

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La nueva directiva europea sobre el comercio electrónico

Tilman, Vincent; Montero, Etienne

Published in:
La Ley

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Tilman, V & Montero, E 2002, 'La nueva directiva europea sobre el comercio electrónico', *La Ley*, pp. 1-3.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA NUEVA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE EL COMERCIO ELECTRÓNICO

Vincent Tilman y Etienne Montero¹

Como decía Mister Burnstein, “The Internet is a network of networks. It is globally accessible and protocols are universal”. Si bien el comercio electrónico no es un fenómeno nuevo, se esta transformando rápidamente, bajo el impulso de esta red mundial que es Internet, en una trama de actividades comerciales mundializadas entre un numero creciente de participantes.

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

Pero para que las esperanzas sean una realidad, es necesario crear las condiciones para que los operadores, clientes y prestadores, puedan intervenir con toda confianza en esta sociedad de la información. Con la disparidad de legislaciones y la inseguridad jurídica de los regímenes nacionales aplicables a estos servicios existe una preocupación mayor común de los prestadores de servicios y asociaciones de consumidores.

Es en este objetivo de allanar los obstáculos jurídicos, 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, comúnmente denominada “Directiva sobre el comercio electrónico”².

Pese a los obstáculos jurídicos anteriormente mencionados, hay que reconocer que esta iniciativa viene complementar varios textos adoptados a escala comunitaria, que ya aseguran un nivel elevado de protección. Este es, en particular, el caso de la protección del consumidor con la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia, de la Directiva 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y de la Directiva 97/66/CE relativa al tratamiento de los datos personales.

Esta Directiva sobre el comercio electrónico no crea una uniformización del derecho sino que crea un marco general relativamente flexible. Es decir, que la Directiva se cimiente en los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad, con el fin de permitir un buen funcionamiento del mercado interior. La Directiva no tiene la finalidad de establecer reglas adicionales de derecho privado. Los Estados miembros se benefician así de una importante libertad de transposición de esta Directiva. Este aspecto se destaca aún mas especialmente en los artículos 16 y 17 relativo respectivamente a los códigos de conducta y a las solución

¹ Vincent Tilman, Investigador, es miembro del Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) y Dr. Etienne Montero, Profesor, es miembro del CRID, Universidad de Namur, Bélgica.

² 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, DOCE L 178/1, 17/7/2000.

extrajudicial de litigios. La verdad, es que hay que destacar las dificultades de encontrar un consenso general sobre disposiciones mas precisas y detalladas.

En este análisis reflejaremos algunos puntos esenciales que se destacan en la nueva Directiva. En primer lugar, el lugar de establecimiento del prestador de servicios. En secundo lugar, las informaciones a proveer a los destinatarios de los servicios. En tercer lugar, el régimen de la “comunicación comercial”. En cuarto lugar, el tratamiento de los contratos por vía electrónica. En cinco lugar la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Y por ultimo, la solución extrajudicial de litigios.

1. ¿Como la Directiva resuelva la cuestión del lugar de establecimiento del prestador de servicios?

El problema del establecimiento del prestador de servicios es uno de los caballos de batalla en Internet. Su delimitación es difícil y con repercusiones fundamentales. Como 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, es el lugar en que el prestador tenga su centro de actividades en relación con ese servicio en particular.

Este principio está estrechamente relacionado con el principio del control de los servicios de la sociedad de la información con el origen de la actividad. Según este principio, cada Estado tiene que procurar que los servicios de comercio electrónico, propuesto por un prestador de servicios establecido en su territorio, respeten las disposiciones nacionales en dicho Estado miembro.

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 publico, la seguridad publica, la protección de la salud publica, la protección de los consumidores, etc. Por supuesto, estas medidas tienen que ser proporcionales a los objetivos enfocados.

2. ¿Cual son los informaciones a facilitar por el prestador de servicios de la sociedad de la información?

Mientras que la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia ya impone al prestador de servicios a distancia de 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.

Estas informaciones están destinadas 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 paginas fácilmente accesible 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 numero 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 estas informaciones, el prestador tiene que informar claramente el consumidor sobre los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato. El debe proveer los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido. El prestador debe también facilitar la información sobre si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado y si este 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 coreo postal, el teléfono o el fax, el consumidor contratante por vía electrónica recibirá más informaciones. Este régimen especial se justifica por dos razones. Primero, la naturaleza global de Internet y la “desmaterialización” extrema de las relaciones justifica adoptar reglas especiales para contratos celebrados vía Internet. Segundo, es mas fácil de proveer informaciones suplementarias utilizando un médio electrónico que a través de un medio físico, limitado por consideraciones de espacio y de legibilidad. Además, el coste de tales informaciones es despreciable en Internet.

3. ¿Que estipula la Directiva en materia de comunicaciones comerciales?

Por lo que concierne a la publicidad entendida en un sentido amplio como todas las formas de comunicación comerciales destinadas a promover no sólo bienes y servicios sino también la imagen de una empresa o organización, la Directiva establece los principios de identificación y de transparencia.

Las comunicaciones comerciales deben ser claramente identificables como tales. Hay también que poder identificar la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales. Según la Comisión, puede ser suficiente *un vinculo hipertexto (hyperlink)* permitiendo al destinatario acceder a las informaciones pertinentes. Esta flexibilidad es el resultado del pragmatismo 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 más conflictivos en la negociación. Dos técnicas, estaban ya propuestas en la Directiva 97/7/CE en materia de contratos a distancia, el “opt-out” (autoriza las comunicaciones comerciales en ausencia de oposición manifiesta del destinatario) y la técnica más apremiante de “opt-in” (autoriza las comunicaciones comerciales a condición de que el destinatario del mensaje he dado su consentimiento previo). La nueva Directiva establece, ahora, una obligación mínima suplementaria para los Estados miembros que elijan la técnica de “opt-out”: garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (“opt-out”) en las que se podrán inscribir las personas físicas que no deseen recibir dichas comunicaciones comerciales, y las respeten.

4. ¿Que se destaca del capítulo 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 cierto 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 exigencias electrónicas.

Sin embargo, la Directiva prevee unas excepciones, para los contratos que necesiten la intervención de los tribunales, de las autoridades publicas 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 que consideran necesario mantener las excepciones.

Por otra parte, la Directiva ha renunciado a fijar un criterio uniforme de la nación 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.

5. Cuál 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 imposible su puesta en práctica y que la solución inversa conduciría sin duda a formas de responsabilidad automática fundadas en la "falta objetiva" (deducir la falta de la supuesta transgresión de la obligación de supervisión cada vez que se descubre un contenido ilícito).

Por último, podemos aprobar las exenciones y limitaciones de responsabilidad si los Estados miembros juegan limpio la invitación de la Directiva de instaurar mecanismos rápidos y eficaces tendiendo a eliminar las informaciones ilícitas y de prever los procedimientos necesarios permitiendo a las autoridades nacionales imponer a los prestadores intermediarios una obligación de supervisión restringida y temporal³.

6. ¿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 conductas a nivel comunitario y de alentar a los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios.

³ Etienne Montero, "La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet", Revue Ubiquité, 2000, n° 5, p. 99-117.

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 de la envergadura de la partes, que pueden renunciar a utilizar los procedimientos judiciales debido a sus costes⁴.

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 riega. 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 del comercio electrónico.

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

7. Conclusión

Un texto como el de la Directiva es inevitablemente el resultado de numerosos compromisos con algunas lagunas restantes. Mencionamos 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 jurídica, fijar el momento preciso de celebración del contrato. En el artículo 11, la Directiva se contenta de consagrar la obligación de el 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.

Sin embargo, globalmente podemos aprobar el nuevo marco jurídico aplicable a los servicios de la sociedad de la información. Ahora es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión de transponer la directiva europea sobre el comercio electrónico antes del principio del 2002. Podemos acordar que si los grandes principios son fijado por la Directiva, los Estados miembros quedan libres de elegir los mejores medios para ponerlos en obra. Será esencial en este tarea, la sencillez y claridad de la transposición, así que asegurarse la compatibilidad con las normas internacional 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 tercer. Contando con la

⁴ 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/>.

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 en curso sobre los aspectos jurídicos en las organizaciones internacionales.

Además, esta Directiva tiene que ser completada por otras Directivas, en particular las cuestiones de “royalties” en la red numérica, los aspectos fiscales del comercio electrónico, la prestación en línea de servicios financieros.