

LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, MARCO JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS A TRAVÉS DE INTERNET

.....
GEMA M^a CAMPILLOS GONZÁLEZ

Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información. MCYT.

LA PLENA INCORPORACIÓN A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN ES UNA DE LAS TAREAS MÁS IMPORTANTES EN QUE ESTÁ EMBARCADA ESPAÑA PARA MODERNIZAR SU ECONOMÍA, REDUCIR SU DEPENDENCIA TECNOLÓGICA DEL EXTERIOR Y

51

obtener el máximo rendimiento de su carácter de «pequeña potencia». Corresponde al sector privado realizar el mayor esfuerzo para integrar las tecnologías de la comunicación en sus procesos productivos y de venta. Sin embargo, los poderes públicos tienen la misión de impulsar esa renovación tecnológica, fomentando la incorporación de las tecnologías de la información a la actividad empresarial y el acceso de todos a estas nuevas herramientas de la comunicación, adaptando los programas educativos y de formación a esta nueva realidad y adoptando las

medidas normativas que contribuyan al desenvolvimiento sin fricciones de la llamada «nueva economía».

En este contexto, se enmarca la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, con la que se dota de un marco jurídico cierto a la realización de actividades económicas por Internet, proporcionando a las empresas, la seguridad jurídica que precisan en cuanto a sus derechos y obligaciones específicos en la Red, y a los usuarios, las garantías que reclaman para

confiar en la realización de transacciones económicas por medios electrónicos. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (en adelante, Ley de Servicios) permite alinear, además, la legislación española con la normativa comunitaria y la de los demás Estados de la Unión Europea en esta materia, pues con ella, se incorpora a nuestro Ordenamiento jurídico la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la Sociedad de la Informa-

blecimiento» implica *la realización efectiva de una actividad económica*, a través de una *instalación estable* y por un *período indefinido*, siendo indiferente, a este respecto, el lugar en que estén situados los medios tecnológicos que permitan mantener o acceder al sitio de Internet de que se trate. Se limitan, así, los efectos de la deslocalización de empresas en paraísos fiscales o en territorios con una legislación más laxa que la europea.

Con el fin de proporcionar certidumbre a los agentes y usuarios sobre la localización de un prestador de servicios, la Ley de Servicios toma prestados de la legislación fiscal conceptos como los de «domicilio fiscal» y «establecimiento permanente», ya que éstos son conocidos por los destinatarios de la Ley y permiten concretar el concepto jurídico indeterminado de «establecimiento». Dichos conceptos fiscales son, además, compatibles con la noción material de establecimiento predicada por el Derecho comunitario, pues se refieren, al igual que éste, al lugar en que se dirija o lleve a cabo una determinada actividad económica.

PRESTADORES DE SERVICIOS EN ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

Las autoridades españolas deben aceptar la prestación de servicios a destinatarios residentes en España por prestadores establecidos en otro Estado del Espacio Económico Europeo, sin que puedan exigir el cumplimiento de esta Ley y del resto de la normativa española relevante, excepto en los supuestos tasados previstos en el artículo 3.4 de la Directiva y en los previstos en su anexo que se han trasladado a la Ley de Servicios (artículo 3).

Estos últimos supuestos, entre los que se incluyen los derechos de propiedad intelectual e industrial o la actividad de seguro directo, se excluyeron del principio de país de origen por ser insuficiente la armonización conseguida o porque las Directivas que las regulan reconocen al Estado de destino la facultad de exigir el cumplimiento de su propia normativa.



PRESTADORES DE SERVICIOS EN ESTADOS FUERA DEL ESPACIO ECONÓMICO EUROPEO

En este caso, la Ley distingue dos supuestos: el de los prestadores de servicios que dirijan sus actividades específicamente a España y el de los prestadores de servicios que dirijan sus servicios indistintamente a cualquier país o a un país distinto a España. En su intento por anular los efectos de la deslocalización, la Ley somete a la primera clase de prestadores de servicios a las obligaciones establecidas en ella, siempre que ello no resulte contrario a los tratados y convenios internacionales aplicables.

En ambos casos, la aplicación del principio de libre prestación de servicios tal como se regula en la Ley se condiciona a lo estipulado en los Tratados y convenios internacionales, lo que, en la práctica, supone negar a dichos servicios los beneficios derivados del principio de reconocimiento mutuo de la legislación del Estado de origen.

Tal restricción es coherente con el alto grado de armonización jurídica logrado entre los países del Espacio Económico Europeo, que permite establecer el principio de reconocimiento automático de legislaciones, y que no se produce en relación con otros Estados.

ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de aplicación de la Ley, ésta se aplica a los «servicios de la Sociedad de la Información», concepto éste amplio con el que se alude a toda actividad *económica* realizada por medios electrónicos, excluidos aquellos servicios que no se presten previa petición individual (los servicios de radiodifusión sonora y televisiva).

Dicha configuración del concepto clave de la Ley permite incluir bajo su paraguas la contratación electrónica y los servicios organizados en torno a ella (subastas electrónicas, mercados virtuales...), los servicios característicos de Internet, como los de intermediación, o los servicios que se prestan de forma gratuita para los destinatarios, como son los buscadores, muchas publicaciones electrónicas o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico.

Lo relevante, pues, para la calificación de un servicio como «servicio de la Sociedad de la Información» es que su prestación entrañe algún tipo de actividad económica para su promotor, por realizarse con ánimo de lucro o financiarse con los ingresos generados de modo directo o indirecto (publicidad, patrocinio, comercio electrónico...) por ella.

Para garantizar la eficacia de su actuación de control, la Ley de Servicios apodera a los mismos órganos competentes antes mencionados para requerir de los prestadores de servicios «de intermediación» su colaboración en la ejecución de resoluciones de interrupción de la prestación de servicios, ya que dichos prestadores facilitan la difusión de contenidos en la Red. Prestadores de servicios «de intermediación» son los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso y, en general, todas las empresas que prestan servicios propios de Internet, como el alojamiento de páginas (*webhosting*), el ofrecimiento de directorios o instrumentos de búsqueda, y cualquier titular de una página de Internet en la que existan enlaces a contenidos ajenos.

Esta nueva facultad sólo debería ejercerse en caso de que, intentada la ejecución de la resolución con el prestador de servicios «final», ésta resultase infructuosa. Entre las medidas cuya ejecución podría solicitarse a los prestadores de servicios «de intermediación», se encuentran la interrupción del servicio de alojamiento a un determinado cliente, la supresión de una determinada entrada en un índice o directorio de enlaces o el bloqueo del acceso a determinadas páginas de Internet, que se aplicará especialmente cuando la página con contenido ilícito esté alojada en un servidor extranjero.

La obligación de actuar sólo en ejercicio de competencias legalmente atribuidas, conforme a los procedimientos legalmente establecidos y respetando las garantías constitucionales de los derechos fundamentales que pudieran resultar afectados sigue siendo exigible en la actuación tanto administrativa como judicial frente a los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, como recuerda expresamente la Ley.

En cuanto a las razones que pueden justificar la adopción de medidas restrictivas, éstas son, como se ha dicho, cualquier incumplimiento normativo que, de acuerdo con la regulación aplicable, pueda desencadenar tal consecuencia jurídica. No obstante, en el caso de servicios procedentes de otro Estado del Espacio Económico Europeo, sólo podrá restringirse su prestación en España si atentan contra el orden público, la salud pública, la pro-



tección de los consumidores y usuarios u otros valores esenciales, debiendo seguirse, para su adopción, un estricto procedimiento de notificación al Estado miembro de origen y a la Comisión europea.

RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

La Ley de Servicios establece un régimen de responsabilidad específico para las actividades de intermediación que realizan los prestadores de servicios en Internet. De acuerdo con la regulación proyectada, los prestadores de servicios «de intermediación» que se limiten a la realización de las labores técnicas, automáticas y pasivas que comporta su actividad y no tengan conocimiento de la ilicitud de los contenidos que manejan no serán responsables por la ilegalidad de los mismos.

Con objeto de afianzar la seguridad jurídica de los prestadores de servicios, evitando que éstos deban actuar por meras sospechas, y de lograr, al mismo tiempo, la máxima adecuación a la variedad de ilícitos que pueden presentarse (juego no autorizado, mensajes racistas o xenófobos, pornografía infantil, difusión de secretos oficiales, violación de derechos de propiedad intelectual...), la Ley espe-

cifica los medios de adquisición de conocimiento de la ilicitud de contenidos. Éstos incluyen la comunicación de una resolución dictada por una autoridad competente, que declare la ilicitud de los datos, y otros métodos, como los procedimientos de detección y retirada que se acuerden entre las partes implicadas.

La Ley extiende las normas relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento a los prestadores que facilitan enlaces o instrumentos de búsqueda, por la similitud existente entre las actividades de intermediación que ambos realizan y el tratamiento parejo que reciben en la legislación comparada, en particular, en la *Digital Millennium Copyright Act* estadounidense.

COMUNICACIONES COMERCIALES POR VÍA ELECTRÓNICA

Otra de las materias en las que la Ley de Servicios ha evolucionado desde el inicio de su tramitación es la regulación de las comunicaciones comerciales, para las que, junto a la obligación de transparencia antes comentada, se requiere el consentimiento previo de su destinatario cuando se remitan por correo electrónico u otro medio equivalente.

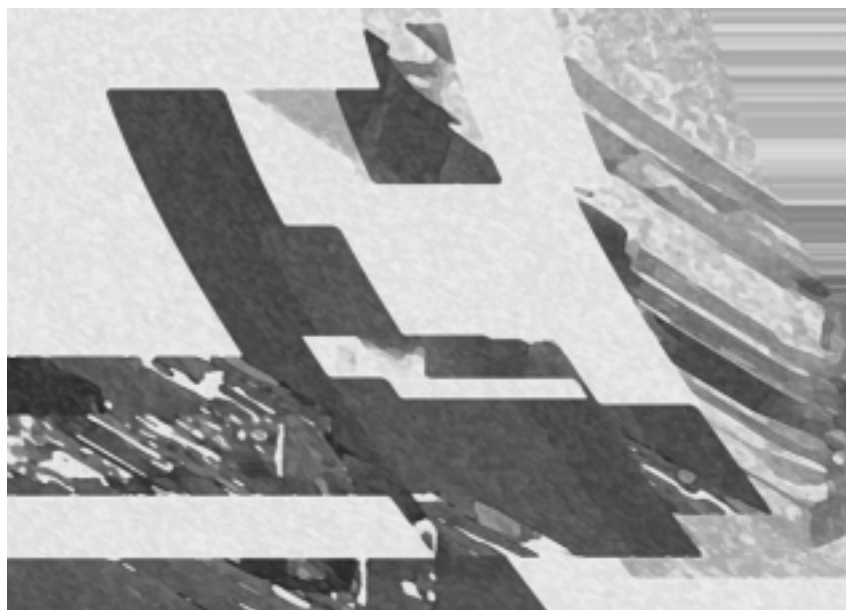
celebrados a distancia el consentimiento se entenderá prestado en el momento en que el oferente recibe la aceptación, salvo que se utilicen dispositivos automáticos en la contratación, en cuyo caso el contrato se entenderá perfeccionado desde el momento de emisión de la aceptación. En el ámbito de la contratación electrónica, la primera regla se aplicará a los contratos celebrados por correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalentes y la segunda, a los contratos celebrados a través de una página de Internet.

En cuanto al lugar de celebración del contrato, se establece una presunción a favor del lugar en que resida el prestador de servicios, cuando la transacción tenga lugar en el marco del «B2B», y del lugar de residencia del consumidor, cuando éste sea parte del contrato. Esta norma podría favorecer la aplicación de la ley del consumidor, si el lugar de celebración del contrato fuera determinante para decidir la ley aplicable al contrato, lo que no suele suceder, ya que el lugar de celebración es un criterio residual de Derecho internacional privado.

LEY APLICABLE A LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

En este aspecto, la Ley considera el principio de país de origen como un límite a la aplicación de las normas sustantivas determinadas en virtud de las normas de derecho internacional privado aplicables, no como una nueva regla de conflicto. Esta consideración se apoya en el artículo 14 y en el considerando 23 de la Directiva comunitaria, en los que se afirma que ésta no establece normas adicionales de derecho internacional privado.

Sin embargo, el principio de país de origen debe ser tenido en cuenta para moderar la aplicación de la ley nacional aplicable, si ésta es distinta de la ley vigente en el país de establecimiento del prestador de servicios, en el supuesto de que sus normas contengan una regulación más estricta de las obligaciones o



de la responsabilidad de los prestadores de servicios que la establecida en la legislación del país de origen. De esta forma, se salvaguarda la plena aplicación del principio de libre prestación de servicios transfronterizos contemplado en la Directiva.

El principio de país de origen únicamente opera como límite a la aplicación de las normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, las cuales están recogidas en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Las normas para la determinación de la ley aplicable en otros ámbitos (responsabilidad extracontractual...) y de la jurisdicción competente no resultan afectadas por el mencionado juego del principio de país de origen.

Por otra parte, la Directiva 2000/31/CE reduce parte de la tensión entre el principio de país de origen y las disposiciones del Convenio de Roma, al excluir de la aplicación del mencionado principio las materias con las que entra en conflicto, es decir, la libertad de elección, por las partes, del Derecho aplicable al contrato, los requisitos de forma aplicables a la contratación sobre inmuebles y los contratos con consumidores, en que seguirá siendo de plena aplicación la norma más proteccionista del artículo 5 del Convenio de Roma.



AUTORREGULACIÓN, AUTOCONTROL, RESOLUCIÓN JUDICIAL Y RÉGIMEN SANCIONADOR

La Directiva y la Ley se enfrentan a una realidad, como la de Internet, dinámica y cambiante. Por ello, impulsan los medios de autorregulación que permitan adaptar sus principios a la evolución que puedan experimentar los servicios de Internet, insistiendo en la participación de todos los sectores implicados, incluidas las asociaciones de consumidores y usuarios, y en la labor de fomento que deben asumir la Comisión europea y los Estados miembros en la elaboración y aplicación de Códigos de Conducta.

Estos Códigos pueden considerarse como fuente complementaria de la Ley, al reservar a éstos la concreción de algunos de sus principios más importantes, como la protección contra el «spam» o los procedimientos de detección y retirada de contenidos ilícitos.

Otro de los campos en que el sector puede dotarse de una regulación autónoma es la resolución de conflictos, a través de procedimientos alternativos compatibles con el arbitraje institucional y la resolución judicial de litigios. Este tipo de

sistemas de autocontrol, de los que existen ejemplos meritorios en España, podría ser de gran utilidad para resolver de forma rápida los conflictos que surjan en las actividades realizadas por Internet, en especial si se incorporan los medios electrónicos a su tramitación, tal como prevé la Directiva.

Merece la pena destacar, en este sentido, el proyecto de creación de una red extrajudicial de resolución de conflictos en la Unión Europea, en marcha desde hace algunos años, que se verá reforzado con la aplicación de medios electrónicos, con arreglo a una Comunicación de la Comisión europea actualmente en proceso de elaboración.

En el plano judicial, se contempla el ejercicio de una acción de cesación para poner fin a las conductas contrarias a la Ley de Servicios que lesionen los intereses de los consumidores y usuarios de forma rápida, por un procedimiento que se regulará en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley no hace referencia a la adopción de medidas cautelares, pues, al igual que ocurre con las comunicaciones comerciales realizadas por miembros de profesiones reguladas, nuestro Ordenamiento jurídico está ya adaptado a la regulación recogida en la Directiva.

La Ley se cierra con un régimen de inspección, control y sanción, en el que se salvaguarda el principio *non bis in idem*, tanto respecto a las conductas delictivas



como respecto a infracciones administrativas tipificadas en la legislación sectorial, en el supuesto de que estas llegaran a concurrir con las previstas en esta Ley por la variedad de actividades afectadas por ella. La tipificación y la graduación de la gravedad de las faltas respetan el principio de proporcionalidad, estableciéndose unos intervalos cuantitativos para la determinación de la cuantía de las sanciones bastante amplios con objeto de facilitar su adecuación al daño causado, los beneficios obtenidos y demás circunstancias que deberán tenerse en cuenta para fijar su cuantía.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto, puede deducirse que la Ley de Servicios es una Ley heterogénea, por la diversidad de contenidos que encierra (responsabilidad, contratación, obligaciones de carácter público...), y compleja, por la multitud de intereses y actividades afectados. Es, asimismo, una Ley singular, porque sus disposiciones, en particular, las

relativas al principio de país de origen, extienden su eficacia más allá de la propia Ley, afectando a multitud de normas del Ordenamiento jurídico aplicables a la prestación de servicios en Internet.

Por ello, y por ser la primera Ley general sobre Internet, la Ley de Servicios tendrá el carácter de una Ley marco, que se completará con otras normas generales o especiales, existentes o futuras, que incidan en la materia.

Si bien la Ley tiene sus detractores, el proceso abierto y transparente seguido para su elaboración y el equilibrio logrado entre los intereses afectados favorecerán su aceptación social, lo que, sin duda, aumentará su eficacia y facilitará su aplicación en la práctica.

NOTAS

- (1) «Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley español de Comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración.» Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 663, enero-febrero 2001, páginas 81 a 123.
- (2) Las disposiciones de la Directiva 2000/31/CE se han incorporado al marco normativo propio del Espacio Económico Europeo en virtud de Decisión de su Comité mixto nº 91/2000, de 27 de octubre de 2000, por la que se modifica el anexo XI (Servicios de telecomunicaciones) del Acuerdo EEE, añadiendo un punto 5 h) al mismo (*D.O.C.E.*, Serie L 7/13, de 11 de enero de 2001).