecho Internacional Privado, ya que pueden existir convenios internacionales no comunitarios, pero con la redacción propuesta se conseguía evitar aplicar una ley, también por un convenio internacional no comunitario, si por la aplicación de dicha ley se producía un efecto contrario o incompatible con los objetivos de la Directiva, y en particular con los objetivos del Mercado Interior.

Finalmente se optó por la técnica de las exclusiones parciales, ya que la Comisión era un poco reacia a establecer la frase que algunos países proponían al final del apartado 1 del artículo 3, que es el que hace referencia a la ley del país de origen, «...sin perjuicio del Derecho Internacional Privado». La posición española apoyó la propuesta de la Presidencia, en aquel momento finlandesa, que en aras de un consenso introdujo en el Anexo I una exclusión específica a la jurisdicción y al derecho de elección y las obligaciones contractuales de los consumidores, para solventar en parte el conflicto que podía darse entre el principio de la ley del país de origen de los Convenios Internacionales de Roma de 1980, en materia de obligaciones contractuales, y el de Bruselas sobre jurisdicción.

En efecto, este problema se podría plantear, y en concreto, en el tema de los contratos celebrados con los consumidores, ya que por el artículo 1 apartado 1 de la Directiva, la ley aplicable sería la del país de origen, es decir, la ley del Estado donde el prestador de servicios está establecido; si este principio se determinara así, chocaría con una norma de Derecho Internacional

Privado, que el Convenio de Roma de obligaciones contractuales de 1980, donde, entre otros puntos, establece la aplicación de la ley más beneficiosa al consumidor, con el criterio de la ley de su residencia.

La solución a la que se ha llegado en el texto de la Posición Común en esta materia ha sido el establecer un Considerando 23, en el sentido de que no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho Internacional Privado relativas a conflictos entre legisladores, y que no afecta a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, y que las disposiciones de la legislación aplicable, determinada por las normas del Derecho Internacional Privado, no podrán restringir la libre prestación de servicios de la Sociedad de la Información, tal y como se anuncia en la presente Directiva. Asimismo, el artículo 1.4 declara con rotundidad que la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho Internacional Privado, ni afecta a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. También, como hemos indicado, se remite en el Anexo para excepcionar lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 3, a una serie de exclusiones parciales que fueron las más conflictivas en las discusiones, como por ejemplo, al tema de las obligaciones contractuales de los consumidores.

En este sentido, el Anexo que determina un conjunto de excepciones al artículo 3, en los apartados 1 y 2 de la Directiva, lo hace en las siguientes materias:

- a) Los derechos de autor, derechos afines y derechos citados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.
- b) La emisión de moneda electrónica por parte de instituciones a las que el Estado Español haya aplicado una de las excepciones previstas en el apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el inicio, el ejercicio y la supervisión cautelar de las actividades de las entidades de dinero electrónico.
- c) El apartado 2 del artículo 84 de la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, complementada con la Directiva 95/26/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- d) El artículo 30 y Título IV de la Directiva 92/49/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida.

- e) El Título IV de la Directiva 92/96/CEE, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de vida.
- f) Los artículos 7 y 8 de la Directiva 88/357/CEE, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.
- g) El artículo 4 de la Directiva 90/619/CEE, de 8 de noviembre de 1990, sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios.
- h) A las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores.
- i) La libertad de elección por las partes contratantes en cuanto a la legislación aplicable a su contrato.
- j) La licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico.
- k) Los requisitos formales relativos a la validez de los contratos por los que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España.

Las exclusiones parciales a las que hemos ido haciendo referencia, y que plantearon, y siguen planteando, los mayores problemas con el Derecho Internacional Privado, son las que se introdujeron en el curso de las discusiones y que se aprobaron en la Posición Común, las relativas a las obligaciones contractuales relativas a contratos celebrados por los consumidores, la libertad de elección por las partes contratantes en cuanto a la legislación aplicable a su contrato, la validez formal de los contratos, por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, en el caso de que dichos contratos estén sujetos a requisitos formales obligatorios en virtud de la legislación del Estado miembro en el que esté situada la propiedad inmobiliaria. Con este sistema de exclusiones parciales se intenta de alguna manera evitar el conflicto con el escabroso tema del Derecho Internacional Privado.

D) *El artículo 4 que consagra el principio de no Autorización Previa*, en el sentido de que los Estados miembros dispondrán en su legislación que el acceso a la actividad de Servicios de la Sociedad de la Información no se puede supeditar a un régimen' de Autorización Previa, ello no excluye la posibilidad de exigir, por ejemplo, un trámite de Declaración para un Registro específico de estos Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información. Esta misma cuestión fue ya planteada en relación con la Proposición de Di-

rectiva de Firma Electrónica en relación con los Prestadores de Certificaciones en relación con las Autoridades Certificantes. Por todo ello, en la futura Ley de Transposición Española de Comercio Electrónico se puede crear un Registro de prestadores de servicios de la sociedad de la información, que al tratarse de un Registro administrativo podría tener su sede en el Ministerio de Fomento, teniendo como objetivo prioritario del mismo el de inspección y control, debiendo solicitar su inscripción en este Registro, con carácter previo al inicio de su actividad, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información establecidos en España y con su correspondiente desarrollo reglamentario. Está claro que estos prestadores deberán aportar la documentación relativa a su identificación, además de aquella otra que reglamentariamente se determine a los efectos de permitir el cumplimiento de esa finalidad de inspección y de control que debe tener ese Registro.

Ese principio de no autorización previa no podrá ir en perjuicio, como indica la propia Directiva de los regímenes de autorización que no tenga por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones. En este sentido, el Considerando 28 especifica o aclara el contenido de lo anteriormente indicado en el sentido de que no se refiere la no autorización previa a los servicios postales recogidos en la citada Directiva 97/67/CE de 15 de diciembre de 1997. A la hora de realizar la transposición en la Ley española, habrá de tener en cuenta las materias reguladas en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y por la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, y por supuesto el Régimen de Acreditación Voluntaria, establecido en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica para los prestadores de servicios de certificación de firma electrónica.

E) *En cuanto al artículo 5, relativo a la información general exigida*, lo que se pretende en la Directiva es que tanto los destinatarios del servicio como las autoridades competentes puedan tener de una manera fácil, una serie de datos de los prestadores de servicios, como los relativos al nombre del prestador de servicios, la dirección geográfica donde éste está establecido, las señas, que permitan un contacto rápido e inmediato con el mismo, incluyendo su dirección de correo electrónico. Asimismo, los datos de inscripción en un Registro Mercantil o en otro Registro público de carácter similar, en el caso en que el prestador esté inscrito con el nombre de dicho Registro y su número de inscripción. También si en determinados casos una actividad está sujeta a un concreto régimen de autorización por estar así previsto en la ley nacional, habrá que establecer los datos de la autoridad de supervisión correspondiente. El propio artículo 5 indica que en relación a las profesiones reguladas habrá

que aportar los datos del Colegio Profesional o de la institución similar, cuando el prestador de servicios pertenezca a los mismos, así como el título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió y la referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento. Será importante, cuando se realice, por ejemplo, la Ley de Transposición española, no solamente acreditar el Título Académico y el Estado donde se expidió, sino también la homologación correspondiente en España.

Indica también la Proposición de Directiva que para el supuesto de que el prestador de servicios ejerza una actividad gravada por el Impuesto sobre el Valor Añadido, deberá aportarse también el número de identificación. Por último deberá haber una información clara y exacta del precio del servicio, indicando si incluye o no los impuestos y los gastos de envío.

Hay un punto interesante en relación a la letra F del apartado 1 referentes a las Profesiones Reguladas, relativo al Título Profesional expedido en el Estado miembro en que esté establecido, así como a las normas profesionales aplicables a los Estados miembros en que esté establecido y en los Estados miembros en que se suministran de forma regular servicios de la Sociedad de la Información. Este artículo y en este apartado está en íntima relación con la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos académicos. Sería necesario y conveniente el incluir en la Directiva, de forma clara, la necesidad del trámite previo del reconocimiento del Título Profesional, no solamente en el Estado miembro en que esté establecido el profesional sino también, por supuesto, en el Estado miembro de recepción de ese servicio del profesional, porque podría ocurrir que no estuviera reconocida esa cualificación profesional para ejercer una actividad que sí fuera posible en el Estado miembro de origen, pero no en el Estado miembro donde se recibe esa Prestación del Servicio.

F) *En cuanto a los artículos 6 y 7, están dentro de la sección dedicada a las comunicaciones comerciales.* En este sentido, el Considerando 29 establece que «...las comunicaciones comerciales son esenciales para financiar los servicios de la sociedad de la información y el desarrollo de una amplia variedad de servicios nuevos y gratuitos en interés de los consumidores y en beneficio de la lealtad de las transacciones, las comunicaciones comerciales —incluidas las rebajas, ofertas y concursos o juegos promocionales— deben respetar algunas obligaciones en cuanto a su transparencia... dichas obligaciones se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en la Directiva 97/7/CE; lo dispuesto en la presente Directiva deberá entenderse sin perjuicio de las Directivas existentes sobre comunicaciones comerciales y, especialmente, la Directiva 98/43/CE...». El artículo 2, ya reseñado, en su letra F define a la comunicación comercial como todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una

empresa, no considerándose comunicaciones comerciales en sí mismas, los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona, así como las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa.

El *artículo 6* nos incardina en una información exigida de carácter especial en estas comunicaciones comerciales, debiendo cumplir determinadas condiciones como que la comunicación comercial sea claramente identificable como tal, que también lo sea la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones, que las ofertas promocionales, tales como descuentos, premios y regalos, concursos o juegos promocionales, deben quedar claramente identificables como tal, y que las condiciones de acceso, o en su caso, de participación, se presenten de forma clara e inequívoca.

El *artículo 7* que regula la comunicación comercial no solicitada, ha sido uno de los artículos más conflictivos en la propia negociación. Para entrar a comprender el significado de dicho artículo, existen dos posturas para el tratamiento de la comunicación comercial no solicitada. La primera de ellas, y que defendió España durante bastante tiempo, es que el usuario no tiene por qué recibir comunicaciones comerciales no solicitadas, si expresamente así lo manifiesta y presta el consentimiento para recibirlas. Existe otra postura que puede resumirse en el sentido de que el usuario no debe protestar por recibir comunicación comercial no solicitada. Por último, existe la posibilidad de que el destinatario que no quiera recibir determinadas comunicaciones comerciales no solicitadas, tenga que inscribirse o apuntarse en una lista de exclusión voluntaria (opt-out), listas que deberán consultar regularmente los prestadores de servicios de certificación. Esta ha sido la postura adoptada en la Posición Común en la Proposición de Directiva. Este tipo de comunicaciones están en íntima relación con la Directiva de Contratos a distancia y la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones en conexión con el consentimiento del destinatario en determinados casos de comunicación comercial no solicitada. Está claro que a la hora de realizar la transposición de la Directiva en una norma española, habrá que hacer una especial consideración a que el envío esté permitido por la normativa vigente, debiendo el prestador de servicios estar obligado a consultar de forma periódica las listas de exclusión voluntaria o cualquier otro mecanismo de exclusión del censo promocional que se establezca de acuerdo con el artículo 31.3 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal.

En este sentido, el Considerando 31 indica que «...Los Estados miembros que permiten el envío de comunicación comercial no solicitada por parte de prestadores de servicios establecidos en su territorio por correo electrónico sin consentimiento previo del receptor, deben garantizar que los prestadores de

servicios consulten periódicamente las listas de exclusión voluntaria en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones y las respete...»

G) *En cuanto al artículo 8, referente a las profesiones reguladas*, lo está haciendo dentro del concepto de la comunicación comercial, y no en otro campo o ámbito de aplicación, y es por ello el sentido que debe darse a este artículo. El Considerando 32 intenta explicar el sentido de la conexión entre las profesiones reguladas y las comunicaciones comerciales, cuando indica que «...Para suprimir los obstáculos que impiden el desarrollo en la Comunidad de los Servicios Transfronterizos que las personas que ejercen las profesiones reguladas puedan ofrecer sus servicios en Internet, es necesario que se respeten las normas profesionales previstas para proteger especialmente a los consumidores o la salud pública, y que dicho respeto quede garantizado a nivel comunitario; los códigos de conducta a nivel comunitario constituyen un instrumento privilegiado para determinar las normas deontológicas aplicables a la comunicación comercial y que conviene impulsar, en primer lugar su elaboración o, si procede, su adaptación, sin perjuicio de la autonomía de los colegios o asociaciones profesionales... (33) la presente Directiva complementa el Derecho comunitario nacional, en lo que respecta a las profesiones reguladas, manteniendo un conjunto coherente de normas aplicables en la materia...»

Este es el sentido del *artículo 8* de la Directiva, que impone a los Estados miembros garantizar el que esté permitido el uso de comunicaciones comerciales que en todo o en parte constituyan un servicio de la sociedad de la información, facilitado por un miembro de una profesión regulada y con determinados condicionantes de independencia, secreto profesional, etc.

El concepto de profesión regulada lo podemos encontrar en la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años. En este sentido, la profesión regulada es toda actividad profesional cuyo acceso, ejercicio o alguna de sus modalidades de ejercicio estén sometidas directa o indirectamente en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas a la posesión de un título. Se encuentra también la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya obtenido el título. Así pues, habrá que tener en cuenta estas Directivas en el sentido de que no pueden ser alteradas ni modificadas por esta Directiva de comercio electrónico, pues todas son de aplicación. Aunque sólo se refiere a la comunicación comercial, y en concreto a la publicidad, si por cualquier circunstancia se prestara a través de la línea un servicio de una profesión regulada, habrá que tener en cuenta los límites,

el reconocimiento de títulos y el control que existe en las Directivas relacionadas con las profesiones reguladas, ya que no olvidemos que el destinatario del servicio está en un país que puede recibir un asesoramiento legal, vía Internet, de un abogado que se encuentra en otro país Estado miembro, aunque el servicio fuese prestado por Internet, en ningún caso pueden saltarse estas normas de, por ejemplo, reconocimiento de títulos.

Este *artículo 8* de profesiones reguladas, entendemos con claridad que no es de aplicación a las profesiones que contempla el actual artículo 45, antiguo 55 del Tratado, en el sentido de profesiones que participan o están relacionadas con el ejercicio del poder público, como es el caso, por ejemplo, de los notarios.

Referencia sobre todo en el apartado 2 a los posibles principios de Códigos Deontológicos Profesionales, sin olvidar lo que antes indicábamos a la hora de hacer mención a los Títulos Profesionales en el *artículo 5* de la Directiva.

H) *En cuanto al artículo 9 que hace referencia al tratamiento de los contratos por vía electrónica*, nos recuerda en parte al *artículo 5* de la Directiva sobre Firma Electrónica en el sentido de que allí se indicaba que los Estados miembros no podrán negar validez a dicha Firma Electrónica por el simple hecho de no ser Firma Manuscrita, con las matizaciones y problemática que ya se indicaron en los diferentes informes del Ministerio de Justicia sobre los efectos y eficacia de la Firma Electrónica en los distintos supuestos. No olvidemos que en el caso de la Ley Española sobre Condiciones Generales de Contratación, se prevé la validez de los contratos, incluso por esa vía electrónica, existiendo ya el desarrollo reglamentario de dicho *artículo 5* en su apartado 3, en virtud del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la ya citada Ley 7/1998, de 13 de abril; así como un conjunto de leyes que también se adujeron en los informes sobre Firma Electrónica en el sentido de diversas leyes españolas que han regulado la Comunicación por Vía Telemática tanto, por ejemplo, el Mercado de Valores, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre y un largo etcétera. Pero este Principio General debe estar matizado en cada caso concreto en relación con la Legislación interna de cada Estado que no puede ni debe entrometerse en el Sistema Jurídico de Derecho Interno, cuando existen un conjunto de Normas y Leyes que establecen todo el entramado de la contratación, y sobre todo en determinados sectores donde parece esencial y conveniente la exclusión de esta Contratación por Vía Electrónica. Por ello el *artículo 9* en su apartado 2, de manera lógica y concluyente establece la posibilidad de que los Estados miembros puedan disponer el apartado 1 del Principio General de Validez de los Contratos por Vía Electrónica, no se aplique a los contratos que requieran la intervención de un Notario, a los contratos que para ser

válidos deban registrarse ante una Autoridad Pública, los contratos sujetos al Derecho de Familia y los contratos sujetos a los Derechos de Sucesión. La lista, en principio, es adecuada y acorde con nuestro sistema jurídico español, sistema jurídico de Derecho Romano Continental, con los pilares en materia de seguridad jurídica preventiva de las funciones notariales y registrales. Aún hay un ámbito de exclusión, ya que la Directiva 91/III CE, relativa a la Protección de los Consumidores en materia de Contratos a Distancia, no olvidemos que los Contratos por Vía Electrónica son por esencia Contratos a Distancia, ya que las partes no están presentes simultáneamente, excluye de forma categórica la posibilidad de las ventas a distancia sobre Bienes e Inmuebles y los Derechos Reales sobre ellos constituidos. En este caso no se trata de que los Estados puedan o no aplicar esos contratos a la vía electrónica, como dice el artículo 9 de esta Directiva, sino que en las ventas a distancia siempre estarán excluidos. Por ello podrían pensarse que no haría falta la inclusión de esa excepción en el artículo 9, ya que está la Directiva sobre Contratos a Distancia, y al no derogar esta nueva Directiva, la de los Contratos a Distancia, quedarían excluidos *per se*. No obstante, en la Directiva de Contratos a Distancia se hace mención a las ventas, pero también existe otros posibles Contratos sobre Bienes e Inmuebles, que no son compraventas, y de ahí que fuera conveniente el incluir en la lista del apartado 2 del artículo 9 los contratos relativos a Bienes e Inmuebles y a los Derechos Reales sobre ellos constituidos.

Profundizando un poco más en este importantísimo artículo 9, sobre la base de la redacción dada en los textos que figuraban en la primera y segunda lectura, se realizaron informes por la Delegación Española en el sentido de matizar y ampliar el número 2 del artículo 7 en el sentido de que los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1, relativo a la posibilidad de realización efectiva de contratos comerciales por vía electrónica, no se apliquen a determinados contratos. En este sentido, en la exclusión que aparece en la letra a) de los contratos que requieran la intervención de un notario, se proponía hablar también de actos jurídicos, por ser un concepto que engloba otra serie de negocios que no son contratos, por no ser negocios jurídicos bilaterales como, por ejemplo, requerimientos, notificaciones, actas de manifestación, declaraciones de obra nueva y un largo etcétera. Asimismo, se quería ampliar a otros fedatarios públicos que también ejercen la fe pública como los corredores de comercio, por ejemplo. En el apartado b) la redacción del texto hablaba de los contratos que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública, proponiéndose la modificación por la de contratos y actos jurídicos que para ser válidos o para producir efectos frente a terceros deban registrarse ante una autoridad pública, teniendo en cuenta que frente a Registros de la Propiedad alemán o el austríaco, que tienen carácter constitutivo, es decir, que los actos y contratos no inscritos, o los derechos en ellos

constituidos, no existen ni son válidos, existen otros Registros de carácter declarativo, en el sentido de que el contrato no inscrito o, mejor dicho, el derecho que se transmite o se constituya, aunque no esté inscrito es válido, pero no produce fuerza ni efecto frente a terceros hasta que no se inscriba; de ahí la necesidad de incluir también a estos Registros que por regla general tienen carácter declarativo, salvo algunos casos, en las excepciones o en las exclusiones de este artículo 9.2. También se propuso introducir dentro de estas exclusiones, que no estaba contemplada en el artículo 9, la de los contratos relativos a la adquisición del derecho de propiedad o a la constitución o transmisión de otros derechos reales sobre bienes inmuebles. Como indicamos anteriormente, esta excepción está ya comprendida en la Directiva sobre contratos a distancia, y es lógica su exclusión debido a la importancia de estos contratos, donde no debe primar en ningún caso la rapidez, y por razones de seguridad la vía electrónica es un método inadecuado. En el documento ya citado de la Presidencia de agosto de 1999, se introducen algunas de estas sugerencias, aunque no todas.

El texto de la Proposición de Directiva en cuanto al artículo 9.2 que hemos comentado, y debido entre otros motivos a una participación activa de la Delegación Española en su discusión, permite la no aplicación a determinados contratos que los Estados miembros quieran excluir de su realización por vía electrónica. En este sentido pueden quedar excluidos los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento; los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; por último, los contratos en materia de derecho de familia o de sucesiones. La lista, creemos, es bastante completa, y en definitiva se permite a través de esta posible exclusión por parte de los Estados miembros, adaptar las distintas particularidades de sus sistemas jurídicos en razón a las propias exigencias de formas y solemnidades requeridas para celebrar determinados actos o contratos, así como por las especiales características del objeto de determinados contratos que requieren una reflexión por las partes contratantes, lejos de la rapidez que pudiera ofrecer el comercio electrónico, pero que en determinados casos produciría una total inseguridad en las partes contratantes.

El contrato formalizado por vía electrónica es el contrato celebrado a distancia o sin que las partes estén simultáneamente presentes, enviado en origen y recibido en destino por medio de equipos electrónicos de tratamientos y almacenaje de datos y que son enteramente transmitidos, encaminados y recibidos por medio de cable, radio, medios ópticos o por otros medios electromagnéticos. Cuando se realice la transposición de la Directiva al De-

recho español, estos contratos formalizados por vía electrónica deberán ajustarse a lo dispuesto en el Código Civil, Código de Comercio, Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Créditos al Consumo; la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y a las restantes disposiciones de la Legislación Civil y Mercantil sobre contratos, así como sus normas modificativas y de desarrollo, además de a lo establecido en la propia Ley de Transposición y en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre Firma Electrónica.

1) *El artículo 10 hace referencia a la información exigida en los contratos por vía electrónica*, en el sentido de que los Estados miembros dispondrán en su legislación que el prestador de servicios deberá explicar las modalidades de formación de un contrato por vía electrónica de forma clara e inequívoca como los pasos que hay que dar para cerrar el contrato, si el contrato se archiva o no, una vez celebrado, qué medios existen para corregir los errores de manipulación, etc. La Delegación Española, en sus intervenciones y propuestas, introdujo el que los Estados garantizarán, mejor que la expresión dispondrán, y que la forma de explicar la modalidad de formación de un contrato por vía electrónica, además de forma clara e inequívoca, debería ser también comprensible, por ser la expresión que se utiliza en el artículo 4.2 de la Directiva sobre contratos a distancia. Entre otras matizaciones se propuso introducir como información exigida que debería incluirse la de indicar las limitaciones que la legislación nacional establezca a la capacidad para contratar de menores e incapacitados, por razones fundamentales de orden público, en relación a estos grupos más desprotegidos, y que se encuentra también en la ya citada Directiva de contratos a distancia en su artículo 4.2 inciso final. Como punto esencial e importante, cuando la Directiva dice que los Estados garantizarán en su legislación que los pasos que hay que dar para celebrar un contrato por vía electrónica, deberán estar fijados de tal manera que se garantice que las partes lo entienden, se propuso que debería de advertirse en particular, antes del último paso, en el proceso de la contratación electrónica, que no se trata de un juego o simulación de contratación, sino de un contrato real, y que la opción final de aceptación del mismo no podría estar configurada como opción por defecto; con ello se pretende garantizar la posición de la persona que contrata por estas vías electrónicas, garantizando en definitiva el consentimiento real de los contratantes.

El texto de la Proposición de Directiva parte del principio, en este artículo 10, de que los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite una información al destinatario del servicio que efectúe un pedido de manera clara, comprensible e inequívoca. Esta información consistirá en los diferentes pasos técnicos que deben seguirse para celebrar el contrato, si el prestador

del servicio va a archivar o no el contenido del contrato que eventualmente va a celebrarse y si éste va a ser accesible. Asimismo, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido, así como las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, y nosotros diríamos que en la Ley de Transposición debería de establecerse a elección del consumidor. Otra información exigida debe ser la de los códigos de conducta correspondientes a los que en su caso se encuentre acogido el prestador y la manera de consultar electrónicamente dichos códigos y las condiciones generales de los contratos facilitados al destinatario, debiendo estar disponibles para que pueda almacenarlas y reproducirlas. En la norma de Transposición Española, todo ello deberá resultar de los términos establecidos por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y en sus normas de desarrollo, así como el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre Contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

J) *El artículo 11 de la Directiva regulaba la importante cuestión del momento de celebración del contrato.* Este artículo 11 establecía que los Estados miembros dispondrán en su legislación que salvo acuerdo en contrario de las partes y siempre que se trate de profesionales, cuando se pida al destinatario de un servicio que manifieste su consentimiento utilizando medios tecnológicos como, por ejemplo, clicar sobre un icono para aceptar la oferta de un prestador de servicios, el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y haya confirmado la recepción del acuse de recibo. La propuesta de la Delegación española sobre este texto era cambiar la palabra dispondrán por la de garantizarán, añadir a la expresión profesionales la de empresarios, y añadir después de clicar un icono o mecanismos de firma electrónica, así como cambiar la expresión medios tecnológicos por medios electrónicos. La razón de estas alteraciones, unas son de carácter terminológico en cuanto a la de garantizar, y otras como la de medios electrónicos o mecanismos de firma electrónica, por la gran relación que existe con la Directiva sobre firma electrónica, no cabiendo duda de que uno de los mecanismos más normales que se utilizarán para esta contratación electrónica serán los de la propia firma electrónica. Asimismo en el texto se establece que el contrato quedaría celebrado cuando el destinatario de servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios, acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y además haya confirmado la recepción del acuse del servicio. La propuesta de modificación consistía en suprimir la frase haya confirmado la recepción del acuse de recibo, y que fue comentada por varias Delegaciones, e incluso por la propia Comisión y por una enmienda en el Parlamento Europeo. La razón de esa supresión es que se haría demasiado complicado el pro-

ceso en toda la contratación, ya que habría hasta cuatro comunicaciones, que serían la oferta, la aceptación, el acuse de recibo y la confirmación posterior. La introducción también de la frase perfeccionamiento y ejecución hace referencia a indicar que esta Directiva tiene un ámbito de aplicación, siempre que todo el proceso se dé dentro de las redes informáticas, pero en ningún caso cuando sea fuera de las mismas, por ejemplo, la entrega efectiva de un bien o entrega material deberán aplicarse las Directivas correspondientes sobre contratos de distribución, de responsabilidad por producto defectuoso y un largo etcétera. El apartado c) del texto, en primera y segunda lectura, establecía que el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible; la Delegación española propuso introducir la frase referente a que «Un retraso superior al habitual, según los usos del comercio, genera responsabilidad *in contrahendo*, y la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados», tratando con esta ampliación de especificar las consecuencias jurídicas en caso de retraso indebido en la remisión por parte del prestador de servicios del acuse de recibo. Asimismo se indicó la necesidad de suprimir el número 2 del artículo 11, que estaría más adecuado en el propio artículo 10 en relación con la información exigida. En el texto de agosto de 1999, tanto de la Comisión como de la propia Presidencia, se ha suprimido la cuarta comunicación a la que hacíamos referencia anteriormente, o sea, la confirmación de la recepción del acuse de recibo. En cambio, el texto de la Comisión ha suprimido algunos de los apartados, pero en cambio no introduce lo relativo a los medios electrónicos y a los mecanismos de firma electrónica. Sí coinciden el texto reformado de la Comisión y el de la Presidencia, de agosto de 1999, como ya se ha indicado, en introducir en relación con los consumidores, el que las cláusulas contractuales y las condiciones generales que se ofrezcan al consumidor deberán ponerse a su disposición de tal manera que pueda conservarlas y reproducirlas.

Posteriormente, en el debate acaecido en las sesiones, se cambió el título de *este artículo 11 por el de realización de un pedido*, en el sentido de no quererse inmiscuir la Directiva en cuestiones como la de la celebración del contrato por vía electrónica, sobre todo por la diversidad de los sistemas jurídicos y por el distinto tratamiento que en las diferentes legislaciones se daba a esta cuestión. Por ello en el texto de la Posición Común se llegó a una solución menos comprometida, más ambigua, que no entraba de lleno en la auténtica fase contractual, sino más bien en la fase anterior preliminar, y creo que esta solución ha sido acertada. Así, en la redacción de la Posición Común del artículo 11, relativa a la realización de un pedido, se articula que cuando el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, los Estados miembros deben garantizar que se apliquen determinados principios, excepto cuando las partes, que no son consumidores, así lo acuerden. Estos principios son:

1.º El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida, y nosotros diríamos conforme a los usos y prácticas habituales y por vía electrónica.

2.º Se considerará que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

3.º El prestador de servicios pondrá a disposición del destinatario los medios técnicos adecuados, eficaces y accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido.

Aunque la Directiva no lo diga, en la Ley de Transposición, a los efectos de aclarar el tema, debería establecerse la presunción de que el destinatario puede tener acceso al mensaje respectivo desde que haya sido recibido en una dirección de correo electrónico, vinculada personal o institucionalmente al mismo; así como que se entenderá que la contratación electrónica producirá obligación entre los contratantes cuando hayan utilizado un medio electrónico para emitir su declaración de voluntad, sin necesidad de admisión expresa de esta modalidad de contratación. Con estas dos matizaciones creemos que puede ayudarse a clarificar la problemática existente en este medio de contratación.

De *lege ferenda*, y en la futura Ley de Transposición, debería de hacerse mención específica a la prueba de las obligaciones, al lugar de celebración del contrato y a la ley aplicable y jurisdicción competente, por ser materias esenciales en toda la cuestión de la contratación.

En lo referente a la prueba de las obligaciones, por supuesto de las que nacen de los contratos celebrados por vía electrónica, habrá que estar a las reglas generales del Derecho común y a lo dispuesto sobre el valor de los documentos electrónicos en las normas procesales y en la Norma Española sobre firma electrónica. Puede ocurrir que una determinada ley requiera, a efectos de prueba, que el contrato conste por escrito, y en estos casos siempre que no se exija forma pública, este requisito debe entenderse satisfecho, por supuesto, en el ámbito de los contratos electrónicos, siempre que los mensajes electrónicos que han dado lugar a la celebración del contrato, son archivados y se mantienen accesibles para su ulterior consulta.

En cuanto al lugar de celebración del contrato, el contrato electrónico debe presumirse celebrado en el lugar desde el que el destinatario del servicio efectúe su pedido, salvo que ninguna de las partes contratantes sean consumidores y pacten lo contrario. El lugar de celebración del contrato, fijado en los términos antes indicados, servirá para interpretar el contrato conforme a los usos y costumbres de dicho lugar, así como para determinar la exigencia de requisitos de forma especiales. Con ello se conseguiría, por las propias características del mercado español, que la ley aplicable fuera la española, ya que

somos más bien destinatarios de servicios en este campo, con las ventajas de aplicar nuestra ley y la interpretación del contrato.

En el supuesto de la ley aplicable y jurisdicción competente, debería establecerse en esa futura Ley de Transposición, que en el supuesto de que ese contrato por vía electrónica presentase elementos de extranjería para determinar la ley y jurisdicción, se estará a lo dispuesto en los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte, y en su defecto, a las normas de Derecho Internacional Privado establecidas en el Título Preliminar del Código Civil. Con estos tres aspectos ya indicados se conformaría, de una manera armónica y positiva, tres cuestiones esenciales en esta materia de los contratos realizados por vía electrónica.

K) *Los artículos 12, 13 y 14 se hallan incardinados en la sección 4.^a del Capítulo III de la Proposición de Directiva.* Estos artículos son de especial importancia, como también la tuvieron los referentes a la Directiva de Firma Electrónica en cuanto a la responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación.

Estos artículos *hacen referencia a la responsabilidad de los llamados intermediarios*, dentro del concepto de los prestadores de servicios de la información, entendiendo por intermediarios a esos prestadores que realicen actividades de mera transmisión, almacenamiento o alojamiento de datos. No obstante, además de esa responsabilidad de estos intermediarios, en la Ley de Transposición española debería hacerse una mención a una responsabilidad en general de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Responsabilidad derivada de los daños y perjuicios que causen por su actividad, cuando actúen fuera de la ley o sin la debida diligencia y conforme a las normas sobre culpa contractual o extracontractual y corriendo la carga de la prueba de que han actuado con la debida diligencia a cargo del prestador de servicios.

Estos tres artículos del Texto de la Directiva han sido muy discutidos en las diferentes sesiones, existiendo diversas posturas, desde aquéllas que querían partir de un principio de irresponsabilidad total para estos intermediarios, hasta otras que fueron modulándose, en el sentido de que debían tener responsabilidad, en determinados casos y circunstancias, vallándose al efecto con matizaciones los diversos textos que se iban proponiendo en cada una de las sesiones. El considerando 40 establece que «...Lo dispuesto en la presente Directiva sobre responsabilidad, no supone un obstáculo para que las distintas partes interesadas desarrollen y apliquen de forma efectiva sistemas técnicos de protección e identificación...»

Las exenciones de responsabilidad de cada uno de los intermediarios y el límite de actuación o de obligación impuesta a los mismos están bastante perfiladas en distintos considerandos del texto, que en definitiva luego queda reflejado en los propios artículos 12, 13 y 14. En este sentido se establecen

en los considerandos que «...las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios... se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente... esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva... un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión y por la fórmula de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada memoria tampón (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite... un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte o..., denominada memoria tampón y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades...»

Con independencia de que la Directiva establece unas determinadas limitaciones de responsabilidad, ello no afecta en modo alguno a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos que pueden consistir en acciones o actuaciones de los tribunales o de autoridades administrativas, en virtud de las cuales se ponga fin a la infracción o se impida que se cometa, incluso con la posibilidad de retirar la información ilícita, o bien haciendo imposible el acceso a ella.

Cuando la actividad del prestador de servicios consista en almacenar datos facilitados por el destinatario para que pueda beneficiarse el prestador de la limitación de responsabilidad, éste habrá de actuar con prontitud para retirar los datos o impedir el acceso a ellos cuando tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. Incluso los Estados miembros podrán exigir en estos casos a estos prestadores que apliquen un deber de diligencia que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional del mismo.

Los artículos 17 y 18 de la Directiva hacen referencia a la solución extrajudicial de litigios y a los recursos judiciales, respectivamente.

L) *El artículo 15 de la Proposición de Directiva establece como principio general la inexistencia de obligación de supervisión.* En este sentido, los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas respecto de los servicios de mero transporte del artículo 12 y de la forma de almacenamiento denominada *caching*, así como en el Texto de la Posición Común también se incluye el alojamiento de datos del artículo 14.

Este principio general, realizado de forma amplia, no parece muy adecuado, sobre todo desde el punto de vista de las actividades ilícitas, y está en

íntima relación con el problema de la responsabilidad de los intermediarios y de los operadores que facilitan y que realizan la transmisión. Este problema se acrecienta más aún en la forma de almacenamiento denominada *caching*, ya que dicho método de almacenamiento automático, provisional y temporal, es un medio para facilitar la rapidez en «internet» en la transmisión de la información a través de copias existentes en la red para facilitar el acceso de otros usuarios a esa información, pero el problema radica muchas veces en las normas del sector que habitualmente se utilizan para procurar este procedimiento, que en muchas ocasiones no han sido pactadas previamente con la persona que aporta la información y el prestador de servicios, sino que son normas convencionales de uso, pero que no tienen ni un origen contractual ni un origen normativo.

La idea de la Comisión en el artículo 15 es que no se someterá a los prestadores de servicios a ninguna obligación general de supervisar o controlar, activamente, el contenido de las informaciones de terceros. Ahora bien, esa no exigencia de supervisión no debe implicar el consentir transmitir datos o hechos que indiquen actividades ilícitas, por ello será necesario el suavizar este principio general, dejando de establecerse esa obligación general de no supervisión cuando se tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita, con la obligación en este caso, por parte de los prestadores de servicios, de ponerlo en conocimiento inmediatamente a las Autoridades Judiciales competentes, a fin de que éstas establezcan las medidas cautelares necesarias para que esa información ilícita no esté recorriendo las redes de la información.

Por ello creemos que es negativa la formulación del apartado uno del artículo 15, ya que el prestador de servicios realiza una función esencial para los destinatarios, y si esa actividad es ilícita o así lo presume el prestador de servicios, debe exigírsele un deber general de colaboración que está inmerso en casi todas las Legislaciones Penales de los Estados miembros, además de poder caer en la figura, entre otras, de colaborador necesario a la comisión del delito, e incluso de encubridor. Además debe permitirse, siempre y en todo caso, que cada Estado miembro establezca las medidas necesarias en sus respectivas legislaciones para controlar y exigir responsabilidades al prestador de servicios, sobre todo desde el punto de vista penal, que es cuestión esencial y específica del Derecho interno. De otro modo, como queda redactado el párrafo primero del artículo 15, produciría, en nuestra opinión, un grave peligro a la hora de realizar la Transposición de la Directiva, en concreto al Derecho interno español. Debería aclararse y establecerse específicamente, también en el artículo 15, que los Estados miembros podrán imponer obligaciones específicas a los intermediarios para prevenir o interrumpir las actividades ilícitas que vayan inmersas en los datos o información transmitida.

Por supuesto, el apartado segundo de este artículo 15, que establece que lo indicado en el apartado primero se entiende sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión selectiva y transitoria que las Autoridades Judiciales del país soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional para prevenir, investigar, detectar y perseguir infracciones penales; este apartado cae por su propio peso, ya que no puede ser de otra manera el que la Autoridad Judicial puede ejercitar cualquier tipo de actividad para prevenir, investigar y castigar los delitos que se realicen por la vía electrónica.

Por todo ello convendría refundir en un solo apartado el artículo 15 y de una manera enunciada en positivo, y no en negativo, en el sentido de que las Autoridades Judiciales podrán realizar todo lo necesario e intervenir, paralizar o quitar de la red dichos mensajes, así como establecer con claridad el deber general de colaboración de los prestadores de servicios, colaboración con la administración de justicia, cuerpos y fuerzas de seguridad, así como la de tener un mínimo control de las informaciones que transmiten, con la diligencia de un buen padre de familia, y por supuesto con las responsabilidades que de ello se derivan, que están en conexión con los artículos 12, 13 y 14 de esta Directiva. Por supuesto, ese control de las Autoridades Judiciales debe estar prevista tanto para el país emisor como el receptor.

La interceptación de las comunicaciones por razones específicas están permitidas a los Estados miembros y previstas en la Directiva 97/66/CEE sobre datos personales y privados en el sector de Telecomunicaciones.

La redacción del texto ha mejorado después de los comentarios que se han realizado en los primeros textos, ya que si bien es cierto se sigue manteniendo la no obligación de supervisión de carácter general, ello no se refiere a las obligaciones de supervisión en casos específicos y a las comunicaciones que los prestadores deben hacer a las autoridades públicas competentes, los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios, así como la obligación de comunicar a aquellas autoridades, a solicitud de éstas, información por la que se permita identificar a los destinatarios de su servicio.

M) *El artículo 16, relativo a los códigos de conducta* tiene como objetivo fundamental que los Estados miembros y la Comisión fomenten la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario a través de asociaciones u organizaciones profesionales con el fin de contribuir a que se apliquen los artículos 5 a 15 de la Directiva. Este artículo se encuentra en íntima conexión con el artículo 8 apartado 2 de la propia Directiva, en relación a los códigos de conducta, para precisar qué datos podrán facilitarse por las asociaciones y organismos profesionales para el uso en actividades de prestación de los servicios de la sociedad de la información, remitiéndonos en este momento a lo que ya se explicó en el Informe de esta Dirección General en lo que se refiere al artículo 8.

A la hora de abordar esta elaboración de los códigos de conducta se podría plantear la posibilidad de elaborar dos tipos de códigos, uno de carácter general para todas las profesiones, y otros códigos específicos para cada profesión.

No obstante, ello plantea muchas dificultades, sobre todo en ciertas profesiones cuya regulación es diferente en cada uno de los Estados miembros, aunque es de vital importancia que efectivamente se elaboren, ya que por el propio texto de la Directiva y por su filosofía, si esto no se realiza podrá la Comisión llevarlos a cabo. Una primera crítica es la de las grandes facultades que se otorgan a la Comisión, no tanto en las explícitas en el artículo 16 como las del propio artículo 8, existiendo una posible discordancia y ambigüedad en cuanto a las mismas.

A nivel comunitario existe una Recomendación 98/560/CE de 24 de septiembre de 1998, relativa al desarrollo de la Competitividad de la Industria Europea de Servicios Audiovisuales y de Información mediante la Promoción de Marcos Nacionales destinados a lograr un Nivel de Protección Comparable y Efectivo de los Menores y de la Dignidad Humana para la Protección Específica de estos Menores y de los Derechos Humanos. Asimismo existe un Plan de Acción para la Promoción de la Utilización Segura de «internet» 56 de la CE, destinado a fomentar la autorregulación y códigos de conducta para crear un entorno seguro de «internet».

La letra «b» del apartado 1 de este artículo establece el envío de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario a la Comisión para examinar si son compatibles con el Ordenamiento Jurídico Comunitario. Ello implica que los proyectos pueden ser aprobados o rechazados tras efectuarse ese filtro por la Comisión.

Pero el problema fundamental radica, primero, en el tiempo que va a transcurrir en la elaboración de esos códigos de conducta; éstos, además, pueden ser rechazados, y mientras el funcionamiento del mercado a través de las redes de «internet» seguirá en marcha, sin tener un control efectivo sobre las actuaciones a las que los códigos deben intentar regular. Asimismo, la obligatoriedad de esos códigos de conducta, tanto a nivel interno como a nivel comunitario, no está especificada ni indicada en la Directiva, en definitiva, su carácter coercitivo.

No olvidemos que aunque el artículo 16, en su apartado segundo, hace referencia a las Asociaciones de Consumidores, a los efectos de que deberán participar en el proceso de elaboración y aplicación de los códigos de conducta, y en general de la tradición autorreguladora del sector, es difícil o casi imposible el llegar a una solución satisfactoria y sobre todo segura y estable, tanto en beneficio de las propias profesiones como de los consumidores, y en su caso de las Autoridades Nacionales pertinentes.

Por todo ello, el artículo 16 debería ser más expeditivo y rotundo, en el sentido de la exigencia de la elaboración de esos códigos de conducta y las consecuencias de su incumplimiento.

En el supuesto de que la Autoridad Pública sea parte contratante en alguno de estos acuerdos voluntarios parece que en virtud de la Directiva 98/34/CE, los mismos deberán notificarse obligatoriamente a la Comisión, siendo necesario el que la misma aclare este punto.

En definitiva, serán las Administraciones Públicas las que deben fomentar la elaboración y aplicación de los códigos de conducta de ámbito nacional, cuando hablemos de la Transposición de la Directiva, así como en su caso los códigos de ámbito comunitario, procurándose la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones que representen a los discapacitados, teniendo en cuenta especialmente dichos códigos la protección de los menores y la dignidad humana.

N) *El artículo 17 hace referencia a la solución extrajudicial de litigios*, estableciendo en su apartado primero que los Estados miembros velarán por que en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios de la sociedad de la información y el destinatario de los mismos, su legislación permita utilizar de forma efectiva mecanismos de solución extrajudicial, incluso utilizando vías electrónicas adecuadas.

Según la Comisión, este artículo contempla la obligación de permitir el recurso efectivo, especialmente por vía electrónica a los mecanismos de solución extrajudicial siempre que se respeten los principios contemplados en el apartado 2. Continúa indicando la Comisión que este tipo de mecanismo parece particularmente útil para determinados litigios en «internet», habida cuenta de las escasas cuantías de las transacciones y de la envergadura de las partes, que pueden renunciar a utilizar los procedimientos judiciales debido a sus costes.

El marco jurídico, termina indicando la Comisión, en los Estados miembros de estos mecanismos de solución, no debe entrañar la limitación de su uso o volverlos complejos, sobre todo cuando se trate de mecanismos específicos para litigios en «internet» que puedan producirse por vía electrónica. El apartado 2 especifica la solución extrajudicial de litigios de consumo y parece reconducirse por el resumen hecho por la Comisión a lo enunciado en la Recomendación 98/257/CEE de la Comisión, adoptada el 30 de marzo de 1998; relativa a los Principios Aplicables a los Órganos Responsables de la Solución Extrajudicial de los Litigios en Materia de Consumo. Y hacemos especial hincapié de la Recomendación, ya que en la práctica no pudo ponerse de acuerdo a los Estados miembros a la hora de dictar una posible Directiva en esta materia de consumo, por la imposibilidad de poner de acuerdo a todo un conjunto de legislaciones en las que ya intervienen normas procedimentales de Derecho interno, aunque sea para solución extrajudicial de litigios.

Como primera objeción y punto de partida debemos indicar que no se pretenderá en esta Directiva el que la solución extrajudicial se realice totalmente por vía electrónica; la complejidad de los sistemas arbitrales y el principio de tutela efectiva de todo ciudadano, consagrado en la Constitución Española, lo harían inviable.

Otro tema podría ser el que determinadas notificaciones y comunicaciones enviadas a las partes contratantes puedan realizarse a través de vía electrónica, como después veremos se ha establecido en algún texto.

Desde el punto de vista del Derecho interno español, la Ley Marco que regula el Arbitraje, es la Ley 36/1998, de 5 de diciembre, de Arbitraje, que en su artículo 1 establece que mediante el arbitraje las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios arbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir en materias de su libre disposición conforme a Derecho.

El primer punto conflictivo que puede surgir en esta solución extrajudicial de litigios, es el relativo al ámbito de exclusión del arbitraje que, por supuesto, variará en cada uno de los Estados miembros.

El artículo 2 de la citada Ley de Arbitraje establece que no pueden ser objeto de arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído Resolución Judicial Firme y Definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución (cfr. arts. 245.3 de la LOPJ y 369 de la LEC); asimismo, las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición (cfr. arts. 6.2, 6.3, 151, 716, 1.271, 1.813 y 1.814 del Código Civil); también las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, debe intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos (cfr. art. 3.7 EOMF. Los que carecen de capacidad de obrar o de representación legal), y por último, se excluyen los arbitrajes laborales.

Por su parte, el artículo 4 de la citada Ley hace referencia al arbitraje de derecho o de equidad, y el importante artículo 5, relativo al convenio arbitral y sus efectos en cuanto a la expresión de la voluntad inequívoca de las partes de someter a solución todas las cuestiones litigiosas, o algunas de éstas, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas sean o no contractuales; y el artículo 11 en relación a que el convenio arbitral a estar y pasar por lo estipulado, pudiendo las partes renunciar por convenio al arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial, es decir, la posibilidad de poder volver a los Tribunales Ordinarios para defender los derechos.

Estos artículos son normas de Derecho imperativo que en ningún caso podrán ser desvirtuadas por ningún tipo de Recomendación, sea cual sea que pueda surgir en el ámbito de la Unión Europea, y de ahí la dificultad de poder armonizar los distintos Sistemas Jurídicos de los diferentes Estados miembros. Incluso el propio Laudo Arbitral contemplado en el artículo 37 de la

citada Ley, que sea firme, produce efectos idénticos a la cosa juzgada, cabiendo contra el mismo el Recurso de Revisión. Así también prevé la Ley en el artículo 38 la intervención jurisdiccional, es decir, la posible formalización judicial del arbitraje. Y el artículo 45 contempla la anulación del laudo, entre otros supuestos cuando fuese contrario al Orden Público, y por lo tanto habría que acudir a la Vía Judicial Ordinaria.

Por último, y este tema es de vital importancia, el artículo 61 de la Ley de Arbitraje establece la Ley que rige la validez del convenio arbitral y sus efectos, que será la designada por las partes expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal, en su defecto por la Ley aplicable a la relación de la que derive la controversia; en defecto por la Ley del lugar en que deba dictarse el Laudo y si no estuviere determinado, por la Ley del lugar de celebración del convenio arbitral. Asimismo el artículo 6 de dicha Ley establece que el convenio arbitral deberá formalizarse por escrito. La mención que se ha realizado de todas estas normas expresan, una vez más, las dificultades en relación con los servicios de la sociedad de la información de la aplicación del arbitraje, mucho más a través de vías electrónicas adecuadas, y sobre todo de los organismos o entes responsables de la solución extrajudicial de litigios de consumo, así como de la operatividad y aplicación práctica que se atribuya a la solución dada por los arbitros y los mecanismos de respuesta en caso de incumplimiento, teniendo en cuenta, también, la variedad de los sujetos u órganos que pueden darse para la solución arbitral.

También, desde el punto de vista del Derecho interno, se encuentra, por ejemplo, en materia de consumo, el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo y la creación de las Juntas Arbitrales de Consumo. En materia de Telecomunicaciones, el Reglamento de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, regula los conflictos que puedan surgir entre operadores de redes y servicios del sector de las telecomunicaciones. Asimismo el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento de 9 de abril de 1997.

Desde el punto de vista internacional existen Convenios Multilaterales y Bilaterales. Por ejemplo, el Protocolo sobre Cláusulas de Arbitraje elaborado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923. El Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, elaborado en Ginebra el 26 de septiembre de 1997. El Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, elaborado en Nueva York el 10 de junio de 1958. El Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborado en Ginebra el 21 de abril de 1961; este último Convenio fue ratificado por España el 12 de mayo de 1975, y en el artículo 1.º se establece el campo de

aplicación del mismo, si bien centrado para solventar controversias surgidas o que puedan surgir en operaciones de comercio internacional.

Por su parte, también existen materiales de práctica arbitral en Instituciones y Reglamentos de Arbitraje Comercial Internacional, así el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Resolución 31/98 de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976. El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que en su artículo 3 permite que las notificaciones o las comunicaciones puedan efectuarse por carta, correo... o por cualquier otro medio de telecomunicación. Y por último el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, que en su artículo 4 también hace referencia a las notificaciones y plazos que podrán ser realizadas por escrito y entregadas por correo ... correo electrónico o cualquier otro medio de telecomunicación.

El considerando 51 indica que «...Corresponderá a cada Estado miembro..., ajustar aquellas disposiciones de su legislación que puedan entorpecer la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos por vías electrónicas adecuadas...»

En el caso español, para resolver estos conflictos será de aplicación lo previsto en la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje; en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación y en sus normas de desarrollo. Incluso en los contratos celebrados por vía electrónica se podrá incorporar como cláusula adicional un convenio de sumisión a arbitraje, pudiéndose emplear medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con los principios reguladores de dichos procedimientos arbitrales. Igual consideración puede hacerse cuando se trate de un contrato con condiciones generales de la contratación.

Ñ) *El artículo 18, referente a los recursos judiciales*, tiene por objeto el que los Estados miembros actúen y velen porque los recursos judiciales que existen en cada legislación nacional, cuando se trate de actividades relacionadas con los servicios de la sociedad de la información, estos recursos permitan adoptar rápidamente medidas destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios. En la Ley de Transposición española habrá que indicar la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Criminal, y la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y además se podrán adoptar medidas cautelares que se estimen necesarias para lo que anteriormente indicábamos en los términos del texto de la Proposición de Directiva, siempre de conformidad con los procedimientos establecidos en las normas antes citadas.

O) En cuanto a otros *artículos*, como son del 19 al 24, están haciendo referencia a la cooperación entre los Estados miembros en relación a los

servicios de la sociedad de la información, las sanciones que determinarán los Estados aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales que se adopten en aplicación de la Directiva, al reexamen, en relación con la necesidad de adaptación de la Directiva, a la evolución jurídica, técnica y económica en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información, la transposición, entrada en vigor y destinatarios.

FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁS

Notario

Letrado adscrito de la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Miembro de la Delegación Española de la UE,
para la discusión de la Directiva
del Comercio Electrónico