
Servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico

PID_00266966

Miquel Peguera

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 5 horas





Miquel Peguera

Profesor agregado de Derecho Mercantil de la Universitat Oberta de Catalunya.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por la profesora: Raquel Xalabarder Plantada (2019)

Segunda edición: septiembre 2019
© Miquel Peguera
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. Régimen general de los servicios de la sociedad de la información	7
1.1. Noción legal de servicios de la sociedad de la información	7
1.1.1. La definición de los servicios de la sociedad de la información en la Directiva (UE) 2015/1535	7
1.1.2. Los <i>servicios de la sociedad de la información</i> en la directiva sobre el comercio electrónico (DCE) y en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)	11
1.2. “Ámbito coordinado” y principio de control en origen	13
1.3. Determinación del lugar de establecimiento del prestador	15
1.4. Normas generales aplicables a la prestación de servicios de la sociedad de la información	16
1.4.1. El principio de no autorización previa	17
1.4.2. Restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información	17
1.4.3. Obligación de proporcionar determinada información	19
1.4.4. Códigos de conducta y sistemas alternativos de resolución de conflictos	20
2. Reglas particulares aplicables a los servicios de intermediación	22
2.1. Deberes de colaboración	22
2.2. Deberes de información en materia de seguridad	24
2.3. Deber de retención de datos	25
2.4. Normas de exclusión de responsabilidad	26
2.4.1. Características generales del sistema de exclusión de responsabilidad	27
2.4.2. Supuestos y requisitos para la exclusión de responsabilidad	31
2.4.3. El requisito de falta de conocimiento efectivo en los supuestos de <i>hosting</i> y <i>linking</i>	34
2.4.4. Inexistencia de obligación general de supervisión	35
2.4.5. El principio de neutralidad en la jurisprudencia del TJUE	36

3. Comercio y contratación electrónica.....	38
3.1. El principio de equivalencia funcional	38
3.2. Marco jurídico de la contratación electrónica	40
3.3. Comunicaciones comerciales por vía electrónica y <i>cookies</i>	41
3.4. Obligaciones de información precontractual	43
3.5. Momento y lugar de celebración del contrato	44
3.6. Reglas para la fase posterior a la contratación	46
3.7. El derecho de desistimiento	47
4. Infracciones y sanciones.....	51
Bibliografía.....	53

Introducción

En este módulo estudiaremos algunos aspectos de la regulación de las actividades económicas que se llevan a cabo en Internet. Se trata de un amplísimo abanico de servicios que muchas veces se prestan a título gratuito al usuario final. Pensemos, por ejemplo, en los servicios de búsqueda que ofrece Google, las redes sociales como Facebook o Twitter, los servicios de correo electrónico gratuito de prestadores de servicios como Yahoo o Microsoft, o de mensajería como WhatsApp, los servicios de creación y alojamiento de blogs como Wordpress o Blogger, las plataformas de alojamiento de vídeos como YouTube o Vimeo, etc. Pese a que estos servicios (por lo menos en su versión básica) no exijan contraprestación al usuario, es evidente que constituyen actividades económicas, con las que el prestador gana dinero (normalmente a través de la publicidad), o bien espera ganarlo en el futuro, una vez haya conseguido una suficiente masa crítica de usuarios. Todos estos servicios son “**servicios de la sociedad de la información**”, como también lo son, siempre que tengan naturaleza económica, el suministro de información a través de Internet, la contratación de bienes y servicios por vía electrónica (comercio electrónico), la provisión de acceso a Internet, los servicios de alojamiento de datos, etc. En términos generales (con los matices que luego apuntaremos), constituye un servicio de la sociedad de la información cualquier servicio que se preste a través de Internet (o de otras redes electrónicas) y suponga para el prestador una actividad de carácter económico.

Con el objetivo de facilitar la efectiva prestación de estos servicios, así como su libre circulación en el seno de la Unión Europea, se dictó la **Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)** (DO núm. L 178, de 17 de julio). Esta directiva fue objeto de transposición al ordenamiento español por medio de la **Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)**, ley que será la principal referencia del presente módulo, si bien tendremos en cuenta también otras normas complementarias que son relevantes para el desarrollo de actividades comerciales en Internet.

Objetivos

Los objetivos principales de este módulo son los siguientes:

- 1.** Comprender el significado y el alcance de la noción de servicios de la sociedad de la información.
- 2.** Comprender el sistema de control en origen que el derecho comunitario establece en relación con los servicios de la sociedad de la información.
- 3.** Conocer los requerimientos legales para la prestación de estos servicios, y los deberes que se imponen a los prestadores, en particular a los prestadores de servicios de intermediación.
- 4.** Conocer y entender la finalidad y el funcionamiento de las exenciones de responsabilidad que la LSSICE otorga con relación a la prestación de determinados servicios de intermediación.
- 5.** Examinar el sistema de prohibición de envío de comunicaciones comerciales no solicitadas.
- 6.** Conocer las normas básicas que la LSSICE establece en materia de contratación electrónica.

1. Régimen general de los servicios de la sociedad de la información

1.1. Noción legal de servicios de la sociedad de la información

La Comisión Europea prestó desde el principio una gran atención al nuevo fenómeno de los servicios prestados a través de las redes digitales y puso un particular interés en evitar que las normas que los diversos Estados miembros pudieran dictar en relación con este tipo de servicios dieran lugar a divergencias susceptibles de perjudicar la realización del objetivo de integración económica y de libre prestación de servicios en el seno de la Unión.

Como es obvio, cualquier intervención legislativa en relación con los nuevos servicios requería como elemento previo el establecimiento de una definición legal de estos, que permitiera diferenciarlos respecto a prestaciones de otra naturaleza. De este modo, se vino a acuñar la denominación de *servicios de la sociedad de la información* y se dibujaron sus perfiles esenciales.

El camino de la armonización normativa en este campo se inició con la exigencia de que los Estados miembros comunicaran a la Comisión Europea los proyectos de reglamentaciones que incidieran de modo directo sobre este tipo de servicios, a fin de que la Comisión pudiera valorar la necesidad de establecer algún tipo de normativa de armonización de los distintos ordenamientos. Esta obligación se estableció en una directiva de 1998¹, en la que también se fijó la definición de los servicios de la sociedad de la información. Posteriormente, la Directiva sobre el comercio electrónico, de 8 de junio de 2000, tomando como base la misma definición, vendría a establecer una serie de reglas que configuran la disciplina jurídica básica de estos servicios.

⁽¹⁾Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE.

1.1.1. La definición de los servicios de la sociedad de la información en la Directiva (UE) 2015/1535

La definición legal de *servicios de la sociedad de la información* (SSI) se estableció inicialmente en la Directiva 98/34/CE, en su versión resultante de la modificación operada por la Directiva 98/48/CE. La **Directiva de Comercio Electrónico, de 8 de junio de 2000** (en adelante DCE) se remite a esta definición. El año 2015, la Directiva 98/34 se derogó y se sustituyó por la **Directiva (UE) 2015/1535, de 9 de septiembre de 2015, por la cual se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información**, que mantiene la misma definición.

Es el artículo 1.b) de la Directiva 2015/1535 el que proporciona la noción de servicio de la sociedad de la información (SSI), que se define como **“todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”**.

La definición se completa con una breve explicación del significado de cada una de estas notas –salvo la relativa al carácter normalmente remunerado del servicio– y con una lista meramente indicativa de supuestos que se declaran expresamente no cubiertos por la definición. Veamos a continuación el alcance de cada una de las notas caracterizadoras, siguiendo el orden en el que se mencionan en el precepto legal.

a) Servicios prestados “normalmente a cambio de una remuneración”

Con la nota de que se trata de servicios prestados “normalmente a cambio de una remuneración” se quiere indicar que debe tratarse de actividades económicas, esto es, actividades que persiguen un beneficio económico, aunque no se presten a cambio de un pago realizado por el usuario. La falta de remuneración por parte del destinatario no impide que, desde la perspectiva del prestador, el servicio constituya una actividad económica que pueda dar lugar a ingresos indirectos, como los derivados de la publicidad. La necesidad de limitar la noción a los servicios de naturaleza económica deriva del concepto de *servicio* que emplea el actual artículo 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de su interpretación por la jurisprudencia comunitaria, en el sentido de prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración (*cfr.* considerando 19 de la Directiva 98/48/CE).

La DCE, precisa en su considerando 18 que estos servicios “no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios”.

No es fácil determinar hasta qué punto un determinado servicio es de carácter económico. El criterio de la obtención de ingresos indirectos mediante la publicidad es útil, por ejemplo, para apreciar la naturaleza económica de la actividad de un buscador como Google. Sin embargo, es dudoso, por ejemplo, que una página web personal deba considerarse un servicio “normalmente remunerado” por el simple hecho de incluir algún *banner* publicitario, o un servicio de anuncios como el generado por el programa *AdSense* de Google, con el que el titular de dicha página costea el precio del hospedaje en el servidor.

Desde un punto de vista sustantivo, las consecuencias de que una determinada actividad resulte calificada como SSI se concretan en la aplicabilidad de las normas establecidas en la DCE, que constituye por el momento el principal conjunto de reglas que disciplinan la prestación de los SSI.

Los servicios que no constituyan una actividad económica no quedarán sujetos al cumplimiento de las obligaciones que la DCE establece para los SSI. Lo mismo, como veremos,

cabe decir respecto de la ley de transposición, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

Ahora bien, en la propia DCE se conceden también una serie de exclusiones de responsabilidad. Habida cuenta de que la delimitación del ámbito de aplicación material de la DCE se construye sobre la noción de SSI, las exclusiones de responsabilidad solo serán aplicables a los servicios que reúnan los requisitos que exige la definición de SSI. En consecuencia, las actividades que no tienen carácter económico, en principio, no podrían invocar las exenciones de responsabilidad de la directiva. Ahora bien, desde el punto de vista del fundamento o racionalidad de la exención, no hay nada que justifique que los servicios que no tengan carácter económico deban quedar privados del beneficio de la exención. Esta dificultad debe solventarse en el ámbito de los derechos internos de los Estados miembros. Así lo ha hecho, por ejemplo, el legislador austriaco, que en el § 19 de la ley de transposición de la DCE al ordenamiento interno (*152. Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts und Rechtsverkehrs geregelt (E-Commerce-Gesetz – ECG) und das Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden*) ha optado por declarar expresamente que los preceptos relativos a las exenciones de responsabilidad serán aplicables también a los servicios de carácter gratuito. En la mayoría de los Estados miembros, sin embargo, no se ha adoptado ninguna previsión al respecto. No obstante, es plausible que en muchos casos pueda acudirse a la aplicación analógica para otorgar las exenciones también a las actividades que por falta de carácter económico quedan fuera de la noción de SSI.

b) Servicios prestados “a distancia”

La nota de la prestación a distancia no reviste particular dificultad. El artículo 1.b) de la Directiva 2015/1535 indica a este respecto que, por servicio prestado “a distancia” se entiende un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente.

Servicios no prestados por la distancia

En el anexo I.1 de la Directiva 2015/1535 se señala que no son servicios prestados a distancia aquellos que se prestan “en presencia física del prestador y del destinatario, aunque impliquen la utilización de dispositivos electrónicos”, y como tales se citan expresamente, sin carácter exhaustivo, los supuestos siguientes: “a) revisión médica o tratamiento en la consulta de un médico con utilización de equipo electrónico, pero con la presencia física del paciente; b) consulta en la tienda de un catálogo electrónico en presencia física del cliente; c) reserva de billetes de avión a través de una red de ordenadores realizada en una agencia de viajes en presencia física del cliente; d) juegos electrónicos en un salón recreativo en presencia física del usuario”.

c) Servicios prestados “por vía electrónica”

El artículo 1.b) de la Directiva 2015/1535 indica el sentido de esta nota definitoria de los SSI, señalando que se entenderá por servicio prestado “por vía electrónica” “un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético”. Se trata, por tanto, de un concepto muy amplio, que, sin embargo, permite descartar ciertos servicios. Por vía de ejemplo, la propia directiva señala expresamente en su anexo I.2 una serie de supuestos que no reúnen la característica de prestación por vía electrónica.

Servicios no prestados por vía electrónica

Estos supuestos se agrupan en tres bloques. En primer lugar, los servicios “cuyo contenido es material, aunque se presten utilizando dispositivos electrónicos”. Se indican como ejemplos de estos casos la “expendeduría automática de billetes (billetes de banco, billetes de ferrocarril)”, así como el “acceso a redes de carretera, aparcamientos, etc., de pago, aun

cuando en las entradas o salidas haya dispositivos electrónicos que controlen el acceso o aseguren el pago adecuado”.

En segundo lugar, tampoco se consideran prestados “por vía electrónica” los servicios fuera de línea (*off line*), y se cita expresamente el supuesto de “distribución de CD-ROM o de programas informáticos en disquetes”.

Finalmente, se declaran no cubiertos por la definición de SSI una serie de servicios que la directiva considera “no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos”. Los servicios que aquí se citan como ejemplos, siempre con carácter meramente enunciativo, son los servicios de telefonía vocal, los servicios de fax y télex, los servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax, la consulta médica por teléfono o fax, la consulta jurídica por teléfono o fax, y el marketing directo por teléfono o fax.

d) Servicios prestados “a petición individual de un destinatario de servicios”

La última nota definitoria de los SSI consiste en que se trata de servicios prestados “a petición individual de un destinatario de servicios”. La aclaración que sobre este punto ofrece la directiva no hace otra cosa que precisar que la petición individual se refiere a la transmisión de los datos: se entenderá por servicio prestado “a petición individual de un destinatario de servicios”, “un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual”.

El objetivo que se esconde detrás de este requisito es excluir de la noción de SSI los servicios que no se prestan mediante una comunicación individual (punto a punto), sino por vía de radiodifusión (*broadcasting*) tanto sonora como televisiva. Es evidente que la pretensión obedece a determinadas consideraciones de política jurídica que habrían aconsejado mantener una disciplina específica para los servicios de radiodifusión, especialmente para la radiodifusión televisiva (entre otras, la necesidad de proteger el pluralismo de las fuentes de información y la variedad y calidad de los contenidos, habida cuenta del limitado número de emisoras en funcionamiento, o la protección de los menores a través de la prohibición de emitir determinados contenidos perjudiciales en franjas horarias concretas), y que no tendrían sentido para regular los servicios prestados en línea.

Servicios de comunicación audiovisual “no lineales”

Ahora bien, esta perspectiva se halla en crisis como consecuencia de la convergencia tecnológica, como se pone de manifiesto en la **Directiva 2010/13/UE de 10 de marzo, de servicios de comunicación audiovisual** (modificada mediante la Directiva (UE) 2018/1808 de 14 de noviembre de 2018). En efecto, la prestación de servicios audiovisuales a petición individual a través de Internet y las actividades tradicionales de radiodifusión televisiva presentan elementos en común que, por razones de seguridad jurídica, requieren un tratamiento unitario. En su considerando 11, esta Directiva señala que “es necesario, para evitar el falseamiento de la competencia, mejorar la seguridad jurídica, contribuir a la plena realización del mercado interior y facilitar la creación de un espacio único de información, al menos un conjunto básico de normas coordinadas, que se apliquen a todos los servicios de comunicación audiovisual, tanto de radiodifusión televisiva (servicios de comunicación audiovisual lineales) como **servicios de comunicación audiovisual a petición (servicios de comunicación audiovisual no lineales)**”. Esta nueva categoría de servicios de comunicación audiovisual “no lineales” o “a petición” se define como “un servicio de comunicación audiovisual ofrecido por un prestador del servicio de comunicación para el visionado de programas en el momento elegido por el espectador y a petición propia sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación” (art. 1.g) Directiva 2010/13/UE).

1.1.2. Los servicios de la sociedad de la información en la directiva sobre el comercio electrónico (DCE) y en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE)

De acuerdo con su artículo 2, a los efectos de la DCE se entienden “servicios de la sociedad de la información” los “servicios en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE”. Actualmente, esta remisión se ha de entender hecha en la Directiva 2015/1535. Se trata, por tanto, de la misma noción que hemos examinado en el subapartado anterior.

En su considerando 18, la DCE proporciona una serie de indicaciones que ilustran la amplitud del concepto:

“Los servicios de la sociedad de la información cubren una amplia variedad de actividades económicas que se desarrollan en línea; dichas actividades en particular consisten en la venta de mercancías en línea. Las actividades como la entrega de mercancías en sí misma o la prestación de servicios fuera de línea no están cubiertas. Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio. [...] los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico son servicios de la sociedad de la información. El uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información. La relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información; las actividades que por su propia naturaleza no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente, no constituyen servicios de la sociedad de la información”.

Como es lógico, y así lo advierte el considerando transcrito, la actividad física de entrega de mercancías, que no se realiza *on line*, no constituye un servicio de la sociedad de la información, puesto que no se realiza “a distancia” y “por vía electrónica”.

Por otra parte, la mera comunicación realizada por vía electrónica entre dos personas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, no significa que se estén prestando mutuamente servicios de la sociedad de la información, y así la directiva excluye expresamente este supuesto del concepto de SSI, puesto que no tendría sentido exigir en tal caso el cumplimiento de los requisitos que se exigen al prestador de servicios de la sociedad de la información.

El caso Uber

Para determinar el régimen jurídico del servicio, sin embargo, hay que tener presente el conjunto de la actividad desplegada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la sentencia de 20 de diciembre de 2017, en el caso C-434/15 *Elite Taxi v Uber Systems Spain*, examinó el servicio prestado por Uber con conductores no profesionales (no se

refiere, pues, al servicio de coches con licencia VCT). Se trataba de determinar si el servicio prestado por Uber se tenía que considerar un servicio de la sociedad de la información, o bien un servicio de transporte, o bien una combinación de ambos.

Uber ponía en contacto, a cambio de una remuneración y a través de una aplicación para teléfonos inteligentes, conductores no profesionales que usan su propio vehículo, y personas que desean hacer un desplazamiento urbano.

El TJUE entendió que el servicio prestado por Uber no se limita a un servicio tecnológico de intermediación. Ciertamente, dice el Tribunal, el servicio de transporte lo realizan los conductores, pero Uber *crea una oferta de servicios de transporte urbano*, que organiza y hace accesible (y posible) a través de su aplicación, y ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación del servicio de transporte. De esta manera, el servicio tecnológico de intermediación forma parte de un servicio más general que tiene como elemento principal el transporte y por lo tanto no constituye un “servicio de la sociedad de la información”, sino un “servicio en el ámbito de los transportes”. Por eso, dice el TJUE, la DCE no es aplicable al servicio prestado por Uber, que se tendrá que regir, en cambio, por la normativa de transportes.

Por su parte, la LSSICE, que transpone la DCE al derecho español, dice en su exposición de motivos que se ha querido adoptar un concepto amplio de *servicios de la sociedad de la información*:

“Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico”.

En realidad, el concepto no es más amplio del que ya se recogía en la directiva, porque, como ya hemos visto, el suministro de información por medio de la red, si constituye una actividad económica para el prestador, se considera también un SSI (*cf.* cdo. 18 DCE), igual que el resto de los servicios que se mencionan en el párrafo transcrito de la exposición de motivos de la LSSICE, que entran también sin problemas en el concepto de SSI que adopta la directiva.

La LSSICE incorpora un anexo con definiciones. Allí define explícitamente qué se entenderá por *servicios de la sociedad de la información* a los efectos de la misma ley:

“[...] todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

Esta definición, que se ajusta perfectamente al concepto de la DCE, se completa con un listado de ejemplos que la LSSICE califica expresamente como SSI, siempre que representen una actividad económica. Son los siguientes:

- “1.º La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.
- 2.º La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- 3.º La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- 4.º El envío de comunicaciones comerciales.
- 5.º El suministro de información por vía telemática”.

Para acabar de cerrar el concepto, la misma definición contenida en el anexo dice que no constituirán SSI los servicios que no reúnan las características ya mencionadas (prestación normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario), y recoge como ejemplos de servicios que no serán SSI básicamente los mismos ejemplos que ofrece el anexo de la Directiva 2015/1535 y que hemos expuesto anteriormente (servicios prestados por telefonía vocal, fax, télex; servicios de radiodifusión televisiva; servicios de radiodifusión sonora; teletexto televisivo y otros servicios equivalentes, como las guías electrónicas de programas). También dispone expresamente que no se considera SSI el intercambio de información mediante correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, para fines ajenos a la actividad económica de los que los utilizan (como ya había indicado el cdo. 18 DCE).

Asimismo, la LSSICE excluye de su ámbito de aplicación ciertos servicios de la sociedad de la información. Así, la ley no será de aplicación a “los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas”, ni tampoco a “los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio” (*cf.* art. 5.1 LSSICE).

1.2. “Ámbito coordinado” y principio de control en origen

Con el objetivo de promover la libre circulación de servicios de la sociedad de la información, la Directiva sobre el comercio electrónico trata de evitar que los Estados establezcan restricciones a la prestación de servicios procedentes de otros Estados miembros. Para ello, delimita un conjunto determinado de materias, denominado **ámbito normativo coordinado**, donde, salvo excepciones, no será posible imponer restricciones por parte del Estado de destino del servicio.

Este “ámbito normativo coordinado” está constituido por los requisitos que cualquier ley imponga a los prestadores de servicios de la sociedad de la información en relación con los aspectos siguientes (*cf.* art. 2.h DCE y anexo de definiciones de la LSSICE, letra i):

a) El inicio de la actividad (por ejemplo, las titulaciones profesionales, la publicidad registral, las autorizaciones, calificaciones o notificaciones que sean preceptivas en función de la actividad concreta que se quiera prestar en red).

b) El ejercicio de la actividad (por ejemplo, los requisitos referentes a la manera de actuar del prestador, la calidad o contenido del servicio, la publicidad, la contratación por vía electrónica y la responsabilidad).

En cambio, no forman parte del ámbito coordinado los requisitos referentes a las mercancías en sí, ni los referentes a su entrega (*cf.* considerando 21 y art. 2.h DCE), ni tampoco, naturalmente, los servicios que no se presten por medios electrónicos, porque, de hecho, estos no son en absoluto servicios de la sociedad de la información.

El control del cumplimiento de esta normativa constitutiva del “ámbito normativo coordinado” corresponde al Estado miembro en el que se encuentre establecido el prestador del servicio (*cf.* art. 3.1 DCE y 7 LSSICE). Se establece así un **principio de control en origen** (*cf.* cdo. 22 DCE), de modo que los otros Estados no podrán restringir (por razones derivadas del ámbito normativo coordinado) la prestación de SSI procedentes de un prestador establecido en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo (*cf.* art. 7 LSSICE y 3.2 DCE).

El objetivo de este sistema es, pues, facilitar la libre circulación de los servicios, de modo que al prestador del servicio le baste tener en cuenta la legislación de su país de origen en relación con las materias que integran el ámbito coordinado. Ahora bien, este principio –que implica que el Estado de destino del servicio tendrá que confiar en que ya se ha superado el control en origen y, por lo tanto, no podrá restringir la prestación del servicio– tiene importantes excepciones, previstas en la misma directiva (*cf.* art. 3 DCE).

Por una parte, el principio de no restricción de los SSI procedentes de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito normativo coordinado no es de aplicación en determinadas materias cuando el destinatario de los servicios se encuentre en España. La LSSICE (art. 3) indica concretamente las siguientes:

a) derechos de propiedad intelectual o industrial,

b) emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva,

c) actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios,

- d) obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores,
- e) régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato, y
- f) licitud de las comunicaciones comerciales no solicitadas y enviadas por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente.

En todas estas materias, los prestadores de servicios establecidos en otros países de la UE o del EEE quedarán sujetos a la ley española si el destinatario está en España. Se exceptúan, sin embargo, los casos en los que, de conformidad con las propias normas reguladoras de estas materias, la ley del país de residencia o establecimiento del destinatario del servicio no sea aplicable. Además, y en todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetarán a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español (*cf.* art. 3 LSSICE).

Por otra parte, es posible imponer restricciones respecto de un determinado SSI procedente de otro Estado cuando atente o pueda atentar contra los principios enumerados en el artículo 8 LSSICE. Estas restricciones pueden adoptarse también respecto de servicios de la sociedad de la información procedentes de un prestador establecido en España, de modo que las analizaremos más adelante, al tratar de las reglas generales relativas a la prestación de servicios de la sociedad de la información.

Apuntemos aquí tan solo que la LSSICE prevé que para la adopción de las medidas en relación con prestadores establecidos en un país de la UE o del EEE distinto de España, el órgano competente deberá en primer lugar requerir al Estado de establecimiento para que adopte las medidas oportunas. Si este no las adopta o son insuficientes, el órgano español competente deberá notificar con carácter previo a la Comisión Europea o al Comité Mixto del EEE, así como al Estado correspondiente, las medidas que se disponga a adoptar, salvo en los casos de urgencia, para los que se prevé la posibilidad de adoptar las medidas y realizar la comunicación con posterioridad, dentro del plazo máximo de quince días.

1.3. Determinación del lugar de establecimiento del prestador

El sistema de control en origen parte de la base de que al prestador establecido en un Estado miembro se le aplicará la legislación nacional de dicho Estado.

La aplicabilidad de la legislación de un Estado concreto a un prestador se basa en la noción de *establecimiento*. Así, la LSSICE es de aplicación a:

- a) los prestadores establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, y a
- b) los servicios de la sociedad de la información que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado miembro ofrezcan por medio de un establecimiento permanente situado en España (*cf.* art. 2 LSSICE).

Por *prestadores establecidos en España*, la LSSICE entiende aquellos que tienen su residencia o domicilio social en el territorio español, siempre que coincida con el lugar en el que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. De lo contrario, se tendrá en cuenta el lugar en el que se lleve a cabo esta gestión o dirección (art. 2.1.II LSSICE).

Por *prestadores con establecimiento permanente en el territorio español*, la LSSICE entiende aquellos que dispongan en España, de manera continuada o habitual, de instalaciones o puestos de trabajo donde lleven a cabo toda o parte de su actividad (art. 2.2.II LSSICE).

Se establece la presunción de que un prestador está establecido en España cuando el mismo prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en un registro mercantil español o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica. Ahora bien, el uso de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio no servirá como criterio para determinar, por sí solo, el establecimiento en España del prestador (*cf.* art. 2.3 LSSICE). Por tanto, no será suficiente, por ejemplo, que los servidores estén físicamente ubicados en territorio español.

La ley prevé igualmente que sus disposiciones serán aplicables a los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que dirijan sus servicios específicamente al territorio español, siempre que con ello no se contravenga lo dispuesto en tratados o convenios internacionales aplicables (*cf.* art. 4 LSSICE).

1.4. Normas generales aplicables a la prestación de servicios de la sociedad de la información

La LSSICE establece un conjunto de reglas –muy pocas– que son aplicables de modo general a la prestación de servicios de la sociedad de la información, con independencia del tipo de servicio que se preste. Estas reglas generales se refieren al principio de no autorización previa (art. 6 LSSICE); al principio ya visto de control en origen (art. 7 LSSICE); a la posibilidad de imponer restric-

ciones para la salvaguarda de determinados intereses generales (art. 8 LSSICE); y a la obligación de ofrecer cierta información sobre la identidad del prestador (art. 10 LSSICE).

Otras obligaciones, como las establecidas en los artículos 11 y 12 bis LSSICE, se refieren solo a una categoría determinada de prestadores, los prestadores de “servicios de intermediación”, a los que nos referiremos en el apartado siguiente. También para estos últimos prestadores están concebidas las normas especiales en materia de responsabilidad de los artículos 13 a 17 LSSICE.

1.4.1. El principio de no autorización previa

La prestación de servicios de la sociedad de la información no está sujeta a ninguna autorización previa (*cf.* art. 6 LSSICE). Sin embargo, como es lógico, sí que son exigibles las autorizaciones previstas en el ordenamiento y que respondan al tipo concreto de actividad que se quiera realizar en línea. Lo que no se exige es una autorización específica *por el hecho de que una actividad determinada se quiera llevar a cabo en línea y constituya un servicio de la sociedad de la información*. Tampoco se crea un registro especial de prestadores de servicios de la sociedad de la información.

1.4.2. Restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información

La directiva sobre el comercio electrónico permite, como excepción al principio de control en origen, que los Estados miembros impongan restricciones a los servicios procedentes de otros Estados de la UE o del EEE cuando atenten contra determinados principios o presenten un riesgo “serio y grave” de ir en detrimento de estos. Las medidas de restricción deben ser *necesarias* para la protección de estos principios y resultar *proporcionadas*. Entre dichos principios, la directiva enumera el orden público, la protección de menores, la dignidad humana, la salud y la seguridad públicas o la protección de los consumidores (*cf.* art. 3.4 DCE). La LSSICE recoge esta posibilidad de establecer medidas de restricción en su artículo 8:

“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

- a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.
- b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.
- c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) La protección de la juventud y de la infancia.
- e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”.

Ley Sínde

La llamada ley Sínde (disposición final 43.^a de la Ley 2/2011, de economía sostenible) añadió al artículo 8.1 LSSICE un principio, cuya vulneración permite acordar la interrupción del servicio o la retirada de datos. Se trata de la nueva letra e): “la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual”, que no constaba en el texto original de la LSSICE.

El precepto contempla que estas restricciones puedan ser adoptadas respecto a cualquier servicio de la sociedad de la información, incluyendo, por tanto, a los procedentes de prestadores establecidos en España. Ciertamente, esto no constituye una extralimitación en la transposición, ya que, al fin y al cabo, serán las normas nacionales las que rijan la prestación de servicios por parte de operadores establecidos en cada Estado, y no parece que deba haber obstáculo para que los límites que el Estado imponga a los servicios procedentes de terceros países –como excepción al principio de control en origen– se apliquen también a los prestados a nivel local.

El precepto se refiere a los “órganos competentes” para la protección de los principios enunciados. No se limita, pues, a los órganos judiciales, sino que incluye también a los de naturaleza administrativa que tengan encargada legalmente la protección de dichos principios. Tales órganos² podrán adoptar las medidas previstas en este artículo frente a servicios de la sociedad de la información que atenten o puedan atentar contra estos bienes jurídicos.

⁽²⁾Por ejemplo, los que tengan competencia para actuar en vía administrativa en materia de protección de la salud o de los consumidores.

La LSSICE no atribuye a las autoridades administrativas una competencia general para velar por la licitud de los servicios de la sociedad de la información. Lo que establece es que aquellos órganos que ya tengan encomendada la protección administrativa de los principios indicados podrán, precisamente “en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas”, adoptar las medidas previstas en el artículo, esto es, “las necesarias para que se interrumpa [la] prestación [del servicio] o para retirar los datos que [...] vulneran” tales principios. Por consiguiente, la competencia para la salvaguarda en vía administrativa del principio de que se trate ya debe estar conferida por el ordenamiento. Lo que añade la LSSICE es la precisión de que, entre las medidas que dichos órganos estarán autorizados a adoptar para cumplir con sus funciones, se hallan también las de ordenar la suspensión del servicio o la retirada de contenidos.

Ahora bien, los órganos administrativos no podrán en ningún caso actuar en perjuicio de las competencias que de modo exclusivo corresponden a la autoridad judicial. Así, el mismo artículo 8 LSSICE recalca que aquellas medidas que están reservadas al poder judicial solo podrán ser adoptadas por este, lo que en cierto modo no deja de ser una obviedad. El precepto lo expresa en los siguientes términos:

“En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información” (art. 8.1.III LSSICE).

Se trasluce en este apartado la preocupación del legislador por dejar claro que la posibilidad de imponer restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información no podrá ir en detrimento del ejercicio de los derechos y libertades enunciados aquí, que son los reconocidos y protegidos en el artículo 20.1 de la Constitución española (CE). En todo caso, el ámbito que debe quedar reservado a las autoridades judiciales, y en consecuencia el correlativo campo de actuación de los órganos administrativos, no parece fácil de delimitar en la práctica, dada la íntima conexión con la libertad de expresión e información que en muchos casos presentarán los servicios de la sociedad de la información, en particular los prestados a través de páginas web.

La redacción actual de este apartado 8.1.III LSSICE se debe a la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información. Con esta nueva redacción, el precepto se refiere a los casos en los que la Constitución o las leyes prevean la competencia de las autoridades judiciales “de forma excluyente”, matiz clave que no constaba en el texto original. Introduce, además, la mención expresa del conjunto ya visto de derechos y libertades, que son fundamentalmente los que una actividad restrictiva extralimitada pondría en peligro. Al enumerar los derechos y libertades del artículo 20.1 de la Constitución y hacer referencia a la competencia exclusiva de la autoridad judicial para adoptar determinadas medidas de restricción, se está haciendo una clara remisión al apartado 5 del mismo artículo 20 CE, a cuyo tenor “[s]ólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

Precisamente en esta misma línea, el apartado 6 del mismo artículo 8 LSSICE establece que “[l]as medidas de restricción que se adopten al amparo de este artículo deberán, en todo caso, cumplir las garantías y los requisitos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 11 de esta Ley”. Pues bien, el artículo 11.3 LSSICE, aunque en lo esencial constituye una reiteración literal del artículo 8.1.III LSSICE, incluye un último inciso que viene a hacer explícita la remisión al artículo 20.5 CE, al señalar que “[e]n particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes”. Por lo demás, la referencia al artículo 11.4 LSSICE constituye una nueva cautela o garantía para evitar medidas de restricción excesivas o arbitrarias, al exigir que estas sean “objetivas, proporcionadas y no discriminatorias” y que se adopten “conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda”.

Estas cautelas vienen a ser en cierto modo redundantes con las ya contempladas en el propio artículo 8 LSSICE, al disponer que “[e]n la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, *las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico* para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados” (art. 8.1.II LSSICE). Desde luego, las garantías, normas y procedimientos ya previstos en el ordenamiento jurídico están para respetarse, con lo que el valor de esta declaración no parece pasar de un mero recordatorio, quizá de intención didáctica, para hacer explícito que no se pueden imponer medidas que impliquen una vulneración de aquellos derechos y libertades.

1.4.3. Obligación de proporcionar determinada información

La LSSICE establece, como deber específico aplicable a todos los servicios de la sociedad de la información, la obligación del prestador de proporcionar información sobre su identidad. Concretamente (art. 10.1 LSSICE), el prestador deberá facilitar tanto a los usuarios como a las autoridades competentes el acceso a cierta información por vía electrónica y “de forma permanente, fácil, directa y gratuita”, por ejemplo mediante la inclusión de dicha información en su sitio de Internet (*crf.* art. 10.2 LSSICE).

Esta información preceptiva incluye:

- sus datos de identificación (nombre o denominación social, residencia o domicilio –en su caso, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España–, dirección de correo electrónico);
- número de identificación fiscal;
- los datos de inscripción registral (inscripción en el Registro Mercantil o en el que en su caso estuviera inscrito el prestador, ya sea a los efectos de adquisición de personalidad jurídica, ya sea a los simples efectos de publicidad);
- en caso de desarrollar una actividad sujeta a autorización administrativa previa, los datos relativos a la autorización;

- en caso de tratarse de una profesión regulada, la información pertinente sobre colegiación, titulación y normas aplicables;
- información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío;
- los códigos de conducta a que estuviera adherido el prestador y el modo de consultarlos electrónicamente.

La ley impone algunas otras obligaciones a los prestadores de servicios, pero ya no son obligaciones de carácter general, sino referidas a determinados tipos de prestadores (en particular, veremos las normas específicas que se establecen para los llamados servicios de intermediación) o relativas a determinados tipos de servicios o actividades (como algunas normas en materia de contratación electrónica o reglas sobre el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas, o sobre servicios de tarificación adicional).

En los apartados siguientes abordaremos estas materias, no sin antes destacar que, como es obvio, la Ley 34/2002 no construye para los servicios de la sociedad de la información un cuerpo de normas cerrado que excluya la aplicación del resto de los preceptos del ordenamiento jurídico. El hecho de que un servicio se preste por vía electrónica no lo exime de cumplir todas las normas que se le puedan aplicar en consideración al tipo concreto de servicio de que se trate: desde normas fiscales hasta normas de control administrativo en materia de comercio, sanidad o licencias preceptivas para el desarrollo de la actividad concreta, pasando, naturalmente, por las normas civiles o mercantiles de carácter general aplicables a las obligaciones y contratos, las normas sobre competencia desleal, sobre defensa de la competencia, sobre publicidad, sobre protección de datos personales, las normas penales y un largo etcétera.

De manera muy particular, los servicios de la sociedad de la información dirigidos a consumidores quedan sujetos a todo el bloque de normas de protección de consumidores. La misma Directiva de comercio electrónico, en su considerando 11, recoge una relación de directivas en materia de protección de los consumidores que declara plenamente aplicables a los servicios de la sociedad de la información, y que se tiene que complementar con la normativa dictada ulteriormente.

1.4.4. Códigos de conducta y sistemas alternativos de resolución de conflictos

La LSSICE fomenta la elaboración y adopción de códigos de conducta de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La exposición de motivos de la ley considera que dichos códigos “son un instrumento de autorregulación especialmente apto para adaptar los diversos preceptos de la Ley a las características específicas de cada sector”.

El artículo 18 encarga a las administraciones públicas impulsar

“la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley”.

Aunque no se fija un contenido concreto para dichos códigos, el mismo precepto apunta que, entre otros aspectos, podrán abordar procedimientos de detección y retirada de contenidos ilícitos o el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas. También sugiere que podrán establecer sistemas de resolución extrajudicial de conflictos relacionados con la prestación de los servicios.

Uno de los modos de fomentar la confianza en los servicios de la sociedad de la información es el desarrollo de distintivos que garanticen al consumidor determinados niveles de calidad en la prestación del servicio. Una forma de exteriorizar este especial compromiso con la calidad y protección del consumidor es precisamente la adhesión a un código de conducta. En un segundo nivel, la Administración puede conceder un distintivo especial a determinados códigos de conducta. Así, la disposición final octava de la LSSICE previó la creación de un distintivo

“que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten códigos de conducta adoptados con la participación del Consejo de Consumidores y Usuarios, y que incluyan, entre otros contenidos, la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores, en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

En desarrollo de esta previsión se dictó el RD 292/2004, de 20 de febrero, sustituido más tarde por el vigente **RD 1163/2005, de 30 de septiembre**, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión. El distintivo recibe la denominación de **distintivo público de confianza en línea**. La determinación del aspecto gráfico de dicho distintivo se modificó mediante el RD 231/2008, de 15 de febrero.

La LSSICE considera también necesario promover la adopción, normalmente a través de códigos de conducta, de procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos surgidos en el marco de la contratación electrónica y en la prestación de los demás servicios de la sociedad de la información. Prevé, además, que las partes que intervienen en la prestación y recepción de servicios de la sociedad de la información podrán acudir a los arbitrajes previstos en la legislación sobre arbitraje y sobre protección de los consumidores (art. 32 LSSICE).



Distintivo público de confianza en línea del RD 1163/2005

Fuente: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-16699



Sello de la asociación www.confianzaonline.es

Fuente: <https://www.confianzaonline.es/>

2. Reglas particulares aplicables a los servicios de intermediación

Tanto la directiva como la LSSICE prestan una atención especial a una categoría de servicios de la sociedad de la información que pueden calificarse de instrumentales o accesorios. Se trata de aquellos servicios de la sociedad de la información cuyo objeto es precisamente facilitar la prestación de otros servicios, también de la sociedad de la información, o simplemente permitir el acceso a información que un tercero facilita sin carácter de servicios de la sociedad de la información, como ocurrirá, por ejemplo, si este suministro de información no constituye actividad económica.

Estos servicios instrumentales reciben en la versión española de la directiva la denominación de *servicios intermediarios* (rúbrica de la sección 4 del capítulo II), y la LSSICE los denomina *servicios de intermediación*. La letra b del anexo de definiciones de la ley define *servicio de intermediación* como “servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información”, y a continuación señala que “[s]on servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios [esto es, el llamado *caching*], el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet”.

Se trata de los mismos servicios para los que se establecen exclusiones de responsabilidad en los artículos 14 a 17 LSSICE: acceso y transmisión, *caching*, alojamiento y provisión de enlaces.

Ahora bien, en la LSSICE los prestadores de servicios de intermediación quedan, además, sujetos al cumplimiento de ciertas obligaciones, dirigidas básicamente a los prestadores de acceso a internet y de transmisión de datos. Se trata de obligaciones de colaboración con las autoridades y de información a los usuarios.

2.1. Deberes de colaboración

Los proveedores del servicio de acceso y de transmisión, a los que suele aplicarse la denominación de *proveedores de servicios de Internet* (ISP, *Internet service providers*), se hallan materialmente en una posición privilegiada para ejercer

funciones de control en internet, y a ellos recurre la ley para exigirles su colaboración cuando se trata de imponer medidas de restricción a determinadas actividades realizadas *on line*. Como vimos en el apartado anterior, cuando un servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra determinados principios de orden público, los órganos competentes “podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran” (*cf.* art. 8.1 LSSICE). Estas medidas pueden acordarse tanto respecto a prestadores establecidos en España, como respecto a prestadores establecidos en otros países de la UE o del Espacio Económico Europeo, y con mayor motivo aún respecto a prestadores establecidos en Estados no pertenecientes a la UE ni al EEE.

Pues bien, en cualquiera de estos supuestos, los órganos competentes podrán exigir la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación (establecidos en España) para garantizar la efectividad de la medida de restricción acordada. Esto se traduce en órdenes dirigidas a los ISP, por ejemplo, para **bloquear el acceso en una web ilícita**, o para pedir **información para identificar al titular de una dirección IP**; o también en órdenes a prestadores de alojamiento para que **dejen de alojar los contenidos lesivos**.

Eficacia de las medidas

Cabe notar, sin embargo, que la eficacia de estas medidas, especialmente las de bloqueo de páginas web, será probablemente muy relativa, ya que la tecnología ofrece múltiples vías para burlar estos y otros obstáculos.

Con una técnica legislativa un tanto enrevesada, la LSSICE establece ese deber de colaboración, separadamente, para el caso en que el servicio que se deba restringir proceda de España (art. 11.1 LSSICE), de otro Estado miembro de la UE o del EEE (art. 8.2 LSSICE), o de un Estado no perteneciente ni a la UE ni al EEE (art. 11.2 LSSICE).

En el primer supuesto, a saber, cuando un órgano competente haya ordenado que se interrumpa la prestación de un servicio o que se retiren determinados **contenidos procedentes de un prestador establecido en España**, si para hacer efectiva esta medida resulta necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá exigirles, conforme al artículo 11.1 LSSICE,

“que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente”.

Este “servicio de intermediación” será normalmente un servicio de conectividad o un servicio de alojamiento.

Así, por ejemplo, el órgano competente que ordene a los titulares de un sitio web la retirada de contenidos que atentan contra alguno de los principios del artículo 8 LSSICE podrá también exigir a la empresa de *hosting* que aloja dicho sitio web que suspenda el servicio de alojamiento respecto a este. O, también, ordenar al prestador del servicio de transmisión de datos que deje de proporcionar dicho servicio al titular del sitio web de contenido ilícito.

Para el caso de que el servicio que atente contra los principios del artículo 8 LSSICE **proceda de un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al EEE**, el artículo 11.2 LSSICE contiene una previsión similar que obliga a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España a colaborar con el órgano competente para hacer efectiva la medida de restricción acordada. Así, si dicho órgano considera necesario impedir que desde España se pueda acceder al servicio ilícito, podrá recurrir a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España y ordenarles que suspendan el correspondiente servicio de intermediación. La redacción del precepto, idéntica a la del último inciso del artículo 11.1 LSSICE, señala que

“dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente”.

Un servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información puede ser, por ejemplo, el servicio de transmisión de datos que prestan los operadores de telecomunicaciones establecidos en España para que desde España puedan recibirse los datos enviados desde el sitio web ilícito, y no necesariamente el prestador que ofrece el servicio de conexión a Internet al sitio web en origen.

En cuanto al “servicio de intermediación utilizado para la provisión [...] de los contenidos”, puede darse el caso de que un prestador de alojamiento establecido en España esté hospedando o bien el sitio original del prestador extranjero, o bien una copia de sus contenidos, por ejemplo en el caso de un *mirror* o de un servicio caché para acelerar la entrega de la información, como en el caso de las llamadas *content delivery networks*. En tales casos, el órgano competente podría exigir al prestador que suspenda este servicio de alojamiento.

Ni en el artículo 11.1 LSSICE ni en el 11.2 LSSICE se contempla el caso de que el prestador del servicio ilícito esté establecido en un país distinto de España pero miembro de la UE o del EEE. Sabemos, no obstante, que también para esos servicios el órgano competente español podrá establecer restricciones si atentan o pueden atentar contra los principios del artículo 8 LSSICE. Es lógico entender que también en tal caso el órgano podrá recurrir a la colaboración de los intermediarios establecidos en España.

La ley, sin embargo, se refiere tan solo a una situación específica. Como se recordará, en el caso de que la actividad ilícita proceda de un prestador establecido en un Estado de la UE o del EEE, el órgano competente deberá seguir el procedimiento intracomunitario previsto en el artículo 8 LSSICE, al que nos hemos referido ya. Este procedimiento prevé que en primer lugar se requiera a las autoridades competentes del Estado del que se trate para que sean ellas las que tomen las medidas oportunas. Pues bien, la LSSICE (art. 8.4) establece que los órganos del Estado de que se trate podrán requerir la colaboración de los intermediarios establecidos en España en los términos ya vistos del artículo 11.2 LSSICE.

Las órdenes dirigidas a los prestadores de servicios de intermediación, igual que vimos en las dirigidas a los prestadores del servicio ilícito, deberán cumplir con todas las garantías que establece el ordenamiento para la protección de los derechos y libertades que pudieran verse afectados, en particular los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales y a la libertad de expresión y de información. Se reitera que “[e]n todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo” (art. 11.3 LSSICE); y que las medidas “deberán ser objetivas, proporcionadas y no discriminatorias” y respetar los procedimientos administrativos o procesales que correspondan (art. 11.4 LSSICE).

2.2. Deberes de información en materia de seguridad

El artículo 12 bis LSSICE, introducido por la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información, obliga a los prestadores del servicio de acceso a Internet establecidos en España a proporcionar determinada información a sus clientes. Bastará para cumplir con esta obligación que el prestador incorpore en su sitio web la información a la que se refiere el precepto.

La información que deben proporcionar de manera fácil, directa y gratuita a los clientes se refiere, por una parte, a herramientas técnicas que aumentan la seguridad de la información y, en particular, a los sistemas de protección frente a virus informáticos y frente al *spam*. También deben informar sobre filtros para restringir el acceso a contenidos y servicios nocivos para la juventud y la infancia.

Por otra parte, los proveedores de acceso a Internet y los que presten el servicio de correo electrónico deben informar del mismo modo a sus clientes sobre las medidas de seguridad que aplican en la prestación de dichos servicios.

Asimismo, se encarga a los proveedores de acceso la función didáctica de advertir a sus clientes sobre

“las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial”.

2.3. Deber de retención de datos

El legislador comunitario, con el objetivo de facilitar la persecución de delitos cometidos a través de las redes telemáticas, y para armonizar las medidas que empezaban a tomar al respecto los distintos Estados miembros, promulgó la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la **conservación de datos generados o tratados** en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. Unos años después, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de abril de 2014, en los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 (*Digital Rights Ireland*), **declaró nula dicha directiva**, al entender que el legislador de la UE no respetó el principio de proporcionalidad en relación con los derechos a la privacidad y a la protección de datos recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (arts. 7, 8 y 52.1 de la Carta).

La directiva se transpuso al ordenamiento español mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. A pesar de haberse declarado la nulidad de la directiva, la Ley 25/2007 sigue vigente por el momento.

Los destinatarios de las obligaciones de retención de datos contenidas en la Ley 25/2007 son los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, o que exploten una red pública de comunicaciones electrónicas en España, en los términos previstos por la Ley 32/2003, general de telecomunicaciones (LGT). De acuerdo con la LGT, un “operador” es la persona física o jurídica que desarrolla estas actividades y ha notificado el inicio de su actividad a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Es evidente que estos operadores de telecomunicaciones son a la vez prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información, en la medida en que prestan un servicio de acceso a redes electrónicas de comunicación o de transmisión de datos a través de estas.

Se obliga a los operadores a conservar durante doce meses, contados desde el momento en el que se produjo la comunicación, determinados datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación. Los datos que los operadores deberán conservar y, en su caso, ceder son exclusivamente los datos de tráfico y localización, así como los datos relacionados que permitan identificar al abonado o usuario registrado. Los operadores tienen la obligación de ceder dichos datos a los agentes facultados (policía judicial, vigilancia aduanera y Centro Nacional de Inteligencia) cuando así se les requiera con la correspondiente autorización judicial y **exclusivamente** con fines de detección, investigación y enjuiciamiento de **delitos graves**.

Sentencia del TJUE

La sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2018 (C-207/16, Ministerio Fiscal) trata la cuestión de la gravedad del delito como criterio para permitir la cesión de los datos conservados. En el caso, se pedía a varios operadores de telefonía identificar los titulares de las tarjetas SIM activadas en un móvil sustraído en un robo con violencia. El juez denegó la medida, entre otras razones porque la ley 25/2007 limita la cesión de los datos a los casos de delitos graves, que, según el Código Penal, son los castigados con pena de prisión superior a 5 años, cosa que no parecía que fuera el caso. A raíz del recurso presentado por el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial de Tarragona planteó una cuestión prejudicial al TJUE en la que se preguntaba si la gravedad de los delitos, como criterio para justificar la injerencia en los derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos, tiene que valorarse exclusivamente en atención a la pena prevista para el delito de que se trate, y si es así, como se tendría que determinar el umbral mínimo.

Teniendo en cuenta que solo se pedía saber quién era el titular de las tarjetas SIM, y no los datos de las comunicaciones, ni de su contenido, ni de la localización, etc., el TJUE concluyó que la injerencia en los derechos de privacidad y protección de datos personales no sería una injerencia grave, y que por lo tanto, esta injerencia estaría justificada para la investigación de cualquier delito en general (en el sentido del artículo 15.1 de la Directiva 2002/58), y no solo de delitos graves.

2.4. Normas de exclusión de responsabilidad

Uno de los puntos fundamentales de la LSSICE, como también de la directiva sobre el comercio electrónico, es el establecimiento de un sistema de exclusiones de responsabilidad de los intermediarios, que persigue ofrecer a estos prestadores una cierta seguridad jurídica frente al riesgo de que pudieran ser declarados responsables por los contenidos o actividades ilícitas llevadas a cabo por sus usuarios.

La directiva regula esta materia en sus artículos 12 a 15, mientras que la ley de transposición lo hace en los artículos 13 a 17. A pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la LSSICE, la interpretación de los preceptos no resulta pacífica y plantea importantes dificultades a los juzgados y tribunales, que han sostenido con frecuencia lecturas divergentes.

Lectura recomendada

Para un tratamiento extenso de la cuestión tratada aquí, se puede consultar la siguiente obra: **M. Peguera** (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares. El presente subapartado constituye en parte una adaptación de fragmentos de dicha obra.

2.4.1. Características generales del sistema de exclusión de responsabilidad

Como características principales del sistema de exclusión de responsabilidad, pueden señalarse las siguientes:

a) Alcance horizontal

A diferencia de otros desarrollos legislativos, y en particular de la estadounidense *Digital Millennium Copyright Act*, las normas de exclusión de responsabilidad establecidas en la LSSICE no se refieren a una categoría concreta de contenidos ilícitos (como podrían ser los contenidos que infrinjan derechos de propiedad intelectual), sino que son aplicables horizontalmente a cualquier supuesto en el que la ilicitud del contenido pueda dar lugar a responsabilidad.

Así, el intermediario que satisfaga las condiciones exigidas por la regla de exclusión queda libre de responsabilidad tanto si la información o actividad transmitida o alojada infringe derechos de autor como si constituye, por ejemplo, un atentado al honor o al derecho a la intimidad, un acto de competencia desleal, infracción de derechos de marca, injurias, calumnias, revelación de secretos o, en suma, cualquier supuesto de ilicitud del que pueda derivarse responsabilidad.

b) Referidas solo a la responsabilidad por los contenidos de terceros

Las exclusiones de responsabilidad en la DCE y en la LSSICE no tienen un alcance ilimitado. No protegen al proveedor de modo general frente a cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse del desarrollo de sus actividades de intermediación. Tan solo le dejan a salvo de las responsabilidades –estas sí, de todo tipo– que se deriven de la naturaleza de los datos transmitidos o almacenados. Gracias a la exclusión de responsabilidad, el proveedor no podrá ser obligado a responder por el hecho de que los datos transmitidos o almacenados sean ilícitos. Esto no quita, sin embargo, que una prestación defectuosa del servicio pueda dar lugar a responsabilidad contractual frente a los usuarios que han contratado sus servicios, responsabilidad que no quedaría cubierta por las reglas de exclusión.

Esto es así porque tanto la directiva como la LSSICE determinan expresamente el alcance de la exclusión de responsabilidad. Empleando expresiones equivalentes a las de la directiva, la LSSICE dispone, para el caso del servicio de mera transmisión y de provisión de acceso, que los prestadores de estos servicios “no serán responsables *por la información transmitida*” (art. 14 LSSICE); para el supuesto de *caching*, establece que “no serán responsables *por el contenido de esos datos ni por la reproducción temporal de los mismos*” (art. 15 LSSICE); para el supuesto de alojamiento de datos, dispone que “no serán responsables *por la información almacenada a petición del destinatario*” (art. 16 LSSICE); y, por último, para el caso de provisión de enlaces o instrumentos de búsqueda (supuesto no previsto en la directiva), la LSSICE dispone que “no serán responsables *por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios*” (art. 17).

c) Aplicables frente a cualquier tipo de responsabilidad

En la medida en que el prestador del servicio de intermediación cumpla con sus requisitos, las normas de exclusión de responsabilidad excluyen tanto la responsabilidad civil como la penal o la de carácter administrativo que pudie-

ra seguirse de haber realizado las labores de intermediación respecto a contenidos ilícitos. En la directiva, la eficacia en el ámbito penal de las exclusiones de responsabilidad no se declara de manera expresa, pero parece pacífica la conclusión de que la prohibición de ser declarado responsable no se refiere solo a la responsabilidad civil, sino que protege también frente a una posible responsabilidad penal. Así se indica, por ejemplo, en el Primer informe sobre la aplicación de la directiva:

“Las limitaciones de responsabilidad previstas por la Directiva se establecen de forma horizontal, es decir, cubren la responsabilidad tanto civil como penal de todos los tipos de actividades ilícitas iniciadas por terceros” (Primer informe sobre la aplicación de la Directiva 2000/31/CE, COM(2003) 702 final, Bruselas, 21 de noviembre de 2003, pág. 14).

En la LSSICE, al igual que en la directiva, no hay una declaración expresa que indique que las exclusiones de responsabilidad alcanzan también a excluir la responsabilidad penal. Sin embargo, parece claro que esa es la finalidad de la norma, siguiendo el sentido de la directiva. Poco sentido tendría que quedara excluida la responsabilidad civil y, sin embargo, pudiera imputarse responsabilidad penal por el mismo hecho. En la doctrina penalista parece pacífica la opinión de que las reglas de la LSSICE excluyen también la responsabilidad penal del intermediario.

El objetivo de la norma es impedir que se pueda atribuir responsabilidad al intermediario que reúne los requisitos previstos para gozar de la exclusión de responsabilidad, ya que se considera que en tales casos su función es neutra y ajena al contenido de la información de terceros. En este sentido, la referencia general que el artículo 13 LSSICE hace a la “responsabilidad civil, penal y administrativa” parece responder a la intención de indicar que todas estas posibles responsabilidades quedan excluidas cuando el intermediario cumple con los requisitos previstos para cada supuesto en los artículos 14-17 LSSICE.

Se ha argumentado en alguna ocasión que, al ser la LSSICE una ley ordinaria, sus disposiciones no pueden afectar a la responsabilidad civil derivada de la vulneración de derechos fundamentales, para los que rige la reserva de ley orgánica en virtud del artículo 81.1 CE. Así, en particular, se ha argumentado que las exclusiones de responsabilidad de la LSSICE no podrían invocarse en el caso de que los contenidos ilícitos constituyeran intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad o la propia imagen, tipificadas como tales por la Ley orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Sin embargo, las reglas de la LSSICE no hacen más que delimitar unos supuestos en los que el carácter neutro, instrumental y pasivo de la función desarrollada justifica que no pueda apreciarse en el intermediario una participación directa o sustancial en la intromisión ilegítima y que, por tanto, no quepa atribuirle responsabilidad civil por la intromisión. Esta regla de exclusión de responsabilidad se establece sin disminuir en modo alguno la responsabilidad exigible al autor de los contenidos constitutivos de intromisión ilegítima y sin impedir el ejercicio de acciones de cesación contra el intermediario para que ponga fin a la vulneración del derecho causada por la actividad del usuario infractor. No se produce una alteración de las previsiones de la Ley 1/1982, ni en lo relativo a la tipificación de las intromisiones ilegítimas, ni tampoco en lo relativo a los medios de tutela previstos en esta, y en consecuencia entiendo que no se vulnera en modo alguno la reserva de ley orgánica prevista para el desarrollo de aquellos derechos.

Se plantean algunos problemas en cuanto a la aplicación de estas normas a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, habida cuenta de que la noción de *servicios de la sociedad de la información* que emplea la directiva exige que se trate de servicios “normalmente remunerados”. El considerando 19 de la directiva advierte que “esta característica no se da en las actividades que realiza el Estado, sin contrapartida económica, en el cumplimiento de su misión, principalmente en los ámbitos social, cultural,

Lecturas recomendadas

Sobre la aplicabilidad de las normas de exclusión de responsabilidad al ámbito administrativo se puede acudir a las obras siguientes:

Julián Valero Torrijos (2005). “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la prestación de servicios de intermediación”. En: Santiago Cavanillas Múgica (coord.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar* (págs. 115-143, esp. pág. 131). Granada: Comares.

Alfredo Galán Galán (2003). “La responsabilidad por la actividad informativa de la Administración en el marco de los servicios de la sociedad de la información”. *Revista de Estudios de Juventud* (núm. 61, págs. 17-41, esp. págs. 38-39).

educativo y judicial". Sin embargo, esta limitación, derivada de la interpretación que hace el Tribunal de Justicia del concepto de *servicios* contenido en el artículo 60 del tratado, no necesariamente se debe predicar de la noción empleada por el legislador español en la LSSICE. Lo cierto es que la LSSICE recoge el requisito del carácter normalmente remunerado, pero guarda silencio respecto a si en el concepto de *servicios de la sociedad de la información* pueden incluirse los prestados por las administraciones públicas. Este silencio, unido a la conveniencia de que los servicios de intermediación llevados a cabo por las administraciones no se vean sujetos a la carga desproporcionada de responsabilidad que podría derivar del carácter objetivo y directo del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, ha llevado a la doctrina administrativista que se ha ocupado de estas materias a entender que las reglas de exclusión de responsabilidad de la LSSICE son plenamente aplicables a las administraciones públicas.

d) No impiden el ejercicio de acciones de cesación

Las reglas de exclusión de responsabilidad de la directiva advierten expresamente que tales normas no afectan a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa pueda dictar órdenes de cesación para que el proveedor ponga fin a una infracción o para que la impida, siempre que tales órdenes se dicten de conformidad con el ordenamiento interno del Estado miembro (*cf.* arts. 12.3, 13.2 y 14.3 DCE). En todo caso, la disponibilidad de acciones para obligar a poner fin o a impedir una infracción se deja a la voluntad de los Estados miembros, cuyo ordenamiento será el que determine si, y en qué casos, cabe ejercitar este tipo de acciones.

Cabe resaltar que la directiva exige a los Estados miembros que arbitren medidas cautelares que permitan actuar rápidamente contra las infracciones. Así, en su artículo 18.1, la directiva dispone que

“[l]os Estados miembros velarán por que los recursos judiciales existentes en virtud de la legislación nacional en relación con las actividades de servicios de la sociedad de la información permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados”.

La LSSICE, al transponer las exclusiones de responsabilidad, no indicó expresamente que estas no afectarían a la posibilidad de ejercitar acciones de cesación. En todo caso, parece claro que de tal omisión no cabe deducir que el legislador español ha optado por atribuir a las exclusiones de responsabilidad el efecto de enervar las posibles acciones de cesación y remoción contempladas en el ordenamiento, lo que sería directamente contrario a la directiva.

El Tribunal Supremo, refiriéndose al caso del alojamiento de datos, ha señalado con claridad que la exclusión de responsabilidad del artículo 16 LSSICE no impide el ejercicio de acciones de cesación (STS 773/2009, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009).

La posibilidad de ejercitar acciones de cesación contra los intermediarios en el campo de la propiedad intelectual se amplió notablemente con la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información y la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual. En aplicación de estas previsiones, la ley de propiedad intelectual establece expresamente la posibilidad de adoptar

medidas de cesación y otras medidas cautelares contra los intermediarios a pesar de que los actos de estos no constituyan en sí mismos infracción (*cf.* arts. 138, 139 y 141 TRLPI).

e) La falta de los requisitos exigidos para la exclusión de responsabilidad no implica necesariamente que el prestador llegue a ser responsable

La directiva no atribuye responsabilidad al prestador que no cumple los requisitos previstos en las reglas de exclusión de responsabilidad. Se limita a establecer los supuestos en los que el intermediario debe quedar libre de responsabilidad, pero no prejuzga si, en caso de no quedar cubierto por la exclusión, dicho intermediario deberá ser considerado responsable. Cuando las exclusiones de responsabilidad no resulten aplicables, por no darse los requisitos exigidos, serán las normas del ordenamiento del Estado correspondiente las que determinarán si el intermediario debe o no responder, resultado que no viene predeterminado por la directiva. Sus normas, como ya señaló expresamente la exposición de motivos de la propuesta de directiva –*cf.* COM(1998) 586 final–, no afectan al derecho material que gobierna los distintos tipos de responsabilidad. En el mismo sentido, el Primer informe de aplicación de la DCE advirtió que “la Directiva no afecta a la responsabilidad [...] de los intermediarios en los casos no cubiertos por las limitaciones definidas en la Directiva”.

Tampoco los artículos 14 a 17 LSSICE establecen reglas de atribución de responsabilidad, sino que únicamente fijan los requisitos exigibles para gozar de la exclusión de responsabilidad, sin que el incumplimiento de tales requisitos funcione como criterio de atribución de esta. Los criterios de atribución de responsabilidad son los fijados en las normas generales y especiales en materia de responsabilidad y en la interpretación jurisprudencial de estas. Así, cuando un prestador de servicios lleva a cabo una actividad que no se ajusta a las condiciones exigidas para disfrutar de la exclusión, podrá ser declarado responsable si y solo si existe una norma en nuestro ordenamiento que, o bien atribuye responsabilidad (de naturaleza civil, penal o administrativa) por razón de dicha conducta (responsabilidad por hecho propio), o bien obliga a ese prestador a responder de los actos ilícitos de un tercero (el usuario) en atención a las circunstancias concurrentes y, en particular, en consideración a la relación que media entre el prestador y el tercero autor del acto ilícito (responsabilidad por hecho ajeno). No se trata ya del hecho obvio de que el prestador que no reúne los requisitos para la exclusión conserva siempre la posibilidad de alegar que los contenidos de cuya ilicitud se le quiere hacer responder en realidad no son ilícitos –por ejemplo porque resultan amparados por el derecho a la libertad de expresión o por las excepciones a los derechos de autor–, o que el daño cuyo resarcimiento se le exige en realidad no se ha producido. Es evidente que en tales circunstancias no habrá lugar a responsabilidad. Nos referimos ahora a los casos en los que realmente los contenidos son ilícitos y el prestador no puede acogerse a los supuestos de exclusión por no reunir los requisitos en ellos exigidos. Para que en tales casos pueda exigirse responsabilidad al prestador, no bastan los artículos 14 a 17 LSSICE, es necesaria una norma de imputación de responsabilidad.

Ciertamente, cabe pensar que los criterios empleados en la LSSICE para delimitar los supuestos de exclusión de responsabilidad van a influir a la hora de decidir sobre la atribución de responsabilidad al prestador en aplicación de las normas generales. En particular, cabe suponer que aquellas condiciones exigidas para la exclusión de responsabilidad que consistan en un requisito de actuación diligente del prestador puedan razonablemente interpretarse como una concreción de cuál es la diligencia específica que se espera de este tipo de operadores en la prestación de sus servicios, de modo que su incumplimiento podría entenderse suficiente, por ejemplo, para llenar el requisito de culpa o negligencia que se exige en el artículo 1902 del Código civil (CC) a los efectos de la atribución de responsabilidad civil, o acaso podría considerarse que constituye la infracción de un deber de cuidado en el ámbito penal. Es necesario advertir, no obstante, que siempre será preciso verificar si en el caso concreto, en atención a las circunstancias concurrentes, la actuación del prestador puede considerarse verdaderamente negligente o efectivamente infractora de un deber de cuidado. Y, en todo caso, la responsabilidad civil, de llegar a imponerse, no se atribuiría al prestador en virtud de los artículos 14 a 17 LSSICE, sino en virtud del artículo 1902 CC, y, por tanto, dependería en último término de que se hubieran verificado no solo la culpa o negligencia, sino también los demás elementos requeridos en esta norma (acción u omisión, daño, relación de causalidad). Y, del mismo modo, la responsabilidad penal se atribuye, si procede, en virtud de las normas que la regulan, y no por imposición de la LSSICE.

2.4.2. Supuestos y requisitos para la exclusión de responsabilidad

Tanto la directiva como la LSSICE conceden una exclusión de responsabilidad por los contenidos ajenos en la prestación de determinados servicios de intermediación, que se contemplan separadamente y para cada uno de los cuales se establecen determinados requisitos, de cuyo cumplimiento va a depender la posibilidad de disfrutar de la exclusión de responsabilidad.

Estos servicios de intermediación son los siguientes:

- La transmisión de datos y provisión de acceso a la red.
- La realización de copias temporales o *proxy caching*.
- El alojamiento de datos.
- La provisión de instrumentos de localización de información, servicio para el que la directiva no dispone una regla de exclusión pero sí la establece la LSSICE.

a) Los servicios de transmisión de datos y provisión de acceso (art. 14 LSSICE)

Entre las distintas prestaciones características de los proveedores de servicios de intermediación, hay dos que constituyen ejemplos paradigmáticos de actuaciones meramente instrumentales. Es el caso del servicio que consiste exclusivamente en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por un tercero, que solicita que sean transmitidos; y es el caso también del simple servicio de proporcionar acceso a una red de comunicaciones. En el primer grupo podemos incluir de forma general a los operadores de redes de telecomunicaciones; y en el segundo, donde es claro que también se presta un servicio de transmisión, a los proveedores de acceso a Internet. El artículo

14 LSSICE les concede una exclusión de responsabilidad al disponer que, bajo determinadas condiciones, los prestadores de “un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta, no serán responsables por la información transmitida”.

En las actividades de transmisión y provisión de acceso se entiende incluido, y por tanto quedará también a cubierto de responsabilidad, “el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello”.

Las condiciones para que el prestador pueda disfrutar de esta exclusión de responsabilidad son estas:

- no haber originado la transmisión, esto es, no haber tenido la iniciativa de llevarla a cabo;
- no haber modificado ni seleccionado los datos objeto de la transmisión, sin que se consideren modificación las manipulaciones estrictamente técnicas necesarias para realizar la transmisión; y
- no haber seleccionado a los destinatarios de los datos que transmite.

b) La actividad de *proxy caching* (art. 15 LSSICE)

El almacenamiento en memoria caché por parte del prestador del servicio de transmisión (*proxy caching*) de los datos solicitados por los usuarios constituye una herramienta para reducir las congestiones en la red y la lentitud de carga de las páginas web. Consiste, en síntesis, en acercar al usuario final los contenidos más solicitados. El prestador del servicio de transmisión puede instalar un servidor *proxy cache* y almacenar en su memoria las páginas solicitadas por los usuarios. De este modo, cuando otros clientes vuelvan a pedir ver la misma página, el servidor no tendrá que ir a buscar los datos al servidor original, sino que podrá mostrar directamente la copia que tiene en su memoria caché.

La LSSICE contempla el *proxy caching* en su artículo 15. Allí dispone que los prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio, y que, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten, los almacenen en sus sistemas de manera automática, provisional y temporal, no serán responsables por el contenido de estos datos ni por su reproducción temporal. La exclusión de responsabilidad no será aplicable si el operador modifica la información. Mientras no lo haga, estará dentro del supuesto de hecho objetivo al que se aplica la exención. Para disfrutar de la exclusión de responsabilidad, el prestador debe, además, cumplir los requisitos siguientes:

1) Permitir el acceso a la información solo a los que cumplan las condiciones impuestas en el sitio original.

Hay que tener presente que el sitio web original puede exigir algunas condiciones a quienes quieran acceder a este, aunque no impliquen ningún pago. Es frecuente, por ejemplo, que algunos medios de comunicación en Internet pidan a quien quiera acceder a ellos que se registre, para lo cual deberá dar su nombre y dirección de correo electrónico, y obtendrá así una contraseña que deberá usar para poder ver todos o parte de los contenidos del sitio web. El ISP que tiene una copia caché de un sitio web determinado

tiene que exigir a los usuarios que le pidan visitarla las mismas condiciones que fija el *website* original.

2) Respetar las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información.

No sería aceptable que las copias en memoria caché mostraran una información diferente de la que constara en el sitio original; por este motivo, el prestador debe preocuparse de actualizar la información almacenada, siguiendo los usos del sector.

3) No interferir en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y utilizada por el sector con la finalidad de obtener datos sobre la utilización de la información.

4) Retirar la información que haya almacenado –o hacer que sea imposible acceder a ella–, tan pronto como tenga un conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar de la red en el que estaba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a la información mencionada; o de que un tribunal o un órgano administrativo ha ordenado retirar la información o impedir que se acceda a ella.

c) Alojamiento de datos (art. 16 LSSICE)

Se trata del servicio consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario de este servicio. La jurisprudencia ha interpretado en sentido muy amplio este supuesto, considerando que tienen cabida tanto las empresas de *hosting*, que alojan sitios web en sus servidores, como las plataformas que alojan contenidos subidos por los usuarios, o las páginas que permiten que los usuarios introduzcan comentarios, los servicios de alojamiento de blogs, etc.

Se exigen dos requisitos para que la exclusión de responsabilidad sea aplicable:

1) El primero consiste en **no tener conocimiento efectivo** de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización.

Dos tipos de conocimiento

En la directiva (art. 14) se contemplan dos tipos de conocimiento: por una parte, el “**conocimiento efectivo**” de la ilicitud y, por otra, la **consciencia de hechos o circunstancias que revelan el carácter ilícito de la información**. Para quedar libre de responsabilidad penal, basta con carecer de conocimiento efectivo, mientras que para quedar libre de responsabilidad civil (responsabilidad por daños y perjuicios), es preciso carecer también de ese conocimiento indiciario derivado de hechos o circunstancias.

La LSSICE (art. 16) no incorporó esta distinción y, por tanto, un conocimiento meramente indiciario no sería suficiente para perder la exención, tampoco en el caso de responsabilidad puramente civil. Sin embargo, el TS ha destacado que el precepto debe interpretarse en sentido acorde con la directiva y, por tanto, admitiendo también los supuestos de conocimiento indirecto, por hechos o circunstancias que indiquen la ilicitud (STS 773/2009, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009).

2) El segundo requisito para gozar de la exclusión de responsabilidad consiste en que, en caso de que el prestador tenga conocimiento efectivo de la ilicitud, **actúe con diligencia para retirar los datos** o para imposibilitar el acceso a ellos.

En todo caso, debe existir una verdadera independencia entre el prestador del servicio de alojamiento y el destinatario que lo solicita. Si este último actúa bajo la autoridad o el control del prestador de servicios y, por tanto, el prestador no es ya un simple intermediario, la exención de responsabilidad no le será aplicable (art. 16.2 LSSICE).

La Audiencia Provincial de Barcelona (SAPB 349/2014, de 29 de octubre de 2014) denegó la aplicación de la exención de responsabilidad a la Universidad Autónoma de Barcelona por los contenidos alojados en sus servidores que infringían derechos de propiedad intelectual y que habían sido subidos por profesores, al entender que se daba esta relación de dependencia del art. 16.2 LSSICE entre la universidad y sus profesores.

d) Provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda (art. 17 LSSICE)

La directiva de comercio electrónico no contiene ninguna regla de exclusión relativa a la eventual responsabilidad que pueda derivarse del hecho de ofrecer enlaces o *links* (vínculos a otro lugar de internet) o de facilitar instrumentos o motores de búsqueda para localizar contenidos en la red.

La LSSICE, sin embargo, establece una exclusión de responsabilidad para estos supuestos, basada en los mismos requisitos exigidos para el caso de alojamiento. Dispone así, en su artículo 17, que los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos de la red, o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de busca de contenidos, no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o puede lesionar bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, si lo tienen, siempre que actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

También en este supuesto se exige una verdadera independencia entre el prestador y el proveedor de los contenidos enlazados. Así, de acuerdo con el artículo 17.2 LSSICE,

“[l]a exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos”.

2.4.3. El requisito de falta de conocimiento efectivo en los supuestos de *hosting* y *linking*

La falta de conocimiento efectivo constituye un elemento esencial de la regla de exclusión de responsabilidad tanto en el supuesto de alojamiento de datos (art. 16 LSSICE) como en el supuesto de provisión de enlaces o motores de búsqueda (art. 17 LSSICE). Ambos artículos incluyen un párrafo idéntico referido al conocimiento efectivo en los términos siguientes:

“Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse” (arts. 16.1.II y 17.1.II LSSICE).

La interpretación de este párrafo generó controversia. Para algunos autores, el precepto se tenía que interpretar como una lista cerrada expresiva de las únicas situaciones en las que el conocimiento efectivo podrá considerarse alcanzado por el proveedor. Para otra parte de la doctrina, por el contrario, hay

que entender que el artículo no excluye la posibilidad de apreciar, que el prestador del servicio tuvo conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos en supuestos distintos de los previstos en dichos artículos. Tras algunas resoluciones judiciales discrepantes, el TS fijó la interpretación amplia, admitiendo que es posible obtener el conocimiento efectivo al margen de los medios contemplados expresamente en el artículo 16.1.II LSSICE (STS 773/2009, Sala de lo Civil, de 9 de diciembre de 2009):

“[n]o es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios– una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del “*conocimiento efectivo*” de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva –al dejar a salvo la posibilidad de “*otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”–, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al “*conocimiento efectivo*” a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate”.

2.4.4. Inexistencia de obligación general de supervisión

La directiva sobre el comercio electrónico prohíbe que los Estados miembros establezcan obligaciones generales de monitorización de los contenidos a cargo de los intermediarios. Así, de acuerdo con el artículo 15.1 DCE, los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación general, ya sea de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ya sea de hacer búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas con relación a los servicios de *hosting*, y también en relación con los servicios de transmisión de datos, de provisión de acceso a la red y de almacenamiento en memoria caché. Con todo, la directiva no excluye la posibilidad de que los Estados miembros establezcan obligaciones de supervisión que no sean de carácter general (cdo. 47 DCE).

Esta prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión afecta tanto a la promulgación de normas por los Estados miembros, como a la imposición de obligaciones de este tipo en resoluciones judiciales. Así, por ejemplo, las medidas preventivas que cabe imponer a los intermediarios en materia de propiedad intelectual al amparo de la legislación sectorial no pueden consistir en obligaciones generales de filtrado (véanse en este sentido las sentencias del TJUE de 24 noviembre 2011, asunto *C-70/10, Scarlet Extended vs. SABAM*, y de 16 febrero 2012, asunto *C 360/10, SABAM v. Netlog*).

Otra consecuencia de este principio es que las reclamaciones contra intermediarios por la presencia de contenidos ilícitos en sus plataformas no podrán limitarse a advertir de modo general que hay estos contenidos en la plataforma, sino que deberán identificarlos con precisión (por ejemplo, señalar la URL si se trata de un vídeo subido a una web como YouTube), ya que lo contrario supondría obligar a la plataforma realizar búsquedas activas para localizar tales contenidos. En este sentido, puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 11/2014, secc. 28.ª, de 14 de enero de 2014.

Por otra parte, la directiva prevé la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios de la sociedad de la información que comuniquen con prontitud a las autoridades los datos ilícitos de forma presunta o las actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de sus servicios; o, también, que les impongan la obligación de comunicar a las autoridades, cuando estas lo soliciten, información que permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan establecido acuerdos de almacenamiento (art. 15.2 DCE).

2.4.5. El principio de neutralidad en la jurisprudencia del TJUE

El Tribunal de Justicia de la UE ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre los preceptos de la DCE que establecen limitaciones de responsabilidad.

Pueden verse, entre otras, las sentencias de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados *C-236/08 a C-238/08, Google France*); 12 de julio de 2011 (asunto *C-324/09, L'Oréal vs eBay*); 24 de noviembre de 2011 (asunto *C-70/10, Scarlet Extended vs. SABAM*); 16 de febrero de 2012 (asunto *C-360/10, SABAM vs. Netlog*); 27 de marzo de 2014 (asunto *C-314/12, UPC Telekabel*); 11 de septiembre de 2014 (asunto *C-291/13, Papasavvas*).

El TJUE considera que para que las reglas de exclusión de responsabilidad sean aplicables, es preciso que la actividad del prestador sea meramente técnica, automática y pasiva, de tal modo que no tenga conocimiento ni control sobre la información que transmite o almacena. En caso contrario, las reglas ya no entrarían en juego. Se trataría por tanto de un requisito previo, distinto de las condiciones que se establecen en cada supuesto de exclusión (en este sentido, STJUE de 23 marzo 2010, *Google France*, ap. 113-114).

Ahora bien, no parece que este criterio pueda interpretarse en un sentido literal, de tal modo que deje fuera del ámbito de aplicación de estas normas a los intermediarios que puedan obtener conocimiento o control sobre los contenidos. En *Google France*, el TJEU se basa en el considerando 42 de la DCE, que en realidad se refiere tan solo a los supuestos de mera transmisión de datos y acceso a la red (el almacenamiento temporal que se cita en dicho considerando es contemplado en el art. 12 de la directiva). Por otra parte, ni siquiera el art. 12 DCE establece la falta de conocimiento como requisito para la aplicabilidad de la exención, de modo que el cdo. 42 parece más una descripción general del carácter pasivo que no una imposición de un requisito de falta de conocimiento. El requisito de neutralidad como un tal como se recoge en la sentencia *Google France* resulta, además, contradictorio con el propio artículo 14 DCE, que admite la posibilidad de beneficiarse de la exención en caso de tener conocimiento efectivo si en tal supuesto se procede a la retirada del contenido. La neutralidad, pues, parece que debe entenderse más bien como

Directiva (EU) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado digital

La Directiva (EU) 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital (aprobada el 17 de abril de 2019) modifica el régimen de las plataformas que alojan y ponen al acceso público grandes cantidades de contenidos subidos por sus usuarios. El artículo 17 de la Directiva establece expresamente que la actividad de estas plataformas constituye un acto de comunicación pública y que, si no disponen de licencia, incurrir en responsabilidad. En estos casos, dice la Directiva que no serán aplicables las exenciones de responsabilidad de la DCE, si bien la plataforma se podrá exonerar de responsabilidad si puede demostrar, entre otras cosas, haber usado medidas para impedir la disponibilidad de los contenidos no autorizados, sobre los cuales los titulares de derechos les hayan proporcionado información. En la práctica, estas plataformas se verán obligadas a establecer algún tipo de sistema de filtraje automático de contenidos para evitar la responsabilidad.

falta de participación en la creación del contenido (véase, por. ej., STJUE de 23 de marzo de 2010, *Google France*, ap. 116 ss; STJUE de 12 de julio de 2011, *L'Oréal*, ap. 115 ss.).

3. Comercio y contratación electrónica

En el comercio electrónico inciden varios cuerpos normativos, además de las reglas generales en materia de obligaciones y contratos. En los subapartados siguientes haremos referencia a las principales fuentes, centrandó la atención en las normas establecidas por la LSSICE.

3.1. El principio de equivalencia funcional

La celebración de contratos entre ausentes, esto es, entre personas que no se hallan simultáneamente presentes en un mismo lugar, no es en absoluto un fenómeno desconocido en el derecho de la contratación. Desde antiguo se han celebrado contratos por carta, y, más tarde, por teléfono, telégrafo, etcétera. Tanto el Código civil como el Código de comercio (CCom) incluyeron reglas específicas sobre la perfección del contrato en estos supuestos (por ej., arts. 1262 CC y 54 CCom). Con la irrupción de las comunicaciones electrónicas apareció una vía más para la transmisión e instrumentación o fijación de las manifestaciones de voluntad determinantes para la conclusión del contrato.

Para no obstaculizar el desarrollo del comercio electrónico, es preciso establecer un principio general que afirme la plena validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, considerando que se trata de una vía funcionalmente equivalente a las formas orales o escritas (en papel) de celebración de contratos.

La directiva sobre el comercio electrónico exigió a los Estados miembros que facilitaran la celebración de contratos electrónicos y, en particular, que garantizaran que “el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica” (art. 9.1 DCE), con la posibilidad de establecer excepciones respecto a determinados tipos de contratos. De las diversas excepciones que permite la directiva, la ley española solo recoge los supuestos de los contratos relativos al derecho de familia y sucesiones.

Siguiendo el mandato de la directiva de remover los obstáculos jurídicos que puedan perjudicar el desarrollo del comercio electrónico, la LSSICE afirma el principio de “equivalencia funcional”, esto es, el principio de que los actos y contratos llevados a cabo por vía electrónica producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito o de palabra. La instrumentación electrónica se considera así un “equivalente funcional” a la instrumentación por las vías tradicionales escritas o orales. El solo hecho de que el contrato se haya llevado a cabo por vía electrónica no debe perjudicar en nada su validez y eficacia jurídicas.

Este principio no resulta extraño en nuestro sistema de contratos, presidido por el principio de libertad de forma (*cf.* arts. 1278 y 1279 CC). La LSSICE viene a reiterar este principio espiritualista –incluso tomando prestada la expresión del artículo 1279 CC– al señalar que

“los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurran el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez” (art. 23.1 LSSICE).

Por otra parte, y en el mismo sentido de facilitar la conclusión de contratos electrónicos, la ley advierte que para la validez del contrato no es necesario que las partes se hayan puesto de acuerdo previamente para emplear medios electrónicos (*cf.* art. 23.2 LSSICE).

El principio de libertad de forma, sin embargo, conoce muchas excepciones, particularmente en el caso de contratos celebrados con consumidores, ya sea porque se exige que consten por escrito las manifestaciones de las partes, ya sea porque se exija esa constancia respecto a determinada información que debe proporcionarse al consumidor. De ahí que resulte fundamental para cumplir con el propósito de la directiva de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos el principio que establece la LSSICE de equiparación entre forma escrita y forma electrónica:

“Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico” (art. 23.3 LSSICE).

La ley no extiende esta equiparación al caso de la exigencia de forma documental pública, pero tampoco se opone a que esta pueda cumplirse electrónicamente si la legislación específica así lo admite. Tales contratos, así como todos los que requieran la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica (*cf.* art. 23.4.II LSSICE).

3.2. Marco jurídico de la contratación electrónica

Ni la directiva sobre el comercio electrónico ni la LSSICE establecen regulación general de la contratación electrónica. Por el contrario, se limitan a dictar algunas reglas muy básicas. Además del principio de equivalencia funcional, afirmado en su artículo 23, la LSSICE trata sobre la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, sobre la intervención de terceros de confianza, sobre la ley aplicable y sobre la determinación del momento y lugar de celebración del contrato. Dispone, asimismo, una serie de obligaciones previas y posteriores a la celebración del contrato, y marca ciertos límites al envío de comunicaciones comerciales por vía electrónica.

El conjunto de normas aplicables a los contratos electrónicos es, naturalmente, mucho más amplio. En términos generales, será de aplicación a los contratos celebrados por vía electrónica la normativa sobre contratos a distancia. Esta regulación se contiene fundamentalmente en los artículos 92 a 113 del **Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU)**.

Cuando el contrato se firme electrónicamente, resultará de aplicación la **Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica** y por el **Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio de 2014**, sobre la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas (**Reglamento eIDAS**, que derogó la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica). Otras muchas disposiciones legales pueden resultar de aplicación en función del tipo concreto de transacción que se lleve a cabo. En el caso de los servicios financieros, será de aplicación la **Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores**, que transpone al ordenamiento español parte de la Directiva 2002/65/CE. Esta ley establece el régimen específico de los contratos de servicios financieros con consumidores, prestados, negociados y celebrados a distancia, sin perjuicio de la aplicación de la normativa general contenida en la LSSICE y en el Texto refundido de la ley general de defensa de los consumidores y usuarios.

Es preciso tener en cuenta también la **Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC)**, que resulta especialmente pertinente en la medida en que en el comercio electrónico la mayoría de los contratos utilizan condiciones generales predispuestas por el prestador del servicio. En lo que se refiere a contratos celebrados con consumidores, hay que estar en particular a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del TRLGDCU.

Mercado único digital

El marco jurídico del comercio electrónico se ha ampliado recientemente con nuevas Directivas y Reglamentos aprobados en el marco de la construcción del llamado Mercado Único Digital. Entre estas nuevas disposiciones podemos mencionar las siguientes:

1) **Reglamento de geobloqueo**. Es el Reglamento (UE) 2018/302, de 28 de febrero de 2018 sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar

de establecimiento de los clientes en el mercado interior. El Reglamento quiere evitar la compartimentación del mercado y establece normas contra las prácticas de las páginas web que bloquean o redirigen a los usuarios que acceden desde otros Estados miembros (el llamado bloqueo geográfico o geobloqueo), o les aplican condiciones diferentes. Solo se prohíben, no obstante, las prácticas que se consideran injustificadas.

2) **Directiva de contenidos digitales.** Directiva (UE) 2019/770 de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. La Directiva establece normas armonizadas para estos contratos que ofrecen mejor protección y garantías a los consumidores de bienes y servicios digitales (vídeo, música, aplicaciones, servicios de redes sociales, servicios en la nube, etc.).

3) **Directiva de compraventa de bienes.** Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, engloba tanto la venta en línea como fuera de línea y facilita también una mayor protección a los consumidores que adquieren productos a través de Internet.

3.3. Comunicaciones comerciales por vía electrónica y *cookies*

Parte de la actividad de comercio electrónico consiste en la promoción o publicidad de los productos o servicios. La LSSICE recuerda que las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales se registrarán, además de por la propia LSSICE, por su normativa propia, por la legislación en materia de publicidad, por la legislación de comercio y, en todo caso, por la legislación de protección de datos (*cf.* art. 19 LSSICE).

Las normas especiales de la LSSICE en esta materia se refieren, por una parte, a cierta **información que deben contener las comunicaciones comerciales, ofertas promocionales y concursos** (art. 20 LSSICE).

En particular, las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable (art. 20.1). En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar también que se identifiquen claramente como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca (art. 20.2). Se prohíbe expresamente el envío de comunicaciones en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan las anteriores exigencias o incumplan las normas de ordenación del comercio (art. 20.4).

Por otra parte, se establecen las condiciones para la licitud del envío de **comunicaciones comerciales no solicitadas** por medios electrónicos.

La regla general consiste en que para el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente es necesario que previamente hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de estas (art 21.1).

Como excepción, se permite enviar dichas comunicaciones sin la previa solicitud o autorización, cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales refe-

rentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. A tal efecto, cuando la comunicación se remita por correo electrónico, se deberá incluir una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección (art. 21.2).

La LSSICE incluye también el régimen del **uso de cookies** o instrumentos similares, que se establece en el artículo 22.2.

La regulación procede de la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, cuyo artículo 5.3 estableció algunas condiciones para la instalación y lectura de *cookies* y otras herramientas en los ordenadores de los usuarios. Dicho precepto fue modificado más tarde, en la reforma llevada a cabo por la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre, en la que se impusieron requisitos más exigentes. La transposición de esa última versión de la directiva se llevó a cabo mediante el Real decreto ley 13/2012, de 30 de marzo, modificando el art. 22.2 de la LSSICE.

Para poder utilizar *cookies* o instrumentos similares (que la ley describe como “dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios”), es necesario que los destinatarios hayan dado su consentimiento después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular sobre los fines del tratamiento de los datos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de protección de datos. Sin embargo, no será necesario el consentimiento para la instalación o lectura de ciertos tipos de *cookies* que por su naturaleza resultan necesarias para realizar una comunicación electrónica o para la prestación de un servicio de la sociedad de la información que el destinatario haya solicitado expresamente.

En cuanto al modo de prestar el consentimiento, la norma prevé que “[c]uando sea técnicamente posible y eficaz, el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones” (art. 22.2).

No se trata estrictamente de una norma de protección de datos, y por tanto, la exigencia de información y consentimiento previo se exigen con independencia de que los datos que se obtengan mediante las *cookies* sean o no de carácter personal. Sin embargo, la potestad sancionadora por el incumplimiento de estas obligaciones se atribuye a la Agencia Española de Protección de Datos (art. 43 LSSICE). El incumplimiento de estas normas constituye una infracción leve (art. 38.4.g), que puede llegar a ser grave en caso de reincidencia (art. 38.3.i).

Futura regulación de las cookies

A la hora de cerrar la edición de este módulo se encuentra en fase de tramitación el Reglamento de e-Privacidad, que derogará la Directiva 2002/58 y se espera que establezca una nueva regulación para las *cookies* e instrumentos similares.

3.4. Obligaciones de información precontractual

La LSSICE establece algunas obligaciones específicas para las fases previa y posterior a la celebración del contrato electrónico, que son aplicables solo a los casos en los que uno de los contratantes esté actuando como prestador de un servicio de la sociedad de la información y, por tanto, con carácter empresarial o profesional. Naturalmente, estas obligaciones –salvo en caso de incompatibilidad o contradicción– no son obstáculo para la aplicabilidad cumulativa del resto de los requisitos previstos en otras normas³.

⁽³⁾Por ejemplo, los que resulten de aplicación en razón de la modalidad contractual de la que se trate, o del tipo concreto de servicios que se presten, o de las condiciones de las partes que intervienen, o del empleo de condiciones generales, etc.

En particular, con respecto a la fase previa a la celebración del contrato y siempre sin perjuicio de la aplicación de otras normas que también imponen obligaciones de información precontractual (como las establecidas por la ley de ordenación del comercio minorista), se exige que antes de que se inicie el procedimiento de contratación, se ponga a disposición del destinatario información clara, comprensible e inequívoca sobre:

- a) los trámites que se deben seguir para celebrar el contrato;
- b) si el prestador archivará el contrato y si será accesible;
- c) los medios técnicos de los que dispone el destinatario del servicio para identificar y corregir errores en la introducción de los datos;
- d) la lengua o las lenguas en las que se podrá formalizar el contrato (*cf.* art. 27.1 LSSICE).

Esta información debe proporcionarse mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, y de manera permanente, fácil y gratuita. Se entenderá cumplida esta obligación si el prestador incluye la información en su página o sitio de Internet. En el caso de que la contratación se realice a través de dispositivos con pantallas de formato reducido (como teléfonos móviles u otros), se entenderá cumplida esta obligación si se facilita de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en la que esta información se pone a disposición del destinatario (*cf.* art. 27.1 LSSICE).

No obstante (*cf.* art. 27.2 LSSICE), no será necesario facilitar esta información previa si así lo acuerdan los contratantes, siempre que ninguno de los dos sea consumidor. Y tampoco será exigible si el contrato se ha celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico (o de una comunicación electrónica equivalente).

Además, el prestador de servicios, también con anterioridad al inicio del procedimiento de contratación, tendrá que poner a disposición del destinatario de sus servicios las condiciones generales a las cuales se tendrá que sujetar el contrato, de tal modo que el destinatario pueda almacenarlas y reproducirlas. También en este caso la obligación rige solo para el caso de que una de las partes actúe como empresario o profesional y, por tanto, con la consideración de “prestador de servicios” (*cf.* art. 27.4 LSSICE).

Sobre la validez y la irrevocabilidad de la oferta del prestador, la LSSICE simplemente dispone que, sin perjuicio de la legislación específica aplicable, las ofertas o propuestas de contratación serán válidas durante el periodo que fije el oferente, y si no ha fijado ninguno, durante el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios de los servicios (*cf.* art. 27.3 LSSICE).

3.5. Momento y lugar de celebración del contrato

Nuestro sistema de perfección consensual del contrato (*cf.* art. 1258 CC) requiere determinar **en qué momento se entiende producido el consentimiento**, que se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación (*cf.* art. 1262.1 CC). En la contratación entre presentes no suele haber dificultad para determinar el momento en el que dicho concurso se produce. Ahora bien, en los contratos celebrados entre personas físicamente distantes, necesitamos alguna regla que nos ayude a precisar este momento.

Las soluciones legales y jurisprudenciales son variadas. En un extremo se encuentra la **teoría de la cognición**, según la cual la aceptación solo producirá efectos a partir del momento en el que el oferente la haya conocido. En el otro extremo se encuentra la **teoría de la declaración o manifestación**, que considera suficiente que el receptor de la oferta haya manifestado la declaración de voluntad de aceptarla. La primera tesis se atempera con la **teoría de la recepción**: no hace falta que el oferente haya conocido efectivamente la aceptación, sino que es suficiente con que la haya podido conocer, esto es, que haya llegado a su esfera de control. La segunda tesis, la de la declaración o manifestación, se suaviza con la **teoría de la expedición**: no es suficiente haber exteriorizado la aceptación, sino que es necesario haberla enviado (por el medio que sea) a la otra parte; es necesario, pues, que la aceptación haya salido de la esfera de control del aceptante.

El Código civil optó por la tesis de la cognición en su artículo 1262.2, cuya redacción original disponía que “[l]a aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento”, aunque la jurisprudencia se encargó de matizarla con consideraciones más en la línea de la tesis de la recepción. El Código de comercio, en su artículo 54, se orientó en el sentido de la teoría de la expedición:

“Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada”.

La LSSICE –a través de una disposición adicional– ha querido unificar los dos sistemas reformando la redacción de ambos artículos. Esta reforma establece, tanto para los contratos civiles como para los mercantiles, y sean o no contratos electrónicos, un criterio general y otro especial.

El criterio general dispone que “[h]allándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”, mientras que, para el supuesto especial de que los contratos se celebren “mediante dispositivos automáticos”, se dispone que concurre el consentimiento “desde que se manifiesta la aceptación” (*cf.* disposición adicional 4 LSSICE).

El criterio general recoge la teoría de la recepción. El contrato queda perfeccionado desde el momento en el que la aceptación llega a la esfera de control del oferente, de manera que este “no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”. No es necesario que la haya conocido efectivamente (aunque, si es así, con más razón deberemos tener el contrato por perfeccionado). La LSSICE, por otra parte, ofrece un criterio –ahora sí, referido únicamente a los contratos electrónicos– para determinar en qué momento se ha recibido la aceptación: se entenderá que se ha recibido cuando la parte a la que vaya dirigida pueda tener constancia de ello (*cf.* art. 28.2 LSSICE).

La ley no proporciona ningún criterio para saber qué significa “tener constancia” de la aceptación, pero quizá quepa aplicar por analogía el criterio que sí proporciona en cuanto a la constancia de la recepción de la confirmación: se entenderá que el destinatario tiene constancia de haber recibido la confirmación cuando esta haya sido almacenada en el servidor en el que tenga dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (*cf.* art. 28.2.II LSSICE).

El primer supuesto no constituye precisamente un ejemplo de norma tecnológicamente neutral; mayor neutralidad cabe apreciar en el segundo, que hace referencia de modo genérico al dispositivo empleado para recibir las comunicaciones. Sin embargo, la referencia al servidor de correo electrónico resulta ilustrativa, por cuanto indica que no es necesario que el mensaje haya llegado a manos de la otra parte, sino que basta con que haya llegado al sitio al que esta puede dirigirse para acceder a su contenido.

El criterio especial, aplicable a los contratos celebrados por medio de “dispositivos automáticos”, recoge la tesis de la expedición, en la medida en que considera perfeccionado el contrato desde que se manifiesta la aceptación, a condición de que esta manifestación se realice por medio de un mecanismo que la recoja automáticamente y que, por lo tanto, implica no una mera manifestación, sino una verdadera expedición de la aceptación.

El legislador no explica qué debe entenderse por *dispositivos automáticos*, pero parece que quiere hacer referencia a los supuestos en los que el contrato no requiere enviar un mensaje electrónico con la aceptación, sino, por ejemplo, hacer un simple clic en la web, de tal manera que el prestador de servicios recibiría esta aceptación de forma “instantánea”. Esta (discutible) recepción instantánea haría que la aceptación y el conocimiento de esta (o, por lo menos, su recepción) fueran simultáneos y, por tanto, se pudiera determinar como momento de la perfección el de la “manifestación de la aceptación”.

Finalmente, con respecto al **lugar en el que se entenderá celebrado el contrato**, la nueva redacción de los artículos 1262 CC y 54 CCom establece la regla general para los contratos entre ausentes, consistente en que el contrato se presume celebrado en el lugar en el que se hizo la oferta. Ahora bien, para el caso concreto de los contratos celebrados por vía electrónica, la LSSICE establece una regla específica en su artículo 29: si se trata de contratos entre empresarios o profesionales, se presumirán celebrados en el lugar de establecimiento del prestador de servicios; si se trata de contratos en los que una de las partes es un consumidor, se presumen celebrados en el lugar de residencia habitual de este último.

3.6. Reglas para la fase posterior a la contratación

Con respecto a la fase posterior a la celebración del contrato, es decir, una vez se ha verificado el concurso de la oferta y de la aceptación, la LSSICE exige que el oferente entregue a la otra parte una confirmación de haber recibido la aceptación (*cf.* art. 28 LSSICE). De igual modo que para las obligaciones de información precontractual, se advierte aquí que no será necesario facilitar esta confirmación si así lo acuerdan los contratantes, siempre que ninguno de los dos sea un consumidor; y tampoco será necesario –una vez más– si el contrato se ha celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico o de una comunicación electrónica equivalente. Cabe notar que se ha mantenido aquí el inciso que reza “cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación” (*cf.* art. 28.3.b LSSICE), inciso que también constaba en la redacción original del artículo 27.2.b LSSICE, referido a la información precontractual y que fue más tarde suprimido por la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información.

La confirmación de recepción de la aceptación se podrá hacer por correo electrónico, u otro medio de comunicación electrónica equivalente, en la dirección indicada por el aceptante y dentro del plazo de veinticuatro horas desde que recibió la aceptación; o utilizando un medio equivalente al que se ha utilizado para la aceptación y haciendo la confirmación de manera inmediata, tan pronto como el aceptante haya finalizado el proceso y siempre que la confirmación pueda ser archivada por el destinatario.

Este segundo supuesto es el caso, por ejemplo, de las operaciones en las que la aceptación se manifiesta haciendo clic sobre la página web en la que compramos, y acto seguido aparece una nueva pantalla que nos indica que la aceptación ha sido recibida correctamente. Ahora bien, esta manera de confirmar la aceptación solo resultará suficiente si es susceptible de ser archivada por el destinatario.

La obligación de confirmar la recepción de la aceptación **no constituye un requisito de validez del contrato**. Se trata de una obligación establecida por la ley y la consecuencia de su omisión es la imposición de una sanción administrativa. La omisión habitual de esta obligación constituye infracción grave (art. 38.3.f LSSICE).

La obligación de confirmar corresponde al oferente, pero téngase en cuenta que “oferente” no siempre lo será el vendedor, sino que lo puede ser también el comprador. El comprador es el “oferente” cuando responde con una oferta de compra a la *invitatio ad offerendum* del vendedor. En estos casos, por tanto, es al comprador a quien corresponde la obligación de confirmar. La LSSICE deja bien claro que la obligación de confirmar puede corresponder al destinatario del servicio y prevé para este caso que el prestador facilite el cumplimiento de dicha obligación poniendo a disposición del destinatario los medios oportunos (*cf.* art. 28.1.II LSSICE).

En cuanto a la prueba del contrato, la LSSICE simplemente se remite a las normas generales del ordenamiento, con una remisión especial a la Ley 59/2003, de firma electrónica, en el caso de que se trate de contratos firmados electrónicamente (*cf.* art. 24 LSSICE).

3.7. El derecho de desistimiento

En términos generales y salvo una serie de excepciones, en los contratos a distancia –entre los que se incluyen los celebrados por vía electrónica–, la ley concede al comprador del bien, o destinatario del servicio, un breve plazo de tiempo para desistir del contrato libremente, esto es, sin necesidad de expresar o justificar causa alguna (*ad nutum*). Como fundamento de este derecho se suele señalar la dificultad que tiene el adquirente de valorar la adecuación del bien o servicio que está contratando a distancia, o simplemente la voluntad del legislador de proporcionar un plazo especial de reflexión. Este derecho es dispositivo en el caso de que se trate de comercio entre empresarios o profesionales, mientras que resulta imperativo en el caso de contratos celebrados con consumidores.

Su regulación se halla actualmente en el Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU), modificado en este punto por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que transpone la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que entre otras novedades modificó el plazo para el ejercicio del derecho.

La Ley 3/2014 derogó la regulación sobre el desistimiento anteriormente contenida en la Ley de ordenación del comercio minorista (LOCM). En la actualidad, el artículo 10 de la LOCM remite al TRLGDCU en lo relativo al ejercicio del derecho de desistimiento.

El TRLDCU optó por establecer un régimen general o común del derecho de desistimiento de los consumidores y usuarios, que se ubica sistemáticamente en el título primero del libro segundo, y que sigue en lo esencial lo que ya disponía la LOCM. El capítulo II (“Derecho de desistimiento”) de este título I establece la disciplina común de este derecho, que define como

“la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase” (art. 68.1.I TRLDCU).

Se prohíben, con sanción de nulidad de pleno derecho, las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de este derecho (art. 68.1.II TRLDCU).

La facultad para desistir del contrato no se da de manera general en todos los contratos en los que intervengan consumidores y usuarios, sino solo en aquellos supuestos en los que así se haya previsto legal o reglamentariamente, así como cuando este derecho se haya reconocido en el propio contrato o en la promoción o publicidad (art. 68.2 TRLDCU). En los casos en los que el derecho de desistimiento esté legalmente atribuido al consumidor y usuario, este derecho se regirá en primer lugar por las disposiciones legales que lo atribuyen, y de modo supletorio por las reglas generales de los artículos 68 a 79 TRLDCU (*cfr.* art. 68.3 TRLDCU).

El caso de los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil constituye uno de los supuestos en los que legalmente se atribuye el derecho a desistir al consumidor y usuario, según dispone expresamente el artículo 102 TRLGDCU, con una serie de excepciones previstas en el artículo 103 TRLGDCU. Igual que en el régimen general supletorio, se sancionan con nulidad las cláusulas que impongan una penalización por el ejercicio de este derecho. Se califican también de nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan la renuncia al desistimiento (art. 102.2 TRLDCU).

No habrá derecho de desistimiento en los supuestos que recoge el artículo 103 TRLGDCU:

“a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento.

b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento.

c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.

d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.

e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega.

f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes.

g) El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar.

h) Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega.

j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.

k) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.

l) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos.

m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”.

¿Se puede devolver un colchón desprecintado?

La sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2019 (C-681/17, Slewó) examinó la cuestión de si en el caso de haber comprado un colchón y haber retirado la funda protectora se aplica la excepción al derecho de desistimiento, prevista en la Directiva 2011/83, referida a los “bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados después de la entrega”.

El TJUE entendió que no era aplicable esta excepción, porque el hecho de haber retirado el precinto no imposibilita absolutamente, por razones de salud o higiene, que el colchón se pueda poner nuevamente a la venta, igual que pasa con las prendas de ropa de vestir.

El **plazo** para el ejercicio del derecho de desistimiento será de **14 días naturales**. Cuando se trate de servicios, dicho plazo se contará a partir del día de la celebración del contrato. En los contratos de venta, el plazo se contará, como regla general, a partir del día en el que el consumidor y usuario adquiera la posesión material de los bienes (art. 104 TRLGDCU), sin perjuicio de una serie de reglas especiales que establece el mismo precepto.

Sin embargo, si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, el periodo de desistimiento se extiende hasta 12 meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial (art. 105.1). Si durante esos 12 meses el empresario facilita la información, el plazo finalizará a los 14 días naturales de la recepción de dicha información (art. 105.2).

El consumidor y usuario debe comunicar al empresario su decisión de desistir del contrato antes de que finalice el plazo, ya sea mediante el formulario de desistimiento que se incluye en la ley o por otro tipo de declaración inequívoca (art. 106.1).

El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta (art. 106.5).

El consumidor deberá devolver los bienes y deberá hacerse cargo de los costes directos de la devolución, salvo si el empresario aceptó asumirlos, o si no le informó de que le correspondería asumir dichos costes (art. 108.1).

El TRLGDCU desarrolla estas previsiones de modo prolijo, tanto en el régimen supletorio como en el específico para los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil. Para su examen detallado remitimos al texto de la ley, puesto que su exposición aquí resultaría excesivamente minuciosa.

4. Infracciones y sanciones

La LSSICE incluye un capítulo de infracciones y sanciones, que tipifica determinados incumplimientos de sus preceptos como infracciones de carácter muy grave, infracciones de carácter grave e infracciones de carácter leve, y establece las sanciones correspondientes. La tipificación de las infracciones se lleva a cabo en el artículo 38 LSSICE, que ha sido modificado en varias ocasiones. El único supuesto de infracción muy grave en la actualidad está constituido por

“el incumplimiento de la obligación de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a la red o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación, cuando un órgano administrativo competente lo ordene, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11”.

Entre las infracciones graves cabe destacar el incumplimiento significativo de algunos de los deberes de información previstos en el artículo 10 LSSICE; determinadas vulneraciones de las normas sobre envío de comunicaciones comerciales, y en particular “el envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, o su envío insistente o sistemático a un mismo destinatario del servicio cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21”; no poner a disposición del destinatario del servicio las condiciones generales a las que esté sujeto el contrato, o el incumplimiento habitual de la obligación de confirmar la recepción de la aceptación en los contratos celebrados con consumidores. Entre las diversas infracciones de carácter leve se incluyen vulneraciones similares a las graves pero llevadas a cabo en un grado menor, así como el incumplimiento de ciertos deberes de información cuando no constituyan infracción grave.

La cuantía de las sanciones puede llegar hasta los 600.000 euros en caso de infracciones muy graves, hasta los 150.000 euros en caso de infracciones graves y hasta los 30.000 euros en caso de infracciones leves. No existe un mínimo en el caso de sanciones leves (art. 39 LSSICE). En la reforma obrada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, se añadió a la LSSICE un nuevo art. 39 bis, en el que se prevé la posibilidad de moderar las sanciones en atención a determinados criterios.

Para determinar el importe de la sanción, se ponderarán la existencia de intencionalidad, la duración en el tiempo, la reincidencia, la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados, los beneficios obtenidos por la infracción, el volumen de facturación al que afecte la infracción, y la adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria (art. 40 LSSICE).

En el artículo 41 LSSICE se prevé la posibilidad de que, en los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves, se adopten las medidas provisionales previstas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en sus normas de desarrollo, cuando se consideren necesarias “para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales”. En particular, dicho precepto prevé que podrá acordarse, entre otras medidas, “la suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, el cierre provisional de sus establecimientos”, así como el “precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo”.

Reitera aquí la LSSICE las cautelas ya contempladas en el artículo 8 LSSICE, sobre la necesidad de que en la adopción de estas medidas se respeten las garantías previstas en el ordenamiento para la protección de los derechos a la intimidad, a la protección de datos, a la libertad de expresión y a la información. De igual modo se señala que

“en todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo”.

Como vimos, la declaración equivalente contenida en el artículo 8 LSSICE fue modificada por la Ley 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información, en el sentido de que esta limitación de las competencias de los órganos administrativos se refiere solo a los casos en los que los tribunales tengan atribuida la competencia de forma excluyente. Probablemente deba atribuirse a un descuido del legislador no haber modificado en los mismos términos el texto del artículo 41 LSSICE.

Para los casos de urgencia y cuando así sea necesario para la inmediata protección de los intereses implicados, el artículo 41.4 LSSICE prevé que las medidas provisionales señaladas puedan adoptarse incluso antes de la incoación del expediente. Estas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en el plazo de quince días. El acuerdo de iniciación del procedimiento deberá confirmar, modificar o levantar las medidas adoptadas.

La ley contempla también la posibilidad de imponer multas coercitivas por un importe no superior a 6.000 euros por cada día que transcurra sin que se cumplan las medidas provisionales que se hubieren acordado. La potestad para imponer estas multas corresponde al órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador (art. 42 LSSICE).

Bibliografía

Arias Pou, María (2006). *Manual práctico de comercio electrónico*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Arroyo Aparicio, Alicia (2003). *Los contratos a distancia en la Ley de ordenación del Comercio Minorista*. Navarra: Aranzadi.

Banegas Núñez, Jesús; Mateu de Ros, Rafael (dir.) (2008). *Comentario a la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

Botana García, Gemma Alejandra (2001). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Busto Lago, José Manuel (2008). "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (ISPs)". En: L. Fernando Reglero Campos (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil* (4.ª ed., tomo II, págs. 973-1123). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Camacho Clavijo, Sandra (2006). "El derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la ley de ordenación del comercio minorista)". *La Ley* (núm. 6466, 20 de abril).

Cavanillas Múgica, Santiago (coord.) (2007). *Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*. Granada: Comares.

Cavanillas Múgica, Santiago (coord.) (2005). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar*. Granada: Comares.

Cavanillas Múgica, Santiago (2005). "Responsabilidad civil". En: Santiago Cavanillas Múgica (coord.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar* (págs. 49-62). Granada: Comares.

Cavanillas Múgica, Santiago (2003). "La conclusión del contrato en Internet". En: Mario E. Clemente Meoro; Santiago Cavanillas Múgica. *Responsabilidad civil y contratos en internet: Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (págs. 117-201). Granada: Comares.

Clemente Meoro, Mario E. (2003). "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información". En: Mario E. Clemente Meoro; Santiago Cavanillas Múgica. *Responsabilidad civil y contratos en internet: Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (págs. 1-116). Granada: Comares.

Clemente Meoro, Mario E. (2006). "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia". *Revista de Derecho Patrimonial* (núm. 16, págs. 163-183).

Clemente Meoro, Mario E. (2000). "Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica". *Revista de Derecho Patrimonial* (núm. 4, págs. 59-87).

Cotino, Lorenzo (coord.) (2008). *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Domínguez Luelmo, Andrés (2000). "Contratación electrónica y protección de consumidores". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (núm. 660, págs. 2327-2387).

Galindo, Fernando (2002). "Códigos de conducta para la regulación del comercio y el gobierno electrónicos". *La Ley* (núm. II, págs. 1873-1882).

García Rubio, María Paz (2001). "Las condiciones generales en la contratación electrónica". *La Ley* (núm. I, págs. 1693-1698).

Gómez-Segade, José Antonio; Fernández-Albor Baltar, Ángel; Tato Plaza, Anxo (2001). *Comercio electrónico en Internet*. Madrid: Marcial Pons.

González Malabia, Sergio (2004). *Tutela judicial del comercio electrónico*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Guisado Moreno, Ángela (2004). *Formación y perfección del contrato en Internet*. Madrid: Marcial Pons.

Illescas Ortiz, Rafael (2009). *Derecho de la contratación electrónica* (2.ª ed.). Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters / Civitas.

Illescas Ortiz, Rafael (dir.); **Ramos Herranz, Isabel** (coord.) (2001). *Derecho del comercio electrónico: Primeras jornadas celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid*. Las Rozas (Madrid): La Ley.

Jiménez de Parga, Rafael (2000). "El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?)". *Derecho de los Negocios* (núm. 118-119, págs. 1-11).

Juliá Barceló, Rosa (2000). *Comercio electrónico entre empresarios: La formación y prueba del contrato electrónico (EDI)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martínez Nadal, Apol·lònia (2001). *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación* (3.ª ed.). Madrid: Civitas.

Martínez Nadal, Apol·lònia (2001). "El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el art. 46 LOCM". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 84, págs. 27-83).

Mateu de Ros, Rafael; Cendoya Méndez de Vigo, Juan Manuel (coords.) (2000). *Derecho de Internet: Contratación Electrónica y Firma Digital*. Elcano (Navarra): Aranzadi.

Mateu de Ros, Rafael; López-Monís Gallego, Mónica (coords.) (2003). *Derecho de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Miranda Serrano, Luís María (2006). "Protección del cliente electrónico como contratante a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista". *Cuadernos de Derecho y Comercio* (núm. 45, págs. 77-111).

Moro Almaraz, M. Jesús (dir.); **Aparicio Vaquero, Juan Pablo** (coord.) (2004). *Autores, consumidores y comercio electrónico*. Madrid: Colex.

Navas Navarro, Susana; Camacho Clavijo, Sandra (2016). *Mercado digital. Principios y reglas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Orduña, Javier; Aguilera, Gonzalo (dirs.); **Plaza, Javier; Balluguera, Carlos** (coords.) (2009). *Comercio, Administración y Registro electrónicos*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.

Orduña Moreno, Javier (dir.); **Campuzano Laguillo, Ana Belén; Plaza Penadés, Javier** (coords.) (2003). *Comercio electrónico y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Paniza Fullana, Antonia (2003). *Contratación a distancia y defensa de los consumidores*. Granada: Comares.

Peguera Poch, Miquel (2007). *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*. Granada: Comares.

Peguera Poch, Miquel (2013). "Publicidad online basada en comportamiento y protección de la privacidad". En: Artemi Rallo; Ricard Martínez (coords.). *Derecho y Redes Sociales* (2.ª ed. ampliada y actualizada, págs. 383-423). Madrid: Civitas.

Plaza Penadés, Javier (2003). "La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet y otras redes (su regulación en el Derecho comunitario y en la LSSICE)". En: Francisco Javier Orduña Moreno (dir.). *Contratación y comercio electrónico* (págs. 195-237). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ribas Alejandro, Javier (2003). *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

Rodríguez Molinero, Elena (2002). "Las relaciones comerciales por vía electrónica a la luz de la LSSI". *La Ley* (núm. VII, págs. 1639-1641).

Roselló Moreno, Rocío de (2001). *El comercio electrónico y la protección del consumidor*. Barcelona: Cedecs.

Sala i Andrés, Anna Maria (2000). "La autoría en las manifestaciones electrónicas". *La Ley* (núm. VI, págs. 1873-1879).

Torres Lana, José Ángel (2004). "Forma del negocio y nuevas tecnologías". *Revista de Derecho Privado* (julio-agosto, págs. 489-522).

Vattier Fuenzalida, Carlos (2002). "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico". *Anuario de Derecho Civil* (págs. 67-89).

Vázquez Ruano, Trinidad (2008). *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Madrid: Marcial Pons.

Vega Vega, José Antonio (2005). *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Madrid: Reus.

