

LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Prof. Dr. Etienne MONTERO

Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se está transformando rápidamente, bajo el impulso de esa red mundial que es Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un número creciente de participantes.

Para la Unión Europea, el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en el espacio sin fronteras es una gran oportunidad de eliminar las barreras que dividen a los pueblos europeos. Además, la posibilidad de practicar el comercio electrónico con una moneda única, el euro, en el mayor mercado único del mundo, aportará ventajas considerables a nivel de la competitividad de las empresas europeas. Añadamos a este desafío, el nuevo impulso político de la Unión Europea relativo a la cohesión social en la comunidad : ofrecer nuevas oportunidades de empleo en la Comunidad.

A fin de que las esperanzas se hagan realidad, es necesario crear las condiciones para que los operadores, clientes y prestadores de servicios, puedan intervenir con toda confianza en esta sociedad de la información. De momento, el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información en la Unión europea se ve entorpecido por cierto número de obstáculos jurídicos que se oponen al buen funcionamiento del mercado interior. Dichos obstáculos tienen su origen en la disparidad de legislaciones así como en la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios.

Para garantizar la seguridad jurídica y la confianza, se vio la necesidad de establecer un marco jurídico claro y de carácter general para el comercio electrónico en el mercado interior. Así se aprobó la Directiva de 8 de junio de 2000 "relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico, en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)" (*D.O.C.E.*, 17/7/2000, L 178/1.). Esta Directiva se aplica sin duda alguna a las relaciones entre "comerciantes" ("Business to Business" o, más sencillamente, B to B) así como a las relaciones entre "comerciantes" y consumidores ("Business to Consumer" o B to C).

Pese a los obstáculos jurídicos anteriormente mencionados, hay que reconocer que esta iniciativa viene a complementar un conjunto de instrumentos comunitarios, que aseguran ya un nivel elevado de protección, en particular de la salud pública y de los intereses de los consumidores. Entre muchas otras, se puede mencionar la Directiva de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, la Directiva de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva de 25 de julio de 1985 relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y la Directiva de 10 de septiembre de 1984 sobre publicidad engañosa y comparativa (Directiva cuya última modificación la constituye la Directiva 97/55 de 6 de octubre de 1997, *D.O.C.E.*, 23/10/1997, L 290/18.). Dichas Directivas se seguirán aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información (considerando nº 11).

La Directiva sobre el comercio electrónico no pretende crear una uniformización del derecho, sino que establece un marco general relativamente flexible. Es decir, de conformidad con los principios de subsidiaridad y proporcionalidad, las medidas previstas en la Directiva se limitan al mínimo necesario para conseguir el objetivo del correcto funcionamiento del mercado interior (considerando nº 10). Tampoco es objetivo de la Directiva establecer

normas adicionales de derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones o a la jurisdicción de los tribunales. Los Estados miembros se benefician de una importante libertad de transposición de esta Directiva. También es menester subrayar las dificultades de encontrar un consenso general sobre disposiciones más precisas y detalladas.

En este análisis reflejaremos seis temas esenciales que se destacan en la nueva Directiva : 1° el lugar de establecimiento del prestador de servicios, 2° la información a proveer a los destinatarios de los servicios, 3° el régimen de las “comunicaciones comerciales” (concepto vecino pero más amplio que el de “publicidad”), 4° el tratamiento de los contratos por vía electrónica, 5° la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, y por último, 6° la solución extrajudicial de litigios.

¿Cómo la Directiva resuelve la cuestión del lugar de establecimiento del prestador de servicios?

El problema de la determinación del lugar de establecimiento del prestador de servicios es uno de los puntos claves en Internet. Su delimitación es difícil y con repercusiones fundamentales. Cómo determinar, por ejemplo, el establecimiento del proveedor de software vía Internet cuyos sistemas informáticos están ubicados en Alemania, su sede comercial en el principado de Mónaco y que la mayoría de la mano de obra esta compuesta de especialistas en informática de India, cuando los destinatarios finales del servicio son consumidores de la cuenca mediterránea?

En su artículo 2, c) la Directiva define el “prestador de servicios establecido” a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, como el “prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado”. Es añadido después que “la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios”.

Si bien esta disposición no soluciona todas las incertidumbres, establece claramente el criterio económico en disfavor al criterio tecnológico. En el supuesto de que existan varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, el lugar de establecimiento será el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular (considerando n° 19).

Este principio está estrechamente relacionado con el principio del control de los servicios de la sociedad de la información en el origen de la actividad. Según este principio, cada Estado tiene que procurar que los servicios de comercio electrónico, propuestos por un prestador de servicios establecido en su territorio, respeten las disposiciones nacionales en dicho Estado miembro. Y los otros Estados no pueden restringir el acceso y la libre circulación de los servicios. Es lo que se suele llamar el principio de acuerdo mutuo del derecho del país de origen. Este principio debe ser aprobado porque así el prestador de servicios sólo debe conocer y aplicar una legislación, la de su propio país. Sin ese principio los prestadores de servicios hubieran tenido que dominar una multitud de legislaciones distintas, lo que no parece factible. Además tal principio no va en contra de la protección de los destinatarios de los servicios : en efecto, ellos tienen interés a estar sometidos a una legislación bien conocida y respetada por el prestador de servicios y cuya aplicación está controlada por las autoridades del país de establecimiento.

Pese a la regla del control en el origen, resulta legítimo que, en ciertos casos, los Estados miembros tomen medidas dirigidas a restringir la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información. Estas medidas conciernen el mantenimiento del orden público, la seguridad pública, la protección de la salud pública, la protección de los consumidores, etc. Por supuesto, estas medidas deberán ser proporcionales a los objetivos enfocados.

¿Qué información debe facilitar el prestador de servicios?

Mientras que la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia ya impone al prestador de servicios a distancia garantizar el acceso a las informaciones en materia de identidad del proveedor, descripción del servicio, precio, etc., la Directiva sobre el comercio electrónico insiste en la obligación de facilitar la identificación del prestador y hacer el proceso contractual más transparente.

Esta información está destinada a establecer una relación entre el mundo virtual y el mundo real. Así, cualquier persona que inicia un servicio de comercio electrónico debe fijar de forma permanente, en las páginas fácilmente accesibles del "Website" los datos siguientes: nombre del prestador de servicios, dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicios, señas que permitan al consumidor ponerse en contacto con él y establecer una comunicación directa y efectiva (incluyendo su dirección de correo electrónico). Se debe igualmente indicar si el prestador de servicios está inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar y, si ejerce una actividad gravada por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el número de identificación. Por último, el prestador debe indicar si está sujeto a un régimen de autorización particular o si pertenece a un colegio profesional o institución similar.

Además de estos datos, el prestador tiene que informar claramente al destinatario sobre los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato. También debe proveer los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido y facilitar la información sobre si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado y si éste va a ser accesible.

El prestador debe también indicar los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilitar información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.

La Directiva crea así un régimen específico que prevee una obligación de información intensificada en el marco de los contratos electrónicos. En comparación con el mundo tradicional de contratos a distancia, tales como el correo postal, el teléfono o el fax, el consumidor contratante por vía electrónica recibirá más información. Este régimen especial se justifica por dos razones. Primero, la naturaleza global del Internet y la "desmaterialización" extrema de las relaciones justifica adoptar reglas específicas para contratos celebrados por ese medio. Segundo, es más fácil proveer informaciones suplementarias utilizando un medio electrónico que a través de un medio físico, limitado por consideraciones de espacio y de legibilidad. Además, el coste de tal información es despreciable en Internet.

¿Que estipula la Directiva en materia de comunicaciones comerciales?

La Directiva sobre el comercio electrónico introduce un concepto desconocido hasta ahora, el de "comunicación comercial". Es un tipo de "publicidad" entendida en un sentido más amplio como todas las formas de comunicación destinadas a promover no sólo bienes y servicios sino también la imagen de una empresa u organización. Por lo que concierne a las comunicaciones comerciales, la Directiva establece los principios de identificación y de transparencia.

Las comunicaciones comerciales deben ser claramente identificables como tales. Hay que también poder identificar la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones. Según la Comisión europea, puede ser suficiente *un vínculo hipertexto (hyperlink)* permitiendo al destinatario acceder a las informaciones pertinentes. Esta flexibilidad es el resultado pragmático de no imponer un formalismo inútil.

Tratándose de las comunicaciones comerciales no solicitadas, lo que atañe al envío de

mensajes por correo electrónico, está prevista una exigencia suplementaria : estas comunicaciones deben ser identificables de manera clara e inequívoca como tales en el mismo momento de su recepción.

El artículo 7 que regula la comunicación comercial no solicitada ha sido uno de los artículos mas conflictivos en la negociación. Dos técnicas de protección estaban ya propuestas en la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia : la técnica de las listas de exclusión voluntaria ("opt-out") en las que se pueden inscribir las personas que no deseen recibir comunicaciones comerciales, y la técnica más apremiante del "opt-in" (autoriza las comunicaciones comerciales a condición de que el destinatario del mensaje haya dado su consentimiento previo). La nueva Directiva establece, ahora, una obligación mínima suplementaria para los Estados miembros que elijan la técnica del "opt-out" : garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria y las respeten.

¿Que se destaca del capitulo consagrado a los contratos por vía electrónica?

El artículo 9 de la Directiva impone a los Estados miembros velar por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Esto incluye la obligación de suprimir todas las exigencias jurídicas que pueden conducir a privar de efecto y de validez jurídica a ciertos tipos de contratos en razón de su celebración por vía electrónica. Este es el caso, por ejemplo, de las disposiciones que exigen para la validez del contrato que éste sea celebrado por escrito y firmado manuscritamente. Estas exigencias de forma tendrán que ser suprimidas o remplazadas por “equivalentes electrónicos”.

Sin embargo, la Directiva prevee unas excepciones, para los contratos que necesiten la intervención de los tribunales, de las autoridades públicas o de un notario por ejemplo. Estas excepciones nacionales particulares tendrán que ser objeto de una evaluación periódica. Los Estados miembros enviarán a la Comisión cada cinco años un informe explicando los motivos por los que consideran necesario mantener las excepciones.

Por otra parte, la Directiva ha renunciado a fijar un criterio uniforme de la noción de oferta y del momento preciso en que se celebra el acuerdo de voluntades. Se limita a imponer al prestador de servicios la obligación de acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica.

Cuales son las líneas directrices de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios?

Los prestadores de servicios intermediarios son los que limitan sus actividades al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación o al alojamiento de datos, es decir, todos aquellos que ejercen una actividad de naturaleza puramente técnica.

En pocas palabras, la Directiva sobre el comercio electrónico establece una amplia exención de responsabilidad para la actividad de mera transmisión y una responsabilidad reducida, según ciertos requisitos, para la actividad de alojamiento de datos. Es decir, que el prestador de servicios que almacena datos a petición de un destinatario del servicio, no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a condición de que él no tenga conocimiento efectivo de la actividad o de la información ilícita, o de que en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

La Directiva fomenta también la elaboración de mecanismos rápidos y eficaces tendiendo a eliminar las informaciones ilícitas.

Otras obligaciones pueden ser impuestas a los prestadores intermediarios por los Estados miembros tales como la obligación de que los prestadores comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

Muy importante es el principio de “inexistencia de obligación general de supervisión”. La decisión de no imponer a los prestadores intermediarios una obligación general de supervisión y de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, aparece como un buen principio. Esto es debido a que sería técnicamente (y/o económicamente) imposible su puesta en práctica y que la solución inversa conduciría sin duda a formas de responsabilidad automática fundada en una “falta objetiva” (deducir la falta de la supuesta transgresión de la obligación de supervisión cada vez que se descubra un contenido ilícito).

Por último, podemos aprobar las exenciones y limitaciones de responsabilidad a condición de que los Estados miembros jueguen limpio la invitación de la Directiva de instaurar mecanismos rápidos y eficaces tendiendo a eliminar las informaciones ilícitas y de preveer los procedimientos necesarios permitiendo a las autoridades nacionales imponer a los prestadores intermediarios una obligación de supervisión restringida y temporal (Etienne MONTERO, "La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet", *Revue Ubiquité*, 2000, n° 5, p. 99-117.).

¿Qué prevee la Directiva para la aplicación de sus principios?

Las primeras disposiciones propuestas para la aplicación de la Directiva son las de fomentar la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario y de alentar a los órganos responsables la solución extrajudicial de litigios.

La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de velar para que, en caso de desacuerdo entre un prestador de servicios y el destinatario del servicio, su legislación no obstaculice la utilización de los mecanismos de solución extrajudicial, existentes con arreglo a la legislación nacional para la solución de litigios, incluso utilizando vías electrónica adecuadas. Este mecanismo parece particularmente útil para determinados litigios en Internet, en particular litigios en materia de productos de consumo, teniendo en cuenta la escasas cuantías de las transacciones y la envergadura de las partes, que pueden renunciar a utilizar los procedimientos judiciales debido a sus costes (Vincent TILMAN, "Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution", *Revue Ubiquité*, 1999, n° 2, p. 47-64 accesible vía Internet : <http://www.droit.fundp.ac.be/textes/ADR.pdf/>).

Este reconocimiento de la política de "self-regulation" (donde los actores de Internet pueden celebrar propios acuerdos para especificar sus relaciones jurídicas y controlar ellos mismos su aplicación) es significativa sin ser absoluta y ciega. Así la Directiva fomenta el envío a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta y de la evaluación que se haga por los actores de la aplicación de los códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico. Tratándose de los mecanismos de solución extrajudicial, tales como el arbitraje o la mediación vía Internet, la Comisión fomenta el respeto de principios fundamentales y el envío a la Comisión de las decisiones relevantes que se tomen en relación con los servicios de la sociedad de la información y demás datos sobre prácticas relacionadas con el comercio electrónico.

Por último, la Directiva prevee que los recursos judiciales nacionales permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción.

Conclusión

Un texto como el de la Directiva es inevitablemente el resultado de numerosos arbitrajes entre concepciones y puntos de vistas distintos, con algunas lagunas restantes. Mencionemos, entre otras, la ausencia de fijación de un criterio uniforme del momento de celebración de un contrato por vía electrónica. Cuando un contrato es celebrado en línea entre personas situadas en países diferentes, es importante, por una serie de cuestiones jurídicas bien sabidas, fijar el momento preciso de celebración del contrato. En el artículo 11, la Directiva se contenta de consagrar la obligación del prestador de acusar recibo del pedido, sin demora indebida y por vía electrónica. Pero ninguna regla determina el momento preciso de la conclusión del contrato. Tampoco se ha llegado a una definición uniforme de la noción de "oferta" que no es la misma en los distintos sistemas jurídicos. En otros puntos, como en materia de "self-regulation" (códigos de conducta) o de solución extrajudicial de litigios, los avances de la Directiva son más bien tímidos : sólo se impone a los Estados miembros una obligación de "fomentar", "alentar"...

Ahora es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión, transponer la Directiva europea sobre el comercio electrónico antes de principios del año 2002. Recordamos a este respecto que, en conformidad con los grandes principios fijados por la Directiva, los Estados miembros quedan libres de elegir los mejores medios para ponerlos en obra. Será esencial en esta tarea, la sencillez y claridad de la transposición, así como el asegurar la compatibilidad con las normas internacionales vigentes.

Es útil precisar en este ambiente internacional que la presente Directiva no será aplicable a los servicios procedentes de prestadores establecidos en un país tercero a la Unión Europea. Contando con la dimensión global del comercio electrónico, conviene garantizar, no obstante, la coherencia del marco comunitario con el marco internacional. La Directiva se entiende sin perjuicio de los resultados a que se llegue en los debates pendientes en las organizaciones internacionales.

Además, esta Directiva tiene que ser completada por otras Directivas, principalmente en lo que concierne a los derechos de autor en la red numérica, a los aspectos fiscales del comercio electrónico, a las prestaciones en línea de servicios financieros...

Compilación de documentos presentados para los Congresos de Derecho e informática.

Trabajo presentado en VIII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. "Por la Universalización del Derecho". Organizado por la FIADI y el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico de Monterrey. Campus Estado de México. Del 21 al 25 de Noviembre del año 2.000. Derechos reservados a favor del autor, se prohíbe cualquier reproducción total o parcial que no sea autorizada por el titular de los derechos.