

La Regulación del Comercio Electrónico.

(El Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico)

JAVIER ABAD CASADO

Abogado

Estamos en el comienzo de una revolución comercial, tanto en la fabricación como en la venta, que sobrepasa todo lo visto desde el desarrollo de las comunicaciones y los transportes a finales del siglo XIX. El reto para los sectores privado y público es favorecer dicha revolución y, al tiempo, contener los excesos que suelen originar las revoluciones. Como sucede con todos los cambios económicos radicales, hay posibles inconvenientes:

Por un lado, Internet se ha convertido en un campo abonado del fraude. Permite que sus participantes activos emulen de manera satisfactoria las actividades ilícitas que se realizan en el mundo off line, alcancen con eficacia a las posibles víctimas, eludan la detección al mantener el anonimato y burlen a las autoridades desde remotas jurisdicciones que no disponen de leyes relevantes o no tienen una intención seria de hacerlas cumplir.

Por otro, la tecnología de Internet, su capacidad para reunir y clasificar grandes cantidades de información, a veces sin que el consumidor sepa que se está recogiendo, es una nueva y potente amenaza sobre la intimidad e incluso sobre la seguridad.

En último término se debe destacar que el comercio electrónico no respeta fronteras y por ello, la cooperación en la aplicación del derecho internacional es cada vez más esencial.

El desarrollo del comercio electrónico es una realidad imparable para empresas y consumidores, las autoridades tanto nacionales como comunitarias son conscientes de esta situación y por ello, son concededoras de que el establecimiento de un marco legal adecuado es fundamental para conseguir que el comercio electrónico consiga una suficiente implantación y a la vez, con una legislación suficiente, se dotará de mayor seguridad a las operaciones que se realicen en la red y con ello se obtendrá un mayor grado de confianza de los consumidores en este nuevo medio, puesto que sus derechos se verán protegidos por el ordenamiento jurídico.

El Gobierno ya ha dado los primeros pasos en este sentido con la presentación, el pasado mes de febrero, de un anteproyecto de ley, que se une a la normativa existente sobre firma digital, Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, y contratación electrónica con condiciones generales de contratación, Real decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

La futura Ley de comercio electrónico vendrá a suplir la carencia actual, en la legislación española, de una regulación específica sobre esta materia. No obstante, el consumidor o el profesional que desee comerciar por Internet no carece de protección desde el punto de vista jurídico. Así, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, contiene una serie de normas relativas a las ventas a distancia que, aunque realmente no fueron concebidas para su aplicación al comercio electrónico sino para la venta de productos por catálogo, se pueden aplicar si son debidamente interpretadas.

A su vez, existen normas tendentes a proteger los datos personales que se faciliten para su utilización en cualquier proceso de contratación por Internet. Esta es la finalidad de la reciente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que, desde el pasado día 14 de enero, ha reemplazado a la norma anteriormente vigente, de 1985.

En la medida en que sea un consumidor, y no un profesional, el que contrate un producto o un servicio a través de Internet, aquél se verá protegido en cualquier caso por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Entrando en el análisis de las disposiciones que contiene el anteproyecto de ley de comercio electrónico debemos señalar como primer hecho significativo el que aborda una de las grandes cuestiones que afectan a la seguridad del

comercio electrónico: la jurisdicción competente para dirimir los litigios que puedan surgir entre las empresas y los usuarios del mismo. El texto atribuye a los tribunales españoles plena competencia para resolver las reclamaciones de los consumidores en sus relaciones con los llamados prestadores de servicios de la sociedad de la información que son aquellas personas físicas o jurídicas que suministran un servicio a cambio de una remuneración, sin presencia simultánea de las partes, por vía electrónica y a petición individual de su destinatario. Se entiende atribuida esta competencia aún en el caso de que los prestadores de servicios sean extranjeros.

El objetivo de la medida expuesta es evitar que el consumidor tenga que interponer sus demandas ante los tribunales del país de origen del prestador del servicio, es decir, de la empresa. Sin embargo, no debería dejarse de lado el papel del oferente que es la parte que asume un mayor riesgo en la operación.

Como argumento a favor de la aplicación de la ley de origen, del lugar donde radica la sede del comercio podríamos señalar que si no ha mediado una actividad publicitaria previa en el país del consumidor y éste ha accedido a la página web del comerciante y ha conocido sus productos o servicios de forma ocasional deberá aplicarse a los contratos celebrados, la normativa del país de origen del prestador del servicio.

Este problema de la competencia jurisdiccional es una de las cuestiones que la Directiva de comercio electrónico (aprobada el mes de junio pero a día de hoy pendiente de ser publicada) ha dejado a la iniciativa de los Estados miembros. El texto de la normativa europea obliga a los quince Estados miembros a velar para que las actividades de comercio electrónico puedan ser objeto de recursos judiciales eficaces, pero no establece qué jurisdicción, si la del país de origen del prestador o la del consumidor, es la competente para resolver el conflicto. La única imposición de la Directiva en este sentido, y que nuestro anteproyecto incluye, es la obligación de que los Estados creen en sus administraciones puntos de contacto accesibles por vía electrónica a los que puedan dirigirse tanto empresas como consumidores para obtener información y ayuda en caso de que se suscite un litigio.

La posible adopción definitiva, en la futura Ley de comercio electrónico, del criterio de aplicación de la legislación de origen del país del consumidor, obligará a las empresas extranjeras a conocer la legislación española y si este criterio lo adoptasen el resto de países de la Unión Europea implicaría el

conocimiento añadido de estas normativas y con eso se podría restringir la expansión del comercio electrónico.

Sin duda resulta necesario proteger al consumidor pero no es menos cierto que el exceso de regulación no favorece a nadie, en el equilibrio se encuentra la virtud pero éste, cuando hay tantos intereses enfrentados, resulta prácticamente imposible de alcanzar.

Continuando con el análisis de las disposiciones que contiene el anteproyecto de ley español se debe destacar que otorga plena validez legal a los contratos celebrados a través de Internet, sin embargo, deja fuera del ámbito de su aplicación una serie de contratos que deberán seguir rigiéndose por su propia normativa legal y, por lo tanto, no tendrán validez jurídica si se formalizan exclusivamente a través de medios telemáticos.

Se trata de contratos que la legislación obliga a formalizar en Escritura pública (como por ejemplo, los préstamos hipotecarios o las adquisiciones de inmuebles), o bien que precisan de la intervención de un fedatario público o de un tribunal (como por ejemplo, testamentos o el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales), o bien los contratos de crédito, seguro de caución y civiles y mercantiles de garantía (avales, prendas y fianzas).

El texto español obliga al Ministerio de Justicia a comunicar a la Comisión Europea, siempre con arreglo a la normativa comunitaria, las categorías de contratos que quedan excluidos de su “formalización electrónica.”.

La lista de exclusiones que contiene nuestro anteproyecto es fiel reflejo de las previsiones que apuntaba la propuesta de Directiva sobre diversos aspectos jurídicos del comercio electrónico y que se ha visto confirmada por la posición común y la subsiguiente Directiva.

La razón para justificar estas exclusiones la encontramos en la importancia que tiene el que las personas, en este tipo de contratos, se aseguren de lo que firman, sean asesoradas detalladamente sobre su contenido y por supuesto, sobre sus importantes consecuencias.

Otro de las medidas que potenciará la protección del consumidor-usuario de un servicio de la sociedad de la información viene dada por la remisión al régimen general de medidas cautelares que existen en nuestra legislación, lo que ayudará a facilitar la intervención judicial y permitirá obtener la paralización de

determinadas actividades que se desarrollen en el ámbito de la sociedad de la información, sin tener que esperar a que el tribunal concedor del litigio lo resuelva definitivamente después de un largo y costoso proceso.

El anteproyecto de ley español también recoge al igual que lo ha hecho la Directiva europea, el principio de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios para las empresas de comercio electrónico, con la excepción de aquellas que atenten contra la seguridad pública, el orden público, la investigación penal y la defensa nacional. En todo caso se deberá preservar la protección de la salud pública y de los consumidores y usuarios, así como el respeto a la no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión o nacionalidad.

Todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información que operen en el ámbito del mercado nacional y europeo estarán obligados a comunicar al usuario al que dirijan sus ofertas y productos sus datos identificativos y a presentarse como entidad comercial.

Se crea el registro de prestadores de la sociedad de la información, dependiente de la Secretaría General de comunicaciones del Ministerio de Fomento, en el cual, y pese a no ser necesaria autorización para operar, las empresas deberán solicitar la inscripción antes de iniciar su actividad a efectos de inspección y control. El registro tendrá carácter gratuito y deberá poder ser accesible al público que lo solicite.

El anteproyecto y la Directiva (aún no publicada) coinciden en la protección que se debe prestar al consumidor frente al envío de publicidad no solicitada. El texto obliga a identificar como tales los envíos de publicidad no solicitada a fin de que los usuarios sepan que la entidad que les envía información tiene un carácter marcadamente comercial.

Respecto al régimen de responsabilidad de las empresas de comercio electrónico señalaremos que responderán por los daños y perjuicios que causen en el ejercicio de su actividad cuando incumplan lo estipulado en la ley o no actúen con la debida diligencia.

Entre los prestadores de servicios de la sociedad de la información el anteproyecto hace mención a tres tipos, dependiendo de la actividad que realicen, así nos encontramos con: operadores y proveedores de acceso (se dedican a la mera transmisión de datos) y con los prestadores que se dedican al alojamiento y al almacenamiento de información. Por supuesto, se fija el régimen de

responsabilidad de estos prestadores y el deber que tienen de colaborar con las Administraciones Públicas.

Innovador resulta la posibilidad de acudir al arbitraje telemático para intentar resolver los conflictos que puedan surgir en el ámbito de la sociedad de la información como consecuencia de la prestación de algún servicio. Este tipo de arbitraje puede dotar a la red de la necesaria agilidad, en la resolución de controversias, que siempre ha caracterizado y deberá seguir caracterizando a todo lo relacionado con Internet.

Otra de las obligaciones que recoge el anteproyecto español es la necesidad de que las Administraciones Públicas fomenten a través de la coordinación y el asesoramiento la elaboración de códigos de conducta de ámbito nacional o comunitario por parte de asociaciones profesionales y empresariales. Los códigos deberán ser accesibles por vía electrónica y contribuirán a que los consumidores conozcan mejor las normas de actuación de cada sector específico en el ámbito de la sociedad de la información.

Por último se establecen multas millonarias para las empresas que incumplan las disposiciones legales analizadas, recayendo la potestad sancionadora en la Secretaría General de comunicaciones dependiente del Ministerio de Fomento.

La cuantía de las sanciones oscilará, en los casos más graves (infracciones muy graves), entre un múltiplo (no inferior al tanto ni superior al quíntuple) del beneficio obtenido por la empresa incumplidora, el 1% de los ingresos brutos del año anterior o una cantidad de 100 millones de pesetas. Las empresas que cometan dos o más infracciones durante un período de cinco años podrán ser sancionadas con la prohibición de actuar en el mercado digital español durante un plazo máximo de dos años.

Hay que destacar que temas muy importantes quedan al margen de la regulación que se recoge en las disposiciones que contiene el anteproyecto de ley español (y también de la Directiva europea), entre ellos, destaca, por los intereses en juego, el de la fiscalidad aplicable a las miles de transacciones comerciales que se realizan a través de Internet.

Al respecto, la Unión Europea está preparando un sistema para armonizar la tributación en este ámbito, la propuesta plantea el establecimiento de convenios de compensación entre los Estados miembros, de modo que ninguno de ellos

sufra pérdidas por este tipo de operaciones, pero ya veremos como definitivamente se enfoca este controvertido asunto.

Es indudable que demasiados intereses entran en confrontación, por un lado la postura de los Estados Unidos es contraria a la de la Unión Europea y por otro la existencia de paraísos fiscales unido a la dificultad de controlar las operaciones que se realizan en la red hace que la cuestión sea muy complicada y que requiera no sólo de un esfuerzo de consenso entre las partes sino también de bastante tiempo.

Por último y para poner término a este breve análisis debemos reseñar que con la presentación del anteproyecto de ley de comercio electrónico se ha dado el primer paso para regular, de una manera específica esta actividad innovadora.

Junto con la próxima publicación de la Directiva de comercio electrónico y la progresiva implantación de sistemas de seguridad cada vez más fiables y que se van generalizando en las transacciones telemáticas, podemos concluir que poco a poco se va creando un marco que contribuirá al desarrollo definitivo del comercio electrónico que necesariamente debe venir de la mano del aumento de la confianza en los consumidores-usuarios..

El comercio electrónico cobra, cada día que pasa, una mayor relevancia y resultaría conveniente encontrar el punto de equilibrio entre los intereses de todos los intervinientes, en la llamada sociedad de la información, ya sean empresarios, consumidores o inclusive Administraciones.

El reto es difícil de conseguir pero merece la pena, la sociedad de la información ya está aquí y debemos creer en ella y, a la vez, aprovecharnos de las enormes ventajas que aporta y que sin duda seguirá aportando.

