

“Recientes iniciativas y propuestas para la
reglamentación del comercio electrónico”

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA*

Revista de la contratación electrónica (RCE)

Nº 4, 2000, pp. 25-67

ISSN 1576-2033

*Profesora Titular de Derecho internacional privado

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

E- 28040 MADRID

mvargas@der.uned.es

Documento depositado en el repositorio institucional [e-Spacio UNED](#)



RECIENTES INICIATIVAS Y PROPUESTAS PARA LA REGLAMENTACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA¹

RESUMEN

El uso creciente del comercio electrónico y la revolución de las tecnologías de la información generan problemas de muy diversa índole que requieren de un marco jurídico para su construcción y desarrollo, tanto en el plano nacional como en el internacional y europeo. Una reglamentación mínima, con el fin de garantizar la previsibilidad y la seguridad en las transacciones comerciales realizadas por usuarios, consumidores y proveedores, sin por ello ahogar la flexibilidad y la dinámica del comercio tecnológico. En este trabajo se da cuenta de los recientes desarrollos legislativos adoptados en el campo del comercio electrónico por la COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UNIFICACIÓN MERCANTIL INTERNACIONAL (UNCITRAL) y por la UNIÓN EUROPEA.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN: planteamiento de las disyuntivas. I. Comercio electrónico: una aproximación a su conceptualización. II. Marcos regulatorios posibles. 2.1. Modelo de auto-regulación vs. regulación estatal. 2.2. Modelo de regulación estatal vs. regulación internacional. III. Iniciativas internacionales: 3.1. Propuesta de la UNCITRAL de una Ley Modelo sobre comercio electrónico. 3.2. Propuesta de la UNIÓN EUROPEA de una Directiva sobre comercio electrónico. A MODO DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN: planteamiento de las disyuntivas

Que el comercio electrónico se ha convertido durante el pasado año en nuestro país en una estrategia de éxito para algunas empresas, y en un campo minado para otras, es una afirmación que merece ser matizada. La realidad del crecimiento del comercio electrónico y su velocidad *in crescendo* ha de observarse con cierta cautela porque este “nuevo” modo de concertar negocios a distancia en soporte digital representa menos del 1% del comercio mundial al por menor.

Si bien los más optimistas auguran un tasa crecimiento anual en Europa de hasta el 100% en los próximos tres años, ello va a depender en gran medida de la penetración en el mercado de los ordenadores personales y domésticos, de la disminución de las tarifas

¹ Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

telefónicas y del fortalecimiento de la confianza en este medio, tanto de los ciudadanos como de los empresarios².

Estas cifras, sin embargo, no deben llevarnos a minusvalorar el creciente mercado “on-line”. Según el INFORME BCG³ (BOSTON CONSULTING GROUP) de 1999, titulado “*The Race for Online Rides -E Retailing in Europe*”, las tasas de crecimiento de dicho mercado en Europa se estiman que superen los 4,5 billones de Euros en el año 2002. Este mercado europeo comparativamente con el estadounidense es diez veces menor que aquel, y tan sólo representa el 0,2% del comercio total al por menor en nuestro continente.

Entonces, cabría preguntarse por qué la utilización de la tecnología de la información ha suscitado tanto interés en el mundo del Derecho. Acaso la respuesta más sencilla, y la menos jurídica también, sea que el desarrollo y el potencial del comercio electrónico no es un campo exclusivo de ingenieros, de técnicos informáticos ni de la industria de la investigación y el desarrollo de las nuevas tecnologías. Su puesta en marcha concierne a las empresas, y afecta a los consumidores, a las administraciones públicas, a los hombres políticos de todo el mundo y, principalmente, a los ciudadanos. En estos momentos, como ha puesto de relieve P. KERSTEN⁴ (Administrador de la DG XXIV de la UE - Dirección de Política de los Consumidores), el comercio electrónico, lejos de haber alcanzado su etapa final, se encuentra en plena construcción.

Es por ello que un marco jurídico para su regulación se hace necesario. Y también por eso mismo, el debate se ha suscitado en torno a los modelos de reglamentación posibles. La discusión se centra, entre los sectores gubernamentales y los sectores privados, sobre el papel que las administraciones públicas deben jugar en la creación de este marco jurídico. Frente a la afirmación -ampliamente compartida-, de que las administraciones públicas no tienen una competencia exclusiva para la reglamentación de este comercio, exigencias superiores como la salvaguarda del interés público, del interés de los consumidores y del orden público, se esgrimen como argumentos para justificar la intervención del legislador estatal.

Ahora bien, el dilema no termina ahí. Como ha sido señalado⁵, el verdadero “mascarón de proa” de los problemas jurídicos que plantea la sociedad de la información se encuentra en la utilización creciente de una red abierta, como es *Internet*, que permite la edición y distribución masiva, y en línea, de informaciones de toda índole. *Internet* ha abierto una gama muy sofisticada de delitos, de nuevas formas de criminalidad, que se proyectan en la invasión de la esfera privada del individuo; desde sabotajes, virus y

² CLEMENTS B., Y MAGHIROS, I., “Marcos tecnológicos y políticos para el comercio electrónico”, *IPTS*, núm. 42, Sevilla, marzo 2000, pág.2 (con referencia al INFORME FOSTER de 27.12.1999).

³ Cf. <<http://www.ispo.cec.be/ecommerce>> (consulta del 18.3.2000).

⁴ KERSTEN, P., “Le commerce électronique: une perspective de politique des Consommateurs européens”, *Revue du marché commune et de l'Union européenne*, núm. 431, septiembre, 1999, págs. 564-565.

⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Contratos en el sector audiovisual e informático”, en *Contratos Internacionales*, (A.L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Dir), Tecnos, Madrid, 1997, págs. 1709-1710.

abordajes a los sistemas por parte de incontrolables “piratas informáticos”, hasta atentados contra derechos, bienes e intereses de los particulares en la esfera de su intimidad personal⁶.

Esta realidad sitúa al legislador nacional ante una primera dificultad: la ausencia de espacio geográfico o físico en donde ejercer su soberanía y aplicar su poder jurisdiccional. **Internet no opera sobre una base territorial, sino sobre una base global, desconectada de los conceptos tradicionales de soberanía, de territorio y de espacio geográfico. De ahí que, si se quieren obtener resultados eficaces en defensa del consumidor, será necesaria una cooperación a nivel internacional.** En este contexto, los planteamientos de los diversos actores de la Red vuelven a enfrentarse: por un lado, quienes suscriben una autonomía total en la reglamentación del comercio electrónico, sin intervención gubernamental de ningún tipo, frente a los que abogan por una actuación fiscalizadora de las administraciones públicas en aras de la defensa del interés público. Y, frente a ambas, como no puede ser de otro modo, se propugna un modelo internacional, de carácter universal, tendente a armonizar las soluciones de derecho interno y las legislaciones nacionales atendiendo al papel preponderante de la seguridad y previsibilidad en el desarrollo de las transacciones jurídicas *on line*, y en el desarrollo de la confianza entre los usuarios.

Desde una óptica internacionalprivatista, las preguntas han de ir necesariamente vinculadas a la determinación de los derechos de los particulares y a los modos de protección de los mismos. La técnica que sigue cada país o cada legislación va a provocar necesariamente una respuesta distinta de cara al tráfico externo, planteándose entonces disyuntivas en torno a la competencia judicial internacional y a la ley aplicable. La tendencia europea, en ambos terrenos, sugiere que en defensa de los consumidores, las transacciones transfronterizas efectuadas por medio de las tecnologías de la información deben ser situadas en el contexto de los Convenios de Bruselas⁷ y de Roma⁸, de tal manera que aquéllos puedan aprovechar la protección asegurada por la legislación del país en donde residen habitualmente.

⁶ Se trata de problemas derivados de la internacionalización de las relaciones jurídico-privadas dada la naturaleza transfronteriza de este nuevo comercio electrónico. Ambitos de la esfera personal del individuo que pueden caer bajo la posibilidad de ser afectados por los llamados riesgos de *Internet son*: a) la posibilidad de intromisión indebida en datos personales, su transmisión no autorizada, el acoso informático, la propagación universal de difamaciones, injurias y calumnias, la incitación al odio, a la xenofobia, a la discriminación de toda índole, son riesgos reales que atentan contra la intimidad, la imagen, la dignidad y el honor de las personas; b) la posibilidad de difusión ilimitada de imágenes e informaciones que suponen formas nuevas de exhibicionismo, de provocación sexual, de pornografía entre menores de edad; c) la posibilidad de contribuir a la difusión ilícita de obras registradas como propiedad intelectual, la piratería de programas y la difusión de contenidos publicitarios ilegítimos; situaciones éstas que vulneran los derechos de propiedad intelectual e industrial, el mercado y a los consumidores. Cf. VARGAS, M., “Comercio internacional electrónico y conflicto de leyes y de jurisdicciones en el cyberspacio”, *Revista Derecho de los Negocios*, abril, 2000.

⁷ *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968* (DOCE, C 189, de 28 de julio). Versión consolidada DOCE, C 27, de 26 enero 1998.

⁸ *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (BOE, 171, de 19 de julio de 1993; corr.errores BOE 189, de 9 agosto 1993).

En este trabajo nos detendremos únicamente en los desarrollos legislativos nacidos de las iniciativas de la UNCITRAL y de la Unión Europea, sin analizar los problemas conflictuales propios del Derecho internacional privado que se suscitan en la aplicación de las soluciones convencionales e internas a los problemas nacidos del uso de *Internet*. Con carácter previo las transacciones transfronterizas efectuadas por medio de las tecnologías de la información deben ser situadas en el contexto de los Convenios de Bruselas⁹ y de Roma¹⁰, de tal manera que aquéllos puedan aprovechar la protección asegurada por la legislación del país en donde residen habitualmente.

I. COMERCIO ELECTRÓNICO: una aproximación a su conceptualización

Definir el concepto de comercio electrónico no es una tarea sencilla debido a las diferentes maneras posibles para aproximarse a este fenómeno. De modo general se le identifica con el uso de *Internet* para la adquisición de bienes de consumo que se ofrecen a través de la *Web*. Tal definición, por amplia, no recoge todas las actividades que pueden englobarse bajo este fenómeno¹¹, de ahí que la doctrina se haya aproximado a su conceptualización asociando este fenómeno con la actividad de la utilización de la informática por las empresas para interactuar con su entorno (concepto amplio), y con las operaciones contractuales concretas susceptibles de ser llevadas a cabo por el medio informático (concepto estricto).

Para E.A. CAPRIOLI¹², definido de forma amplia, se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medios electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto. De forma más estricta, el comercio electrónico se circunscribe a las diversas comunicaciones llevadas a cabo por las empresas con sus proveedores y clientes (empresa-consumidor), con sus socios comerciales (subcontratantes y distribuidores); con sus filiales y también con las administraciones públicas y con las entidades bancarias. Todas estas comunicaciones tienen finalidades comerciales, financieras y administrativas. Con estas precisiones es posible determinar las

⁹ *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968* (DOCE, C 189, de 28 de julio). Versión consolidada DOCE, C 27, de 26 enero 1998.

¹⁰ *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980* (BOE, 171, de 19 de julio de 1993; corr.errores BOE 189, de 9 agosto 1993).

¹¹ Según la Secretaría de la OCDE son siete tipos de actividades las que pueden llevarse a cabo por *Internet*: compraventa de mercancías; provisión de servicios (bancarios *offshore*, entradas para espectáculos, intermediación bursátil, salud y otros servicios profesionales); *software* creado en forma digital; suministro de información *on line* (acceso a bases de datos computerizadas, cuya información puede ser leída en pantalla e imprimida); publicidad; ocio; y, comercio global (entendido como la posibilidad de que tanto instituciones financieras y empresas pueden estar comerciando las 24 horas del día, moviéndose a través de los diferentes husos horarios). Cf. “El comercio electrónico: el gran mercado virtual”, Subdirección General de Comercio Internacional de Servicios, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2548 (12-22 junio 1997), págs. 4-5.

¹² CAPRIOLI, E.A., y SORIEUL, R., “Le commerce international électronique: vers l’émergence de règles juridiques transnationales”, *JDI*, 1997-2, pág.326.

diferentes ramas del ordenamiento jurídico aplicables al comercio electrónico: el Derecho privado, el Derecho público y el Derecho internacional¹³.

En opinión de la profesora A.MARTÍNEZ NADAL¹⁴ para aquella primera noción más amplia debieran utilizarse otros términos (*ad.ex.*, intercambio o transmisión electrónica de datos), reservando únicamente para esta segunda la expresión de comercio electrónico. Todo ello sin perjuicio de que los problemas planteados por toda comunicación electrónica de datos, sea o no de naturaleza comercial la relación subyacente, básicamente son los mismos y, por tanto, las soluciones técnicas y jurídicas aplicables son también las mismas.

Esta distinción es acogida por el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico (COM (97)0157 - C4-0297/97) (A4-0173/98), al considerar:

“... que el comercio electrónico abarca todas las actividades comerciales relevantes realizadas por empresas, gobiernos o consumidores a través de redes electrónicas como Internet y WWW, incluyendo comercio, compras y ventas, contratación, publicidad y diversas actividades de comercialización, todas las cuales configuran el mercado electrónico ...” (Considerando A)

En base a las anteriores consideraciones puede afirmarse, con A.E. CAPRIOLI¹⁵, que son tres los elementos esenciales caracterizadores del comercio electrónico:

- a) la noción de **actividad comercial** (que es la referencia fundamental);
- b) la **desmaterialización** de los soportes utilizados en las transacciones, sin que por ello se produzca una modificación de la naturaleza jurídica de las operaciones en causa la actual queda inalterable; y
- c) la **internacionalización** inherente a la tecnología empleada (esta última implica que las relaciones comerciales son “deslocalizadas y transfronterizas lo que provoca en principio problemas sobre la ley aplicable a las transacciones en función del lugar en donde los bienes y servicios se intercambian).

En consecuencia, podría afirmarse que el término comercio electrónico se usa para describir el conjunto de las relaciones electrónicas, empresariales y no empresariales, jurídicas y no jurídicas, que implican la transmisión electrónica de datos comerciales o de productos en forma digital¹⁶.

II. MARCOS REGULATORIOS POSIBLES

¹³ MARTÍNEZ NADAL, A., “Comercio Electrónico”, en *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 248.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ CAPRIOLI, E.A., y SORIEUL, R., “Le commerce international électronique: vers l’émergence de règles juridiques transnationales”, *op. cit.* págs. 326-327.

¹⁶ MOLAS-GALLART, J., Y HAWKINS, R., “El comercio electrónico y las nuevas forms de organización industrial”, *IPTS-JRC-Sevilla*, 1996.

Un decisivo enfoque para el crecimiento del comercio electrónico pasa necesariamente por una adecuada regulación, regulación que hasta hace muy poco ha estado prácticamente ausente. El consumidor, el proveedor de servicios, el empresario, y todo aquel que pretenda transformar sus patrones empresariales productivos y sociales para adaptarlos a las nuevas tecnologías, necesita saber cómo identificar las reglas que deben aplicarse, y también dónde y cómo deben aplicarse.

Ante estas demandas, los gobiernos, algunas organizaciones internacionales, algunas empresas, y la mayoría de las asociaciones de consumidores están de acuerdo en la necesidad de establecer un marco jurídico estable y predecible, aunque no sea internacionalmente uniforme¹⁷, con la finalidad de lograr unos principios “universales” que permitan hacer frente a los desafíos del uso de *Internet*, medio que es frecuentemente asociado con el comercio internacional electrónico.

Nuestra hipótesis de trabajo va encaminada a demostrar que es posible una coordinación gradual de los modelos de regulación propuestos, caracterizados por una doble orientación: la orientación privada o autónoma, sin intervención gubernamental; y, la orientación estatal frente a la intervención internacional. Para ello abordaremos el estudio desde una doble perspectiva: el modelo de autoregulación *versus* regulación estatal (2.1.); y, el modelo de regulación estatal *versus* regulación internacional (2.2.).

2.1. Modelo de auto-regulación vs. regulación estatal

Hay quienes sostienen una concepción *liberal* y, nos atreveríamos a decir que cuasi “libertaria”, del *cyberespacio*¹⁸. Según esta concepción existe una total autonomía de los actores del mercado electrónico y de *Internet*. Para los defensores del modelo auto-regulatorio, los operadores y actores de *Internet* son libres de definir sus propias reglas, fijar sus propios códigos de conducta sobre bases voluntarias, y establecer organizaciones al margen de cualquier gobierno y soberanía¹⁹.

¹⁷ En el ámbito europeo se han llevado a cabo seminarios para evaluar las ventajas y los inconvenientes de una auto-regulación; se estudia asimismo el papel de las llamadas normalizaciones en materias de política sobre la *privacy* de los individuos y, se ha constituido -junto con la Dirección General de Empresas de la Comisión Europea-, un “Observatorio Europeo sobre sistemas de pagos electrónico e impuestos” Ver *Institute for Prospective Technological Studies*, establecido en Sevilla (España) en <<http://www.jrc.es>>.

¹⁸ Esta palabra fue acuñada por WILLIAM GIBSON en una novela de ciencia ficción (*Neuromancer*, Ace Books, 1984) con el siguiente tenor: “*Cyberspace: a consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation...A graphic representation of data abstracted from the banks of every computer in the human system. Unthinkable complexity. Lines of light ranged in the nonspace of the mind, clusters and constellations of data*”. Cit. por BERNSTEIN, M., “Conflicts on the Net: Choice of Law in Transnational Cyberspace”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 29, 1996, pág. 77.

¹⁹ Elocuente ejemplo de esta concepción es la “Declaración de Independencia del *Cyberespacio*” promulgada por JOHN PERRY BARLOW, en Davos (Suiza), el 8 de febrero de 1996, *Usenet news*, 9 febrero 1996. La idea de esta Declaración de Independencia se articula en torno a tres guías: 1) La total autonomía de los cybernautas respecto a cualquier tipo de autoridad estatal: “los gobiernos del mundo industrial no son bienvenidos entre nosotros. No tienen ninguna supremacía donde nos juntamos...; el *cyberespacio* está fuera de sus fronteras”. 2) La negación de los conceptos y categorías jurídicas tradicionales: “vuestros conceptos legales de propiedad, expresión, identidad, movimiento y contenido no se aplican entre nosotros.

En este modelo autoregulatorio, el problema de la ausencia de garantías legales para el comercio electrónico, y la falta de transparencia para los consumidores, es resuelto mediante la actividad de organizaciones privadas (de ámbito nacional e internacional) partiendo de la base del libre juego del mercado y con fundamento en el interés de los operadores en proporcionar calidad aceptable a sus productos y precios adecuados. Un ejemplo de esta forma de organización sin intervención gubernamental y creada por la iniciativa privada, es la empresa TRUST-e²⁰ que orienta sus servicios en el ámbito norteamericano fundamentalmente. Sigue el mecanismo de otorgar una *Certificación* a los proveedores de servicios que cumplan ciertas reglas sobre protección de la *privacy* en *Internet*. Esta *Certificación* se exhibe en la página *Web* del proveedor de modo que el usuario o consumidor tendría suficiente información sobre su contraparte.

Otros ejemplos de asociaciones privadas que elaboran normas para garantizar conductas fiables (*nética*²¹) en el tráfico comercial electrónico son, entre otras: el Comité Europeo sobre Normas Básicas (ECBS) y el Comité de Seguridad de las transacciones electrónicas (SET). El primero elabora normas europeas sobre pagos electrónicos, en tanto que el segundo, respaldado por las principales tarjetas de crédito, ha elaborado un marco de referencia internacional para garantizar la validez de los pagos en *Internet*²². Otra iniciativa de ámbito privado es la GUIDEC²³ (*General Usage for International Digitally Ensured Commerce*, Práctica General para el Comercio Digital Internacional Garantizado), auspiciada por la Cámara de Comercio Internacional y el “Proyecto Comercio Electrónico”, en el cual participan empresas, abogados, especialistas en información tecnológica,

Aquéllos se basan en la materia, pero en nuestro mundo la materia no existe”. 3) Una confianza utópica en el *cyberespacio* ideal: “crearemos una civilización de la Mente en el *cyberespacio*. Que sea más humana y justa que el mundo creado anteriormente por sus gobiernos”. Una crítica iusfilosófica a este utopismo ácrata puede verse en el artículo del profesor de la Universidad Complutense de Madrid, ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO en “*Internet y el Derecho*”, *Informática y Derecho Revista Iberoamericana de Derecho Informático*, Actas del Congreso “Marco legal y Deontológico de la Informática”, *op. cit.* págs. 721-734.

²⁰ Ver <<http://www.truste.org/about>>. Esta organización, totalmente privada, está pensada para “educar” a los diversos agentes que operan en la Red, así como a los consumidores y usuarios, en el respeto a las normas sobre la intimidad en el envío de mensajes, e igualmente asegurar una total transparencia en la publicidad y en la creciente información sobre sus productos. Fue fundada en 1996 por TRUSTe, American Online, Excite, Infoseek, Microsoft, Netscape, Snap y Yahoo.

²¹ Se habla de *nética* para referirse las reglas de comportamiento que puedan fijar los operadores privados de las redes. Para algunos, la *nética* opera en el mismo plano que la *lex mercatoria*. Por lo que hace a nuestro entorno geográfico, en el actual estadio de desarrollo de *Internet* no existe una *opinio iuris sue necessitatis* sobre estos códigos éticos. Por ello, y de acuerdo con el profesor GOLDMAN, la aplicabilidad de la *lex mercatoria* sólo puede resultar bien del hecho de que se incluyan cláusulas especiales en los contratos entre las partes, o bien, mediante un acuerdo internacional. Cf. GINSBURG, J.C., “The Private International Law of Copyright an Era of Technological Change”, *RCADI*, vol. 273, 1998, pág. 381 y págs. 385, 389.

²² Cf. FALCH, M Y HENTEN, A., “Nuevas reglas para tratar viejos problemas en el comercio en *Internet*”, *IPTS*, 43, JRC, Sevilla, marzo, 2000, págs.14-15.

²³ Ver <<http://www.iccwbo.org/home/guidec/guidec.asp>>. La GUIDEC trata de conjugar las diferentes tradiciones legales (*civil law* y *common law*) así como las prácticas internacionales, con el fin de establecer un marco legal que facilite el desarrollo del comercio electrónico (ad. ex., precisiones terminológicas, firma digital, tópicos de seguridad, criptografía, entre otros). Asimismo, señala unas prácticas *standars* muy sucintas y otras recomendaciones en orden a asegurar y garantizar la autenticidad de la información digital. Y, finalmente, señala y comenta los aspectos más relevantes de las normas del *civil law* y del *common law*, relacionadas con el comercio electrónico.

representantes de gobiernos y representantes de asociaciones de empresarios y de consumidores.

Desde el punto de vista de la solución de controversias este modelo propicia el desarrollo de proyectos de magistrados virtuales (POST²⁴). Se trata de una especie de arbitraje especializado cuyas audiencias se llevan a cabo por *teleconferencia* o por *fonoInternet*. Las partes se someten a un arbitraje *on-line* mediante la correspondiente cláusula compromisoria en su contrato. Este modelo de *cyber-arbitraje* implica la elaboración de un sistema *on-line* que ha sido ya establecido por el *Cyberspace Law Institute*²⁵, en colaboración con *The American Arbitration Association*, *The Villanova Law School* y *The National Center for Automated Information Research*. Se sostiene que este método es la “alternativa a la alternativa” del arbitraje y que presenta la ventaja de su economía y celeridad, así como que los árbitros se sentirían en una mayor libertad para aplicar los nuevos principios de la llamada “*lex informatica*”²⁶.

La crítica que se hace al modelo auto-regulatorio consiste en que éste, en términos de responsabilidad y del ejercicio del poder coactivo, no proporciona las mismas garantías jurídicas que la regulación estatal. Además, aun cuando se acepte (sin admitir de modo total) la competencia de los operadores de la red para establecer sus líneas de actuación, siempre será necesaria una estructura mínima de regulación material estatal que resuelva cuestiones jurídicas (*ad.ex.*, reconocimiento jurídico de los contratos electrónicos, de la firma electrónica, de las reglas sobre responsabilidad de los diferentes operadores de la red, etc.); cuestiones cuya competencia debe ser asumida, con carácter exclusivo, por las autoridades públicas.

Es por ello que, sin excluir la autoregulación, se hace necesaria una intervención gubernamental o intergubernamental que defina el tipo actores o de operadores que deban ser “fiscalizados” estatalmente, sobre todo a efectos de determinar su responsabilidad, así como las cuestiones jurídicas que requieran de una reglamentación uniforme, o al menos armonizada, para garantizar la libertad en la Red, todo ello en el marco del respeto a los derechos humanos, la seguridad en las transacciones comerciales electrónicas, y la previsibilidad en las respuestas jurídicas a los posibles conflictos de leyes y de jurisdicciones en el *cyberespacio*.

²⁴ POST, D., “Virtual Magistrates, Virtual Law”, *The American Lawyer*, Julio-Agosto, 1996. Las decisiones de los magistrados virtuales pueden encontrarse en: <<http://www.vmag.law.vill.edu:8080/cases/decided.html>>. La doctrina reconoce que la “mediación on line” presenta la dificultad de la ausencia de la confrontación “vis a vis” de las partes. Se sugiere además que los árbitros requerirán una especial formación para la evaluación de los intereses en presencia cuando se les priva de la posibilidad de ver “cara a cara” las reacciones de las partes. Cf. GINSBURG, J.C. “The Private International Law of Cyberspace on an Area of Technological Change”, *RCADI*, vol. 273, 1998, pág. 388.

²⁵ Este proyecto tiene como finalidad resolver las disputas que sean voluntariamente sometidas a dicho Instituto. Ver <<http://www.vmag.vcilp.org>>.

²⁶ La propuesta de esta *lex informatica* procede del gobierno francés que, en 1996, a través de su Ministro de Servicios Postales y Telecomunicaciones anunció que Francia propondría a la Unión Europea la iniciativa de una *ley internacional de telecomunicaciones especial para Internet*, partiendo de la ley de la navegación y de la *lex mercatoria* (Vid. François Fillon, Agence France Press International; French Wire, 31 enero 1996).

En este sentido, somos de la opinión de que **la cuestión a debatir no es tanto si debe o no existir una autoregulación del cyberspacio sino dónde deben establecerse los límites y cómo controlar a los operadores en razón de las funciones que desempeñen en la Red.** Así entendido, la cooperación internacional se hace necesaria para lograr una armonización en la reglamentación estatal, según veremos a continuación.

2.2. Modelo de regulación estatal vs. regulación internacional

La objeción de que las soluciones de derecho interno carecen de viabilidad para regular las relaciones jurídicas que se conciertan por vía de *Internet*, o para regir la propia Red de Redes, puede ser despejada, *prima facie*, partiendo de una afirmación que no merece mayor demostración: es perfectamente normal que situaciones jurídicas conectadas con varios ordenamientos extranjeros sean sometidas al Derecho de uno o de varios Estados²⁷.

Los esfuerzos a nivel nacional para reglamentar el comercio electrónico han sido puestos de relieve en diferentes foros y conferencias internacionales con el fin de eliminar las barreras legislativas y las políticas nacionales que impiden el desarrollo de las relaciones electrónicas transfronterizas²⁸. Básicamente los tópicos sobre los que se trabajan pueden sistematizarse atendiendo a diferentes grupos de cuestiones²⁹. Así:

1. La protección de la transparencia y eficacia del comercio electrónico para garantizar al consumidor un nivel por lo menos equivalente al nivel asegurado en el comercio no electrónico.
2. Las prácticas desleales en materia de comercio, de publicidad y de marketing.
3. La información que debe de facilitarse en línea: información relativa a la empresa operadora; información sobre los bienes y servicios que se ofrecen; información sobre las modalidades y costos asociados a la transacción, con el fin de que el consumidor pueda conocer de antemano los riesgos y tomar la decisión o no de asumir la transacción.
4. Los procesos de confirmación para identificar a las partes, los bienes y servicios adquiridos así como rectificar oportunamente los errores en la operación.
5. Los mecanismos de pago *on line*.
6. La reglamentación de litigios y sus recursos. Ello afecta a la determinación del derecho aplicable y la competencia judicial; a las vías alternativas de resolución de diferendos y, a los recursos posibles.
7. La protección de la vida privada y de los flujos transfronterizos de datos de carácter personal.

²⁷Las dificultades para la determinación de este Derecho, cuando son varios los elementos de internacionalidad que aparecen en el supuesto de hecho, son bien conocidas por los especialistas de DIPr. No trataremos los aspectos doctrinales generales de DIPr., cuya bibliografía es abundantísima y excedería con mucho de la finalidad de este estudio que se centra básicamente en la exposición de la Ley Modelo de la UNCITRAL, en la Propuesta de Directiva Europea, sobre comercio electrónico.

²⁸ Véase la Conferencia de Ottawa de 1998 y sus resultados (<<http://www.ottawaoecdconference.org>>).

²⁹ Véase la *Recomendación del Consejo relativa a las líneas directrices que rigen la protección de los consumidores en el contexto del comercio electrónico*, OECD, París, 1998.(<<http://www.ocde.org>>).

8. La educación a consumidores sobre el comercio en línea, y la sensibilización de los mismos en aras a las ventajas y desventajas de este medio.
9. La cooperación internacional mediante la elaboración de iniciativas conjuntas entre empresas, representantes de los consumidores y representantes de los gobiernos. Estas iniciativas se encaminan a la elaboración de acuerdos, bilaterales o multilaterales, para el intercambio de informaciones que prevengan el fraude y los delitos informáticos, y muy especialmente, de acuerdos para el reconocimiento y la ejecución de decisiones resultantes de los litigios que se produzcan entre consumidores y empresas en el marco del comercio electrónico y de litigios relacionados con la violación de la *privacy* mediante el uso de los medios electrónicos.

Lo anterior nos lleva a afirmar como tesis de trabajo que *Internet*, lejos de ser un espacio virtual desgajado de cualquier ordenamiento jurídico nacional, es un sistema de redes interconectadas que une millares de ordenadores del mundo entero. Aquí se prestan servicios de información y de comunicación entre usuarios, sujetos que desarrollan actividades muy diversas, las cuales habrán de ser reguladas bien mediante leyes materiales o sustantivas, o bien mediante normas conflictuales de Derecho internacional privado.

Se pueden proponer alternativas tales como la elaboración de leyes modelo que partan de las peculiaridades de la Red; o bien, la adaptación de reglas ya existentes para otros medios de comunicación ya conocidos y surgidos de los avances de la tecnología (sector de radio y televisión, por ejemplo). Pese a ello, toda propuesta que parta de la elaboración de una supuesta *International Cyberlaw* no puede hacer abstracción de las leyes de origen interno o de origen convencional ya en vigor³⁰.

La doctrina se ha ocupado profusamente en analizar los meandros jurídicos del comercio electrónico abordándolos básicamente desde el ángulo de los EDI³¹ (Intercambio Electrónico de Datos), término bajo el cual se engloba fundamentalmente el intercambio de documentos e información entre ordenadores de dos empresas sin necesidad de intervención humana. El desarrollo de *Internet* ha venido a provocar una profusión de obras y de artículos, tanto jurídicos como económicos, que en lo esencial siguen las soluciones jurídicas desarrolladas a partir del EDI para “trasponerlas” a *Internet*. Pese a ello, *Internet* ha venido a alterar, como ya queda dicho, el concepto mismo de lo que es comercializable

³⁰ La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en Mesa Redonda llevada a cabo en Ginebra a finales del pasado mes de septiembre, ha planteado las cuestiones sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable derivadas del comercio electrónico y de las operaciones efectuadas por medio o a través de *Internet*. Las conclusiones pueden ser consultadas en la página *Web* de la propia Conferencia <<http://www.hcch.org>>, o bien en el *sitio* <<http://cuiwww.unige.ch/billard/ipilec>>.

³¹ En el pasado el EDI era utilizado normalmente por las grandes empresas manufactureras y sus proveedores. Los miembros del sistema EDI establecieron una red con sus propias infraestructuras y formularios estandarizados lo cual dificultaba el acceso a las pequeñas y medianas empresas. Sin embargo, con la aparición del fenómeno de *Internet* el acceso al EDI se realizará a través de este medio. Las estadísticas señalan que entre el 30 y el 40 por ciento de los negocios en los Estados Unidos se llevan a cabo mediante este sistema. Su importancia, sin embargo, es más cualitativa que cuantitativa ya que en 1997 sólo un 25% de las empresas totales lo utilizaban, y en ese porcentaje el 95% eran empresas que estaban dentro de las 1000 mayores del mundo. Cf. “*Internet* y el Comercio Electrónico: desafíos para el próximo siglo”, Subdirección General de Estudios del Sector Exterior, *Boletín Económico del ICE*, núm. 2575 (1-7 junio 1998), pág.5.

(ad. ex. servicios médicos (telediagnóstico), legales, de arquitectura, de viajes, de contabilidad, de educación, de servicios postventa, etc.), que adquieren una dimensión comercial nueva³².

En consecuencia, **en un mercado intrínsecamente internacional como el que se desarrolla en el espacio electrónico, es necesario abordar la protección de usuarios y de los propios operadores de las redes con una visión global, entendido esto como el establecimiento de un marco jurídico de referencia que coadyuve a los legisladores nacionales a adaptar su normativa interna a los nuevos “desafíos” del comercio electrónico.**

Es por ello que diversas organizaciones internacionales han tomado conciencia de estas dificultades con el fin de elaborar una normativa uniforme del comercio electrónico que sea aceptable para los Estados con sistemas jurídicos diferentes. La finalidad que subyace en toda propuesta de unificación o de armonización internacional es contribuir al desarrollo de las relaciones comerciales internacionales y reforzar la legislación que rige el uso de los medios de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel.

A continuación daremos cuenta de dos iniciativas de ámbito internacional y europeo, respectivamente, que proponen una regulación armonizadora del comercio electrónico: la Ley Modelo de la UNCITRAL y la Propuesta de Directiva Europea.

III. Iniciativas internacionales

3.1. Propuesta de la UNCITRAL de una Ley Modelo sobre comercio electrónico³³

La decisión de la UNCITRAL de formular un régimen legal modelo para el comercio electrónico se debe a que el sistema aplicable en ciertos países a la comunicación y archivo de información era inadecuado o se había quedado anticuado, al no haberse previsto en el mismo las modalidades propias del comercio electrónico. La Ley Modelo no está concebida como un ordenamiento completo aplicable a todos los aspectos del comercio electrónico. Su finalidad principal es la de adaptar los requisitos legales existentes para que éstos no constituyan un obstáculo a la utilización de los medios de comunicación y de archivo de información sin soporte de papel.

Su **iter histórico** no estuvo exento de dificultades. La Ley Modelo fue preparada en respuesta al cambio fundamental que se había operado en las comunicaciones entre las partes (denominadas en ocasiones "socios comerciales") que recurrían a las modernas técnicas informáticas o de otra índole para sus relaciones comerciales. **Ofrece a los países**

³² Para consulta de los esfuerzos legislativos en los diferentes países del mundo, ver *McBride, Baker & Coles* <<http://www.mbc.com/ecommerce.html>> (sitio visitado el 18.3.2000).

³³ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Resolución aprobada por la Asamblea General en su 85ª. Sesión plenaria el 16 de diciembre de 1996 (A51/162).

un texto normativo para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales. El texto de la Ley Modelo, figura en el anexo I del informe de la UNCITRAL sobre la labor de su 29º período de sesiones³⁴.

No es este el momento de analizar la historia de la Ley Modelo, que por otra parte puede consultarse en los documentos citados al pie. Baste con señalar a los propósitos que nos ocupan los siguientes hitos históricos:

- **1984** la Comisión, en su 17.º período de sesiones, examinó un informe del Secretario General titulado "Aspectos jurídicos del proceso automático de datos" (A/CN.9/254), donde se describen diversas cuestiones jurídicas relativas al valor jurídico de la documentación informática. La Comisión tomó nota de un informe del Grupo de Trabajo sobre facilitación de los procedimientos comerciales internacionales (**WP.4**). En ese informe se sugería que, como estos problemas eran esencialmente de derecho mercantil internacional, la Comisión, en su calidad de principal órgano jurídico en esa esfera, parecía ser el foro de convergencia apropiado para realizar y coordinar las actividades necesarias.
- **1985**, en su 18.º período de sesiones, la Comisión examinó un informe del Secretario General titulado "Valor jurídico de los registros computadorizados" (A/CN.9/265). Se señaló que uno de los obstáculos jurídicos más graves para el empleo de la informática y de las telecomunicaciones de terminal a terminal en el comercio internacional radicaba en la exigencia de que los documentos estuviesen firmados o consignados sobre papel. La Comisión decidió aprobar una recomendación en la que se expresan algunos de los principios en que se basa la Ley Modelo³⁵.
- **1988**, en su 21.º período de sesiones, la Comisión consideró una propuesta sobre la necesidad de elaborar unos principios jurídicos aplicables a la formación de los contratos mercantiles internacionales por medios electrónicos. La carencia de un marco jurídico bien definido para esta práctica innovadora y el hecho de que la labor futura en esa esfera podría contribuir a colmar esa laguna jurídica y a reducir la incertidumbre y las dificultades con las que se tropezaba en la práctica, llevó a la aprobación de la propuesta.
- **1990**, en su 23.º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí un informe titulado "Estudio preliminar de las cuestiones jurídicas relacionadas con el perfeccionamiento de contratos por medios electrónicos" (A/CN.9/333). Ese informe contiene un resumen de los trabajos realizados en las Comunidades Europeas y en los Estados Unidos de América con respecto al requisito de la "forma escrita" y otros problemas observados en relación con el perfeccionamiento de los contratos por medios electrónicos.
- **1991**, en su 24.º período de sesiones, la Comisión tuvo ante sí el informe titulado "Intercambio electrónico de datos" (A/CN.9/350). En ese informe se describían las actividades de las diversas organizaciones que se ocupaban de las cuestiones jurídicas relacionadas con el intercambio electrónico de datos (EDI) y se analizaba el contenido de diversos modelos de acuerdos de intercambio de información ya preparados o que se estaban preparando. El Informe indicaba la conveniencia de preparar un acuerdo uniforme de comunicaciones para ser aplicado en el comercio internacional. Sin embargo, la Comisión llegó a la conclusión de que era prematuro iniciar inmediatamente la preparación de un acuerdo uniforme de comunicaciones por entender que el comercio electrónico de alta velocidad requería un nuevo examen de cuestiones contractuales básicas como la oferta y la aceptación, y que debían también examinarse las repercusiones jurídicas del papel de los sistemas de gestión centralizada de datos en el derecho mercantil internacional. Se acordó seguir en este punto la labor de la Comisión de las Comunidades Europeas y de la Comisión Económica para Europa.

³⁴ Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragesimo período de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/40/17), Cap. VI. sec. B.*

³⁵ Véase Asamblea General Resolución 40/71, inciso b) del párrafo 5, de 11 de diciembre de 1985.

- En su 24.º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales recomendó a la Comisión, que emprendiera la labor de elaborar un régimen jurídico uniforme para el comercio electrónico. Se convino en que esa labor debería tener la finalidad de facilitar la formulación de normas de tipo legislativo aplicables al comercio electrónico y que regularan cuestiones como las siguientes: el perfeccionamiento de los contratos; el riesgo y la responsabilidad de los socios comerciales y de los terceros proveedores de servicios en el marco de relaciones concertadas por comercio electrónico; ampliar el alcance de las definiciones de "escrito" y de "original" para dar cabida en ellas a las aplicaciones del comercio electrónico; y cuestiones relacionadas con la negociabilidad de los títulos negociables y documentos de titularidad (A/CN.9/360).
- **1992**, en su 25.º período de sesiones, la Comisión apoyó la recomendación contenida en el informe del Grupo de Trabajo y encomendó al Grupo de Trabajo sobre Pagos Internacionales que preparara una reglamentación jurídica del comercio electrónico, dándole, al mismo tiempo, a ese Grupo el nuevo nombre de Grupo de Trabajo sobre Intercambio Electrónico de Datos. El Grupo de Trabajo dedicó sus períodos de sesiones 25.º a 28.º a la preparación de reglas jurídicas aplicables al "intercambio electrónico de datos (EDI) y otros medios de comunicación de datos" (en los documentos A/CN.9/373, 387, 390 y 406 figuran informes sobre esos períodos de sesiones).
- En cuanto al régimen uniforme, el Grupo de Trabajo acordó que debería seguir adelante con su labor, sobre la hipótesis de que el régimen uniforme revestiría la forma de disposiciones de rango legislativo. Si bien se convino en que se impartiría al texto la forma de una ley modelo; en un principio se estimó que, dada la naturaleza especial del texto jurídico que se estaba elaborando, había que encontrar un término más flexible que el de "ley modelo". Se hizo ver que el título debería reflejar que el texto contenía diversas disposiciones relativas a normas vigentes que estarían distribuidas en diversas partes de distintas leyes nacionales en el Estado que diera efecto a esa normativa.
- Si bien hubo cierto apoyo en favor de que se retuviera el término "disposiciones legales modelo", prevaleció el parecer de que era preferible el término "ley modelo". Como resultado de la orientación seguida por el Grupo de Trabajo, a medida que avanzaba su labor hacia la finalización del texto, se consideró que las disposiciones legales modelo formaban un régimen equilibrado y bien definido que cabría promulgar conjuntamente como un solo instrumento (A/CN.9/406, párr. 75). Sin embargo, según la situación imperante en cada Estado que le diera efecto, la Ley Modelo podía incorporarse en forma de ley especial o integrarse en diversas partes de la legislación existente.
- El texto del proyecto de Ley Modelo aprobado por el Grupo de Trabajo en su 28.º período de sesiones fue enviado a todos los gobiernos y organizaciones internacionales interesadas para que presentaran sus observaciones. Las observaciones recibidas fueron reproducidas en el documento A/CN.9/409 y Add.1 a 4. El texto de los proyectos de artículo de la Ley Modelo figura en el anexo del documento A/CN.9/406.
- **1995**, en su 28.º período de sesiones la Comisión aprobó el texto de los artículos 1 y 3 a 11 del proyecto de Ley Modelo. Al preparar la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo estimó que convendría proporcionar en un comentario información adicional relativo a la misma. . En este periodo la Comisión colocó el proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno.
- **1996**, en su 29.º período de sesiones, tras examinar el texto del proyecto de Ley Modelo, con las modificaciones introducidas por el grupo de redacción, la Comisión aprobó la siguiente decisión en su 605a.sesión, celebrada el 12 de junio de: 1. *Aprueba* la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el comercio electrónico tal como figura en el anexo I del informe sobre la labor realizada en el período de sesiones en curso; 2. *Pide* al Secretario General que transmita a los gobiernos y otros órganos interesados el texto de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el comercio electrónico, acompañado de la Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo que ha preparado la Secretaría; 3.*Recomienda* a todos los Estados que den consideración favorable a la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el comercio electrónico cuando aprueben o modifiquen sus leyes, en vista de la necesidad de uniformidad en la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información distintas del papel”.
- La Asamblea General en su Sesión plenaria de 16 de diciembre de 1996 dicta Resolución sobre esta Ley Modelo en los mismos términos aprobados por la Comisión y después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas..

- En junio de **1998** se aprueba por la Comisión un artículo 5 bis (*Incorporación por remisión*) lo que demuestra que la Ley Modelo no es un texto cerrado ni definitivo, sino flexible y abierto a futuras adiciones.

En cuanto a su **estructura**, la Ley Modelo está dividida en dos partes, la primera regula el comercio electrónico en general y la segunda regula el empleo de ese comercio en determinadas ramas de actividad comercial. Cabe señalar que la segunda parte de la Ley Modelo, que se ocupa del comercio electrónico en determinadas esferas, consta de un único capítulo dedicado a la utilización del comercio electrónico en el transporte de mercancías. En el futuro se regularán otras ramas particulares del comercio electrónico, por lo que se ha de considerar a la Ley Modelo como un instrumento abierto destinado a ser complementado por futuras adiciones. Además, está concebida como una ley marco que no enuncia por sí ni tiene por objeto regular todos los pormenores del comercio electrónico. Por esta razón no excluye la posibilidad de que los Estados dicten un reglamento para desarrollar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo.

Su **objetivo** es ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar la incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada en otra forma que no sea la de un documento tradicional sobre papel. Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo pretenden, además, que los usuarios del comercio electrónico puedan encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten el empleo del comercio electrónico. Finalmente, se considera que la Ley Modelo puede servir como instrumento, en el ámbito internacional, para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico, al prescribir, por ejemplo, que se han de consignar por escrito ciertos documentos o cláusulas contractuales. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular³⁶.

Los **principios generales** en los que se inspira son los siguientes:

- 1) facilitar el comercio electrónico en el interior y más allá de las fronteras nacionales;
- 2) dar validez a las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información;
- 3) fomentar y estimular la aplicación de nuevas tecnologías de la información;
- 4) promover la uniformidad del derecho aplicable en la materia; y
- 5) apoyar las nuevas prácticas comerciales. Debe señalarse que si bien la finalidad general de la Ley Modelo es la de facilitar el empleo de los medios electrónicos de comunicación, su régimen no trata de imponer en modo alguno el recurso a estos medios de comunicación.

³⁶ Véase *Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Comercio Electrónico*. Informe de la Sexta Comisión (A/51/628) Ley Modelo (A51/162). En *Internet*: <<http://www.un.org.at/uncitral>>.

La Ley Modelo habla de comercio electrónico, sin embargo no especifica lo que debe entenderse como tal. Ello es debido a que la Comisión, al preparar el proyecto, decidió atender a una concepción amplia de EDI, que abarcara todas las aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio, y que podrían designarse por el amplio término de comercio electrónico. Pese a ello, al indicar su **ámbito de aplicación** (artículo 1) se refiere a “todo mensaje de datos utilizado en el contexto de actividades comerciales”. Y mediante el empleo de nota al pie de página da un criterio de interpretación del término “comercial”, en el sentido de abarcar las cuestiones suscitadas **por toda relación de índole comercial, sea o no contractual**³⁷. Su artículo 2 ayuda a precisar estos extremos definiendo lo que ha de entenderse por “mensaje de datos” y por “intercambio electrónico de datos”:

Artículo 2. Definiciones

Para los fines de la presente Ley:

- a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax;*
- b) Por "intercambio electrónico de datos (EDI)" se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto.*

La Ley Modelo aborda los impedimentos que los conceptos como *escrito, firma y original* prescritas en las legislaciones de los Estados miembros pueden suponer para el desarrollo de comercio electrónico en base a las técnicas basadas en la informática. Establece, para salvar estos obstáculos, el criterio del “equivalente funcional”³⁸ basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional no debe dar lugar a que se impongan a los usuarios del comercio electrónico normas de seguridad más estrictas las aplicables a la documentación consignada sobre papel.

Un mensaje de datos, como señala la Guía, no es de por sí el equivalente de un documento de papel, ya que su naturaleza es distinta y no cumple necesariamente todas las funciones imaginables de un documento de papel. Por ello se adoptó en la Ley Modelo un criterio flexible que tuviera en cuenta la graduación actual de los requisitos aplicables a la documentación consignada sobre papel: fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad. La Ley

³⁷ Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de factoraje ("factoring"); de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

³⁸ Este criterio se sigue en varios instrumentos internacionales existentes (*ad.ex.* artículo 7 de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre *Arbitraje Comercial Internacional* y el artículo 13 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980).

Modelo no pretende definir un equivalente informático para todo tipo de documentos de papel, sino que trata de determinar la función básica de cada uno de los requisitos de forma de la documentación sobre papel, con miras a determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función³⁹.

Por último la Ley Modelo establece unas reglas de derecho supletorio y de derecho imperativo. El punto de partida es la consagración del principio de la autonomía de las partes (artículo 4) respecto de las disposiciones del capítulo III de la primera parte.

El capítulo III incorpora ciertas reglas que aparecen muy a menudo en acuerdos concertados entre las partes, por ejemplo, en acuerdos de intercambio de comunicaciones o en el "reglamento de un sistema de información" o red de comunicaciones. La noción de "reglamento de un sistema" puede abarcar dos tipos de reglas: a) las condiciones generales impuestas por una red de comunicaciones y, b) las reglas especiales que puedan ser incorporadas a esas condiciones generales para regular la relación bilateral entre ciertos *iniciadores* y *destinatarios* de mensajes de datos. El artículo 4 (y la noción de "acuerdo" en él mencionada) tiene por objeto abarcar ambos tipos de reglas. Así pues, las reglas del capítulo III de la primera parte —Comunicación de los mensajes de datos— tienen como objetivo servir a las partes cuando vayan a concertar esos acuerdos y también, para colmar las lagunas u omisiones en las estipulaciones contractuales⁴⁰.

Las disposiciones que figuran en el capítulo II —Aplicación de los requisitos jurídicos a los mensajes de datos— de la primera parte son de distinta naturaleza. Siendo una de las principales finalidades de la Ley Modelo facilitar el empleo de las técnicas de comunicación modernas, y dotar al empleo de dichas técnicas de la certeza y seguridad jurídica, las disposiciones del capítulo II pueden considerarse como un conjunto de excepciones al régimen tradicionalmente aplicable a la forma de las operaciones jurídicas. Debe señalarse que normalmente el régimen jurídico tradicional acostumbra a ser de carácter imperativo, por reflejar, en general, decisiones inspiradas en principios de orden público interno. Es por ello que las reglas enunciadas en el capítulo II expresan el "mínimo aceptable" en materia de requisitos de forma para el comercio electrónico, y en este sentido, "deberán ser tenidas por imperativas", salvo que en ellas mismas se disponga lo contrario⁴¹.

3.2. Propuesta de la UNIÓN EUROPEA de una Directiva sobre comercio electrónico⁴²

³⁹ Cabe señalar que en los artículos 6 a 8 de la Ley Modelo se ha seguido el criterio del "equivalente funcional" respecto de las nociones de "escrito", "firma" y "original", pero no respecto de otras nociones jurídicas que en esa Ley se regulan. Por ejemplo, no se ha intentado establecer un equivalente funcional en el artículo 10, relativo a los requisitos actualmente aplicables al archivo de datos. Vid. *Guía..., op.cit.* págs. 13-14.

⁴⁰ Cf. *Guía..., op.cit.*, págs. 14-15 y págs. 31-39.

⁴¹ *Idem*, págs. 21-31.

⁴² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior [98/035 (COD) COM (1999) 427—Bruselas, 17 de agosto de 1999]. Y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del art. 251 del Tratado CE acerca de la Posición común del Consejo sobre la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información,

A diferencia de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la Propuesta de Directiva comunitaria ha de enmarcarse en el estricto ámbito de la construcción europea de cara al crecimiento económico, a la competitividad de la de industria europea y al crecimiento del empleo. El enfoque comunitario sobre el comercio electrónico es de carácter eminentemente económico, sin pretensiones unificadoras de las legislaciones nacionales. Antes bien, se trata de remover los obstáculos y barreras que existen en las legislaciones nacionales y que entorpecen -en el ámbito de mercado interior-, la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento en un espacio sin fronteras.

Debe recordarse que, atendiendo a los objetivos comunitarios contenidos en los Tratados y en el Derecho derivado, la divergencia de las legislaciones nacionales y su falta de coordinación y ajuste son consideradas como barreras al buen funcionamiento del mercado interior y, en consecuencia, generan inseguridad jurídica sobre el alcance del control que los Estados miembros pueden realizar sobre los servicios procedentes de otro Estado miembro. La supresión de dichos obstáculos y la coordinación de las legislaciones nacionales, aclarando conceptos jurídicos a nivel comunitario, es una de las finalidades de las Directivas comunitarias, pero se deja en libertad a los Estados miembros para que, además, revisen su legislación interviniendo lo menos posible en sus regímenes jurídicos nacionales, o al menos interviniendo únicamente donde sea estrictamente necesario para el buen funcionamiento del espacio *intra* comunitario.

En consecuencia, el **objetivo de la Propuesta de Directiva es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y, especialmente, la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Este concepto amplio incluye actividades económicas muy diversas susceptibles de efectuarse on line.**

Así:

Servicios de empresa a empresa o de empresa a consumidores;

Servicios de venta de bienes o servicios, así como servicios gratuito para el destinatario (cuya financiación está garantizada frecuentemente por la comunicación comercial);

Servicios que permitan realizar operaciones electrónicas en línea para comprar mercancías, tales como la tele compra interactiva, los centros comerciales electrónicos, etc. (el hecho de que la mercancía no se entregue en línea no obsta para que la tele compra interactiva constituya un servicio de la sociedad de la información).

El *iter histórico* de esta Propuesta de Directiva se puede resumir en los siguientes hitos:

concretamente el comercio electrónico, en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico). Bruselas, 29.02.2000 SEC (2000) 386 final, 1998/0325 (COD).

- a) En **1997** la Comisión Europea presentó una iniciativa sobre comercio electrónico para sentar las bases de la creación de un marco jurídico para el mercado interior basado en la regla del control en el país de origen⁴³;
- b) El **18 de noviembre de 1998**, la Comisión aprueba una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior⁴⁴;
- c) El **29 de abril de 1999**, el Comité Económico y Social emite dictamen sobre la propuesta. El Parlamento europeo, consultado con arreglo al procedimiento de co-decisión, procede a examinar la propuesta y emite dictamen en sesión plenaria de **6 de mayo de 1999**⁴⁵, incluyendo las enmiendas el Parlamento y solicitando a la Comisión que, con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE, modifique la propuesta de acuerdo con ellas; y,
- d) El **17 de agosto de 1999**⁴⁶ la Propuesta modificada de Directiva es presentada por la Comisión con arreglo al artículo 250 apartado 2 del Tratado CE.
- e) El **28 de febrero de 2000** el Consejo, de conformidad con el apartado 2 del art. 251 del Tratado CE, aprobó una POSICIÓN COMÚN SOBRE LA PROPUESTA DE DIRECTIVA⁴⁷

En cuanto a su **estructura**⁴⁸ la Propuesta de Directiva, en su nueva versión tras la Posición Común, está dividida en 22 Artículos, 5 Capítulos y un Anexo.

El **Capítulo I** aborda las disposiciones generales que se refieren a su objetivo y ámbito de aplicación (art. 1), las definiciones (art. 2) y el respeto a la libre circulación de servicios (mercado interior—art. 3).

El **Capítulo II** dividido en cuatro secciones establece las materias objeto de atención a los efectos de armonización. Señala los principios que inspiran la Directiva (Sección 1: principio de no autorización previa—art. 4 y principio de información—art. 5); establece las condiciones que deben de respetarse en las comunicaciones comerciales (Sección 2: arts. 6 a 8); fija las garantías que deben adoptar los Estados miembros para que en su legislación interna no se entorpezcan los contratos por vía electrónica (Sección 3: arts. 9 a 11); y propone las medidas a adoptar para el establecimiento de la responsabilidad de los prestadores intermediarios (Sección 4: arts. 12 a 15).

El **Capítulo III**, se refiere a la transposición de la Directiva en los Estados miembros, distinguiendo: la cooperación entre éstos y la Comisión para el establecimiento de Códigos de conducta en el ámbito comunitario (art. 16); el fomento de la solución extrajudicial de

⁴³ COM (1997) 157 final de 16 de abril de 1997, capítulo 3. “*Iniciativa europea de comercio electrónico*”. Según este principio un producto o servicio puede prestarse en todos los Estados miembros siempre y cuando se ajuste a las normas establecidas en el Estado miembro de origen del prestatario. Es un principio que no concierne ni a la jurisdicción competente (que se rige por el Convenio de Bruselas de 1968) ni a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (que se rige por el Convenio de Roma de 1980). Sin embargo, la aplicación del principio del control del país de origen como regla general para las transacciones comerciales en la UE encierra algunos problemas que la doctrina ha puesto de manifiesto de forma reiterada. Véase con carácter general la obra de GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999, págs.177-191; 205-209.

⁴⁴ COM (1998) 586 final. DO C 30, de 5 de febrero de 1999.

⁴⁵ DO C 169, de 16 de mayo de 1999.

⁴⁶ COM (1999) 427 final 98/0325 (COD).

⁴⁷ SEC (2000) 386 final, 1998/0325 (COD).

⁴⁸ Las referencias a la Directiva deben entenderse a la Posición Común sobre la misma, salvo indicación en contrario.

litigios (art.17); los posibles recursos judiciales (art. 18); y, la cooperación entre autoridades nacionales (art. 19); en el orden sancionatorio, deja a la discreción de los Estados miembros velar y asegurar la aplicación de las medidas que se adopten en aplicación de la Directiva (art. 20)

El **Capítulo IV** (art. 21) Se obliga a que el informa de la comisión tenga especialmente en cuenta la prevención, investigación, descubrimiento y procesamiento del delito, la protección de menores, y la lucha contra la instigación al odio por motivos de raza, sexo, religión o nacionalidad, así como las violaciones a las dignidad de las personas.

Finalmente, el **Capítulo V**, (art. 22) además de las disposiciones finales, ha ampliado el periodo de transposición a 18 meses (sugiriendo que en vez de utilizar la palabra Transposición se emplee el término “Aplicación”).

El Principio del Reconocimiento Mutuo y la Regla del Control en el País de Origen como mecanismos para la armonización de sectores del mercado único y la Propuesta de Directiva comunitaria sobre comercio electrónico

El *Principio del Reconocimiento Mutuo* pretende imponer en el contexto de integración del mercado interior comunitario, y sobre la base de la existencia de un verdadero Derecho supranacional, que los Estados miembros vengán obligados a reconocer en su ordenamiento jurídico (en su territorio interno) los efectos de un derecho extranjero: el del **país de origen de los productos o servicios (*home country control*)**. Esta exigencia pretende, al propio tiempo, evitar la necesidad de intervenciones reglamentarias por parte de la Comunidad⁴⁹.

Si bien es cierto que el principio de reconocimiento mutuo tiene ciertas limitaciones, -reflejo de las exigencias de las normas imperativas del foro-, y desde luego bajo el control del TJCE⁵⁰, no es menos cierto que, en este contexto, la legislación del Estado de

⁴⁹ La doctrina se ha ocupado con profusión de este Principio y de su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario; además de la obra de S. GARDEÑES citada anteriormente véase, sin ánimo exhaustivo: GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El principio de reconocimiento mutuo: su aplicación a los productos industriales”, *Comunidades Europeas, Aranzadi*, 2, 1996, págs. 33-40, ID., “Naturaleza y efectos de las cláusulas de reconocimiento mutuo incluidas en las normativas nacionales relativas al mercado interior”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-27, 1997, págs. 139-141; GUZMÁN ZAPATER, M., “El principio de reconocimiento mutuo: ¿un nuevo modelo para el Derecho internacional privado comunitario? (a propósito de la Comunicación de la Comisión: libre prestación de servicios e interés general en la Segunda Directiva Bancaria)”, *RDCE*, enero-junio 1998, espec. págs. 140-141; LÓPEZ ESCUDERO, “La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, D-19, 1993, pág.123; MARTÍNEZ LAGE, S., “El reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la CE*, B-96, 1994, págs. 1-9; MATTERA, “L’article 30 du traité de la CEE, la jurisprudence Cassis de Dijon et le principe de la reconnaissance mutuelle: instruments au service d’une Communauté plus respectueuse des diversités nationales.”, *Revue du Marché Unique Européen*, núm. 4, 1992, págs. 13 y ss; PARDO LEAL, M., “La sentencia “foie gras”: el TJCE confirma la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros”, *Gaceta Jurídica de la CE*, núm. 203, octubre-noviembre, 1999, págs.83-85; VIGNES, “Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelles”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, Tecnos, Madrid, págs. 1289-1299.

⁵⁰ A partir de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* el principio de reconocimiento mutuo se considera junto al artículo 30 del TCE uno de “los instrumentos privilegiados para la liberación de los intercambios y el punto

origen adquiere necesariamente el carácter de extraterritorialidad, desplegando sus efectos en toda la Comunidad, mucho más allá del Estado del que emana. Por otro lado, esta regla o principio, cuyo desarrollo se ha proyectado sobre todo en el ámbito específico del mercado interior, funcionalmente cumple un objetivo más de tipo económico que jurídico.

Ello no quiere decir que los aspectos jurídicos sean irrelevantes. Las dificultades inherentes a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo han sido puestas de relieve por la doctrina en relación con la *imprevisibilidad* para determinar los derechos y obligaciones que resultan de su adaptación a las legislaciones internas.

Como ha sido señalado⁵¹, cuando se trata de determinar los derechos de los particulares en el ámbito del Derecho comunitario, la complejidad de los regímenes legales aplicables aumenta al superponerse a los ordenamientos jurídicos preexistentes la normativa de origen comunitario. Dicho en otros términos, la aplicación concreta a cada caso de este principio depende de un conjunto de factores intrínsecos y extrínsecos a cada supuesto, factores que a menudo son difíciles de evaluar. A ello ha de añadirse la dificultad de interpretación de las normativa en vigor en cada Estado miembro aplicable al producto de que se trate, y la exigencia de conocimientos técnicos profundos para constatar que “un producto legalmente producido o comercializado en otro Estado miembro, es contrario al artículo 30 TCE y no está justificada por el artículo 36 TCE, o por las exigencias imperativas reconocidas por el TJCE”⁵².

En este sentido, los mecanismos de reglamentación propios del Derecho internacional privado son importantes para explicar la naturaleza de la referencia al Estado de origen. Ha de hacerse constar que no es objetivo de la Directiva *in comento* fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas conflictos de leyes y de jurisdicciones (como expresamente se dice en el Considerando 23 de la Posición Común). De lo que se trata es de evitar que las disposiciones del Derecho interno de cada Estado restrinjan la libre provisión de servicios de la sociedad de la información (tal y como se enuncia en la Directiva).

Tal y como es concebido en la Propuesta de Directiva, el comercio electrónico constituye una actividad de servicios (servicios *on line*) de la sociedad de la información consistente, por ejemplo, en vender mercancías o servicios o en proporcionar gratuitamente información financiada por la comunicación comercial. La disparidad de medidas legislativas aplicables a dichos servicios origina casos en los

de referencia constante de las acciones llevadas a cabo a nivel comunitario para la realización de las cuatro libertades fundamentales”. Cf. MATERA, “L’article 30 du traité CEE...”, *op. cit.*, págs. 13-14.

⁵¹ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “Naturaleza y efectos de las cláusulas de reconocimiento mutuo incluidas en las normativas nacionales relativas al mercado interior”, *op.cit.*, págs. 130-138.

⁵² La Comisión hizo suya la sentencia *Cassis de Dijon*, de 20 de febrero de 1979, que desarrolló e impulsó como bandera estratégica legislativa. Es decir, que el principio del reconocimiento es un método sustitutivo de la armonización de legislaciones. Esto se desprende de la Comunicación interpretativa de 3 de octubre de 1980 (DOCE C 256, de 3 octubre 1980) en cuya virtud: “en principio, los Estados son competentes para regular la producción en su territorio. Pero tratándose de productos importados de otros Estados de la CE, los Estados no pueden situarse en una perspectiva puramente nacional, y por tanto deben confiar los unos en los otros por lo que se refiere a sus procedimientos de fabricación y control”. La consecuencia implícita es que debe admitirse la comercialización de todo producto que sea conforme con la legislación del Estado de origen. Este deber implica a su vez dos principios: el de mutua confianza y el de protección equivalente.

que un Estado miembro puede someter un servicio procedente de otro Estado miembro a medidas de control de su propia legislación.

La propuesta de Directiva pretende atajar algunas de estas dificultades, sobre todo atendiendo a la necesidad de garantizar un adecuado nivel de protección de los consumidores fundamentando su regulación en la obligación de reconocimiento mutuo. La Directiva no cubre ámbitos jurídicos completos sino determinados aspectos muy concretos y aborda **cinco cuestiones** en donde existen barreras jurídicas: **a)** el régimen establecimiento de los operadores que desean acceder a las actividades de servicios de la sociedad de la información⁵³; **b)** las comunicaciones comerciales⁵⁴ (art. 6 a 8); **c)** los contratos por vía electrónica (arts. 9 a 11); **d)** la responsabilidad de los intermediarios (arts. 12 a 16); y, **e)** el arreglo de controversias y recursos judiciales (arts. 17 y 18).

Con ello se pretende tratar en un mismo instrumento los obstáculos que afectan a las *diferentes fases de la actividad económica de los servicios pertinentes*. Para poder ejercer una actividad es necesario comenzar por establecerse, iniciar una comunicación comercial, formalizar el contrato con un destinatario, en caso de desacuerdos enfrentarse a problemas de responsabilidad y encontrar mecanismos de solución de conflictos, etc. La Comisión, de acuerdo con lo anunciado en su Comunicación del 16 de abril de 1997, ha identificado en esta cadena económica los elementos clave que necesitan unas reglas del juego comunitarias para que las actividades pertinentes no se enfrenten a obstáculos a nivel transfronterizo⁵⁵.

En la práctica, dada la opacidad del marco jurídico, esto se traduce en que las medidas que un Estado miembro pueda tomar contra los servicios facilitados por prestadores establecidos en otro Estado miembro creen una importante inseguridad jurídica tanto en el orden de la justificación de dichas medidas cuanto a la hora de fijar los requisitos que deben respetar los servicios de la sociedad de la información. En la Posición Común se admite implícitamente que los tribunales nacionales que conozcan de controversias de Derecho privado podrán adoptar medidas que establezcan excepciones a la libertad de prestar servicios en el marco de la sociedad de la información, de conformidad con las disposiciones establecidas en la directiva (Considerando 5). Asimismo se subraya, que también se pueden aplicar normas nacionales de Derecho penal y adoptar todas las

⁵³ *Prestador de servicios* es cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información; y *prestador de servicios establecido*, es quien ejerce de manera efectiva la actividad económica a través de una instalación estable y por un tiempo indeterminado. No se considera un establecimiento del prestador de servicios, la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizados para suministrar el servicio [art. 2 b) y c)]. Esta última definición se fundamenta en la jurisprudencia del TJCE que ha puntualizado el concepto de “establecimiento” en el sentido del art. 52 y ss. del Tratado (Cf. Asunto C-221/89, Rec. 1991 pág. I-3905). De este modo, a los efectos de la Directiva, no constituirá establecimiento en el territorio de un Estado miembro, por ejemplo, el hecho de que se pueda acceder a un sitio *Internet* en un Estado miembro, ya que ello equivaldría a considerar que un operador está establecido en varios países o incluso en los 15 Estados miembros.

⁵⁴ Es *comercial* toda forma de comunicación destinada a promocionar, directa o indirectamente, bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesión liberal. A los efectos de la Directiva, no es comunicación comercial, los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona, en concreto el nombre del dominio o la dirección de correo electrónico o el *hipervínculo* hacia un sitio *Web*; y tampoco las comunicaciones sin contrapartida económica.

⁵⁵ Cf. MARTÍNEZ NADAL, A., “Comercio Electrónico”, *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Civitas, Madrid, *op.cit.* pág. 260.

medidas de investigación necesarias para averiguar y perseguir los delitos, sin que sea necesario notificar tales medidas a la Comisión (considerando 26, nuevo).

Esto significa que, pese a la consagración del principio del reconocimiento mutuo, los Estados están legitimados, en los términos que fije la Directiva, a tomar medidas dirigidas a restringir la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información⁵⁶ (Considerando 24, nuevo; enmienda 25 del Parlamento Europeo). Podemos hacernos entonces algunas preguntas:

- ⇒¿Cómo fijarán estas limitaciones cada Estado miembro?
- ⇒¿Exigirán las normativas nacionales especiales conocimientos técnicos para evaluar si un servicio de la sociedad de la información aplicado al comercio electrónico protege de forma equivalente el interés en cuestión?
- ⇒¿Cómo se apreciará si la normativa del primer Estado es más estricta que la del segundo Estado, y por ende es contraria al art. 30 TCE?
- ⇒¿Renunciará el Estado miembro “de importación” a aplicar su propia normativa vigente porque entienda que la normativa del Estado de origen protege de forma equivalente el interés del consumidor?

Estas y otras cuestiones son las que nos llevan a afirmar que si bien el principio de reconocimiento mutuo en su enunciado o formulación aparece relativamente claro, la previsibilidad de los resultados de su aplicación no siempre es tan evidente para los agentes económicos. Muchas hipótesis son posibles y siguen inexploradas en tanto no se den las circunstancias para que se produzca un pronunciamiento del TJCE; pronunciamiento cuyo sentido, hoy por hoy, es una incógnita.

Merece recordarse en este momento la Sentencia *Foie-Gras*⁵⁷ del TJCE, cuyo fallo hace referencia, y reconoce por vez primera, la utilidad de las *cláusulas de reconocimiento mutuo*. Utilidad que se concreta en asegurar la adaptabilidad de la normativa interna a las exigencias de las disposiciones del Tratado (principio de libre circulación de mercancías en el mercado interior). Si bien es cierto que dicha sentencia está referida a productos alimenticios, ello no empece su aplicabilidad en el específico contexto del comercio electrónico. La Sentencia del TJCE es innovadora en el sentido de obligar a los Estados a incluir una “cláusula de reconocimiento mutuo” en las correspondientes normativas nacionales de adaptación/transposición de las Directivas en general⁵⁸.

De ello se deriva una consecuencia jurídica que no debe pasar inadvertida: la inscripción del principio de reconocimiento mutuo en la ley interna, y su fuerza legal equivalente a la de las reglas previstas en la normativa nacional⁵⁹.

⁵⁶ Servicios que deben entenderse en el sentido de apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/ CE, modificada por la Directiva 98/48/CE.

⁵⁷ Sentencia “Comisión-Francia”, de 22 de octubre de 1998 (C- 184/96, RJTJCE, págs. 6197-I).

⁵⁸ PARDO LEAL, M., “La sentencia “foie gras”: el TJCE confirma la obligación de incluir cláusulas de reconocimiento mutuo en la legislación de los Estados miembros”, *op.cit.*, pág. 89.

⁵⁹ *Idem*, p. 90.

Intimamente relacionado con el principio de reconocimiento mutuo se sitúa **la regla del control del país de origen**. Desde la óptica del DIPr nos interesa reflexionar siquiera brevemente sobre esta regla, a cuyo efecto destinamos la última parte de este trabajo.

La regla del control del país de origen.

Al tener como objetivo el correcto funcionamiento del mercado interior, la Propuesta de Directiva solamente cubre la situación de los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro. No abarca la situación de los servicios de la sociedad de la información procedentes de un prestador establecido en un país no perteneciente a la Comunidad. Y, a estos efectos, la ubicación geográfica de los medios tecnológicos utilizados no se debe tener en cuenta (la definición del *establecimiento* no utiliza criterios vinculados a la tecnología, sino relativos a la actividad económica, según se explica más adelante). Así pues, los servicios de la sociedad de la información que utilizan medios técnicos en terceros países quedan sólo cubiertos si el prestador de servicios está *establecido* en la Comunidad.

La Propuesta de Directiva sigue la regla del control en el origen de los servicios de la sociedad de la información al señalar que “el control corresponde al país en el cual está establecido el prestador⁶⁰”.

Desde la óptica internacionalprivatista la pregunta que nos formulamos en relación con la regla del control del país de origen (también conocida como “Cláusula del Mercado Unico”) está orientada en una doble dirección: a) de un lado, saber si es correcto identificar “origen de los servicios de la sociedad de la información” con “establecimiento del prestador de servicios”; y, b) de otro, preguntarnos si esta regla puede ser confundida con las normas conflictuales sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y jurisdicción competente en materia de contratación electrónica, como así parece deducirse de la oposición de los consumidores representados en la BEUC⁶¹. La cuestión no es fácil de responder, y su análisis excedería con mucho de los propósitos de esta exposición.

Simplemente dejamos abierta la discusión a debates posteriores, apuntando de momento algunas ideas a modo de reflexión final:

⁶⁰ Así se deducía del Considerando Octavo de la Propuesta modificada de Directiva a cuyo tenor: “...el control de los servicios de la sociedad de información debe hacerse en el **origen de la actividad** para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales y que para ello es necesario garantizar que la autoridad competente garantice dicha protección no sólo en el caso de los ciudadanos de su país, sino en el de todos los ciudadanos de la Comunidad; que, además y con el fin de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica de los prestadores de servicios y sus destinatarios, **estos servicios deberán estar sujetos únicamente al régimen jurídico del Estado miembro en el que está establecido el prestador de servicios**; que es indispensable precisar con claridad esta responsabilidad del Estado miembro de origen de los servicios para mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros”.

⁶¹ Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC/183/99) Draft “Consumer’s Rights in Electronic Commerce” - *Jurisdiction and Applicable Law on Cross-Border Consumer Contracts*, 18/101999, pág. 10.

1. Cuando estamos en presencia de contratos de consumo formalizados por vía electrónica, tanto la Comisión⁶² como el Consejo de Ministros se muestran partidarios de no confundir ambas cuestiones (regla del control en el origen y normas sobre ley aplicable y jurisdicción competente), en la medida en que los Convenios de Bruselas y de Roma resuelven estas materias, y la Directiva no tiene como finalidad establecer reglas específicas de DIPr., relativas a los conflictos de jurisdicción y de leyes sobre el comercio electrónico. De ahí que, consideren inadecuado que se deroguen por vía de una Directiva principios fundamentales establecidos en los convenios señalados “simplemente sobre la base fáctica de que la transacción se efectúa por medios electrónicos”⁶³.

Ello parece adecuado en el ámbito de los contratos con los consumidores, sobre todo si tenemos en cuenta que ni la Resolución del Consejo sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información, ni la Declaración de la Comisión en relación con dicha Resolución, se oponen a que se aplique la legislación del país de residencia del consumidor a dichos contratos.

La postura de la Comisión deberá pues entenderse en el contexto de que una modificación en este sector deberá ser hecha mediante la adaptación de los instrumentos internacionales existentes, o bien mediante la formalización de un Convenio especial *ad hoc* para el comercio electrónico⁶⁴.

2. En materia de delincuencia cibernética, la Comisión reconoce la importancia de la lucha contra la misma, de ahí que sin ánimo de regular estos aspectos vía Directiva sobre comercio electrónico, se inste a los Estados a garantizar un alto nivel de protección de los menores y la dignidad humana, y de los consumidores y la salud pública. Es por ello que en la Posición Común se destaca que la Directiva no afecta al nivel de protección relativo a la salud pública y a los intereses de los consumidores fijados en otros instrumentos comunitarios⁶⁵. Además se insta a los Estados miembros y a todas las partes implicadas

⁶²La Comisión recuerda su Declaración para el Acta de la Sesión del Consejo (Consumidores) de 3 de noviembre de 1998 respecto de la Resolución del Consejo sobre la dimensión relativa a los consumidores en la sociedad de la información. En dicha declaración, la Comisión destacaba que la aplicación de la legislación del país de residencia del consumidor a los contratos celebrados por los consumidores debe hacerse sin perjuicio de la legislación comunitaria en la que se incluye la presente Directiva. Asimismo, la Comisión se reservaba su posición respecto de futuras propuestas legislativas SEC (2000) 386 final, 1998/0325 (COD), pág. 26.

⁶³KERSTEN, P., “Le commerce électronique...”, *op. cit.*, pág. 570.

⁶⁴La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en Mesa Redonda llevada a cabo en Ginebra a finales del pasado mes de septiembre, ha planteado las cuestiones sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable derivadas del comercio electrónico y de las operaciones efectuadas por medio o a través de *Internet*. Las conclusiones pueden ser consultadas en la página *Web* de la propia Conferencia o bien en el sitio <<http://cuiwww.unige.ch/~billard/ipilec>>. Asimismo en el Anteproyecto de Convenio sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, de la Conferencia de La Haya se contempla la posibilidad de introducir en el art. 7 párrafo 3 que las partes en un contrato concluido por los consumidores puedan convenir la elección del foro mediante una cláusula al efecto, “si esta cláusula ha sido aceptada por un consumidor que reside habitualmente en un Estado que ha declarado que tales acuerdos son válidos respecto de tales consumidores”.

⁶⁵Estos son: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; 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

para que pongan fin a actividades ilegales mediante mecanismos elaborados de modo coordinado, que sean rápidos y fiables para retirar la información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella (Códigos de Conducta y sistemas técnicos de protección, identificación y supervisión que permite la tecnología digital. A tal fin se remite a la Directivas 95/46/CE y a la Directiva 97/66/CE -Considerando 40-).

3. Por lo que hace a al comportamiento de las empresas en el mercado, tanto el Consejo como la Comisión consideran que es una cuestión que merece una Directiva específica en el marco de la política comunitaria del Mercado Interior sobre Comunicaciones Comerciales. A tal fin se pretende adoptar las medidas legislativas necesarias en el plazo de un año tras la adopción de la Directiva sobre comercio electrónico.

4. Y, en cuanto a la identificación del origen de la actividad con el lugar del establecimiento del prestador de los servicios, ni la Propuesta ni la Posición Común determinan tal lugar. En primer término, por la dificultad para su concreción y, en segundo lugar, porque la Directiva no tiene como objetivo fijar normas específicas de DIPr.

Sin embargo, merece la pena resaltar que el Considerando Noveno de la Propuesta Modificada de 1999 señala que: “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 o allí donde se puede acceder al sitio; y que cuando existen varios establecimientos de un mismo prestador de servicios, el Estado miembro competente es aquel en el que dicho prestador tenga el centro de sus actividades”.

En efecto, la concreción del origen de los servicios presenta muchas interrogantes derivadas sobre todo del gran número de actividades englobadas bajo esta noción económica y de su carácter inmaterial.

los Estados miembros en materia de publicidad engañosa; la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, y la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998 relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores; la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos; la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre el derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre la venta de bienes de consumo y garantías asociadas, y la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano; y, la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, adoptada en el marco del mercado interior ni a otras directivas sobre protección de la salud pública.

Tras el segundo asunto *Factortame*⁶⁶, el TJCE hizo importantes precisiones en orden a las condiciones que deben darse para que pueda considerarse que existe establecimiento en un Estado miembro: “...el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente”. Y cuando se trata de varios establecimientos, el TJCE se decanta por la interpretación de que es competente el Estado de la administración o centro de actividad principal “... en particular el lugar en el que se adopten las decisiones relativas a la política de programación y al montaje final de los programas difundidos, sin que resulten necesarias disposiciones jurídicas complementarias para evitar el riesgo del doble control”⁶⁷.

De este modo y en atención a una interpretación combinada de ambos fallos así como atendiendo a la Propuesta de Directiva, que se remite para la determinación de “el lugar de establecimiento del prestador de servicios” a lo “dispuesto en la jurisprudencia del TJCE”, consideramos que no es aventurado afirmar que en el caso de servicios de la sociedad de la información que se presten por *Internet* mediante un *sitio* “establecido” en la UE, la determinación de la noción “establecimiento” requerirá para su concreción, y en ausencia de una norma de localización precisa, la concurrencia de dos requisitos: a) un ejercicio efectivo de la actividad económica por medio de una instalación permanente; y, b) caso de que existan varios establecimientos en la Comunidad, el Estado de origen de la empresa será aquel en que radique el principal centro de actividad.

A MODO DE CONCLUSIÓN

1. La revolución de las tecnologías de la información ha llevado a la aparición del comercio electrónico. Su desarrollo actual está lejos de ser considerado como una fase final. Al contrario, es un proceso en plena construcción que exige una reglamentación coordinada en un triple plano, nacional, internacional y europeo, sin perjuicio de las iniciativas privadas autoregulatorias tendentes a fijar reglas o códigos de conducta de los actores, intermediarios y usuarios de los servicios de la información.
2. En el ámbito internacional la Ley Modelo de la UNCITRAL propone al legislador nacional un conjunto de reglas tendentes a eliminar la incertidumbre acerca de la naturaleza jurídica y la validez de la información presentada “on

⁶⁶ Sentencia de 25 julio 1991 (asunto C-221/89, Rec. I-3905). Se trataba, como es sabido, de la licitud de las condiciones que imponía la legislación británica para la matriculación e inscripción en sus registros nacionales de barcos de pesca.

⁶⁷ Se trata del Caso C-222/94, de 10 de septiembre de 1996. El Reino Unido sostenía que el Estado de origen era aquel partir del cual se transmite la emisión televisiva, independientemente de donde esté situado o establecido el organismo difusor. Se trata, en opinión de M. GARDEÑES, de un criterio realista el que ha seguido el TJCE frente a otros posibles, ya que el criterio de la sede real o centro de actividades de la empresa como sinónimo de “establecimiento” sirve como noción de validez general, no sólo para el caso de la sentencia, sino también para otros supuestos similares. Cf. GARDEÑES SANTIAGO, M. *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, op.cit., pág. 208.

line”. Sus principios pretenden que los usuarios del comercio electrónico puedan encontrar las soluciones contractuales válidas para superar los obstáculos jurídicos que dificulten el empleo del comercio electrónico. La ventaja de contar con una Ley Modelo de ámbito internacional estriba en que su adopción por gran número de Estados pueda servir como instrumento, en el ámbito internacional, para armonizar las legislaciones nacionales e interpretar ciertos convenios existentes que impongan de hecho algunos obstáculos al empleo del comercio electrónico. Caso de adoptarse la Ley Modelo como regla de interpretación al respecto, los Estados partes dispondrían de un medio para reconocer la validez del comercio electrónico sin necesidad de tener que negociar un protocolo para cada uno de esos instrumentos internacionales en particular.

3. En el ámbito europeo, la Propuesta de Directiva pretende garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y, especialmente, la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. La disparidad de medidas legislativas aplicables a dichos servicios origina casos en los que un Estado miembro puede someter un servicio procedente de otro Estado miembro a medidas de control de su propia legislación. Para atajar algunas de estas dificultades, y sobre todo atendiendo a la necesidad de garantizar un adecuado nivel de protección de los consumidores, la Directiva fundamenta su regulación en la obligación de reconocimiento mutuo y control de origen. Los aspectos jurídicos abordados son aquellos donde se considera que existen barreras a eliminar, tales como: el régimen establecimiento de los operadores que desean acceder a las actividades de servicios de la sociedad de la información; las comunicaciones comerciales; los contratos por vía electrónica; la responsabilidad de los intermediarios; y, el arreglo de controversias y recursos judiciales.
4. La discusión entre las asociaciones consumidores y la Comisión en aras al establecimiento en la Propuesta de Directiva de una regla que permita al consumidor elegir el foro de la demanda y la ley aplicable, principalmente para conectarlo con el lugar de su residencia habitual, no ha sido aceptado por la Comisión en virtud de que la Directiva no tiene como finalidad establecer normas de DIPr., ni derogar por esta vía el régimen general establecido en los Convenios de Bruselas y de Roma.
5. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organismo intergubernamental dedicado fundamentalmente a la unificación de las reglas sobre conflicto de leyes y de jurisdicciones y al establecimiento de una cooperación entre autoridades de los diversos Estados, es un foro adecuado para dilucidar estas cuestiones, y establecer coordenadas que permitan identificar adecuadamente a los proveedores de servicios.

Un medio digital, como es *Internet*, donde los conceptos de espacio geográfico y límites o fronteras territoriales han quedado desprovistos de contenido, y en donde el ejercicio del poder y de la soberanía estatal es puesto en tela de juicio, exige respuestas imaginativas que proporcionen soluciones claras, directas y efectivas.