

Serveis de la societat de la informació i comerç electrònic

Miquel Peguera

PID_00242364

Temps mínim previst de lectura i comprensió: **5 hores**



Índex

Introducció.....	5
Objectius.....	6
1. Règim general dels anomenats serveis de la societat de la informació.....	7
1.1. Noció legal de <i>serveis de la societat de la informació</i>	7
1.1.1. La definició dels serveis de la societat de la informació en la Directiva 98/34/CE	7
1.1.2. La noció de <i>serveis de la societat de la informació</i> en la Directiva sobre el comerç electrònic (DCE) i en la Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE)	11
1.2. “Àmbit coordinat” i principi de control en origen	13
1.3. Determinació del lloc d'establiment del prestador	15
1.4. Normes generals aplicables a la prestació de serveis de la societat de la informació	16
1.4.1. El principi de no-autorització prèvia	16
1.4.2. Restriccions a la prestació de serveis de la societat de la informació	16
1.4.3. Obligació de proporcionar determinada informació	19
1.4.4. Codis de conducta i sistemes alternatius de resolució de conflictes	20
2. Regles particulars aplicables als serveis d'intermediació.....	22
2.1. Deures de col·laboració	23
2.2. Deures d'informació en matèria de seguretat	25
2.3. Deure retenció de dades	25
2.4. Normes d'exclusió de responsabilitat	27
2.4.1. Característiques generals del sistema d'exclusió de responsabilitat	27
2.4.2. Supòsits i requisits per a l'exclusió de responsabilitat ...	32
2.4.3. El requisit de falta de coneixement efectiu en els supòsits de <i>hosting</i> i <i>linking</i>	36
2.4.4. Inexistència d'obligació general de supervisió	37
2.4.5. El principi de neutralitat en la jurisprudència del TJUE	38
3. Comerç i contractació electrònica.....	39
3.1. El principi d'equivalència funcional	39
3.2. Marc jurídic de la contractació electrònica	41

3.3. Comunicacions comercials per via electrònica i <i>cookies</i>	41
3.4. Obligacions d'informació precontractual	43
3.5. Moment i lloc de formalització del contracte	45
3.6. Regles per a la fase posterior a la contractació	47
3.7. El dret de desistiment	48
4. Infraccions i sancions	51
Bibliografia	53

Introducció

En aquest mòdul estudiarem alguns aspectes de la regulació de les activitats econòmiques que es duen a terme a Internet. Es tracta d'un amplí ventall de serveis que moltes vegades es presten a títol gratuït a l'usuari final. Pensem, per exemple, en els serveis de cerca que ofereix Google, les xarxes socials com Facebook o Twitter, els serveis de correu electrònic gratuït de prestadors de serveis com Yahoo o Microsoft, o de missatgeria com WhatsApp, els serveis de creació i allotjament de blogs com Wordpress o Blogger, les plataformes d'allotjament de vídeos com YouTube o Vimeo, etc. A pesar que aquests serveis (almenys en la versió bàsica) no exigeixen cap contraprestació a l'usuari, és clar que constitueixen activitats econòmiques, amb les quals el prestador guanya diners (normalment per mitjà de la publicitat) o bé espera guanyar-ne en el futur, una vegada hagi aconseguit una massa crítica d'usuaris. Tots ells són **"serveis de la societat de la informació"**, com ho són, sempre que tinguin naturalesa econòmica, el subministrament d'informació per mitjà d'Internet, la contractació de béns i serveis per via electrònica (comerç electrònic), la provisió d'accés a Internet, els serveis d'allotjament de dades, etc. En termes generals (amb els matisos que després apuntarem), constitueix un servei de la societat de la informació qualsevol servei que es presti per mitjà d'Internet (o d'altres xarxes electròniques) i representi per al prestador una activitat de caràcter econòmic.

Amb l'objectiu de facilitar la prestació efectiva d'aquests serveis, i la seva lliure circulació en el si de la Unió Europea, es va dictar la Directiva 2000/31/CE, de 8 de juny de 2000, "relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic al mercat interior (Directiva sobre el comerç electrònic)" (DO núm. L 178, de 17 de juliol). Aquesta directiva va ser objecte de transposició a l'ordenament espanyol per mitjà de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE). Aquesta llei serà la referència principal d'aquest mòdul, si bé també tindrem en compte altres normes complementàries que són rellevants per al desenvolupament d'activitats comercials a Internet.

Objectius

Els objectius principals d'aquest mòdul són els següents:

1. Comprendre el significat i l'abast de la noció de *serveis de la societat de la informació*.
2. Comprendre el sistema de control en origen que el dret comunitari estableix en relació amb els serveis de la societat de la informació.
3. Conèixer els requeriments legals per a la prestació d'aquests serveis, i els deures que s'imposen als prestadors, en particular als prestadors de serveis d'intermediació.
4. Conèixer i entendre la finalitat i el funcionament de les exempcions de responsabilitat que la LSSICE atorga en relació amb la prestació de determinats serveis d'intermediació.
5. Examinar el sistema de prohibició d'enviament de comunicacions comercials no sol·licitades.
6. Conèixer les normes bàsiques que la LSSICE estableix en matèria de contractació electrònica.

1. Règim general dels anomenats serveis de la societat de la informació

1.1. Noció legal de serveis de la societat de la informació

La Comissió Europea va prestar des del principi una gran atenció al nou fenomen dels serveis prestats per mitjà de les xarxes digitals i va posar un interès particular a evitar que les normes que els diversos estats membres poguessin dictar en relació amb aquest tipus de serveis donessin lloc a divergències susceptibles de perjudicar la realització de l'objectiu d'integració econòmica i de lliure prestació de serveis en el si de la Unió.

Com és obvi, qualsevol intervenció legislativa en relació amb els nous serveis requeria com a element previ establir-ne una definició legal que permetés diferenciar-los respecte de prestacions d'una altra naturalesa. D'aquesta manera es va encunyar la denominació de *serveis de la societat de la informació* i se'n van dibuixar els perfils essencials.

El camí de l'harmonització normativa en aquest camp es va iniciar amb l'exigència que els estats membres comunicessin a la Comissió Europea els projectes de reglamentacions que incidissin de manera directa sobre aquest tipus de serveis, a fi que la Comissió pogués valorar la necessitat d'establir algun tipus de normativa d'harmonització dels diferents ordenaments. Aquesta obligació es va establir en una directiva de 1998¹, en la qual també es va fixar la definició dels *serveis de la societat de la informació*. Posteriorment, la Directiva sobre el comerç electrònic, de 8 de juny de 2000, prenent com a base la mateixa definició, va establir una sèrie de regles que configuren la disciplina jurídica bàsica d'aquests serveis.

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

1.1.1. La definició dels serveis de la societat de la informació en la Directiva 98/34/CE

La definició legal de *serveis de la societat de la informació* (SSI) es va establir en la Directiva 98/34/CE, en la versió resultant de la modificació operada per la Directiva 98/48/CE. Després d'aquesta modificació, el títol de la Directiva 98/34/CE, va quedar redactat en aquests termes:

“Directiva del Parlament Europeu i del Consell, per la qual s'estableix un procediment d'informació en matèria de les normes i reglamentacions tècniques i de les regles relatives als serveis de la societat de la informació”.

És l'article 1.2 de la directiva modificada el que proporciona la noció de *servei de la societat de la informació* (SSI), que es defineix com “tot servei prestat normalment a canvi d'una remuneració, a distància, per via electrònica i a petició individual d'un destinatari de serveis”.

La definició es completa amb una breu explicació del significat de cadascuna d'aquestes notes –excepte la relativa al caràcter normalment remunerat del servei– i amb una llista merament indicativa de supòsits que es declaren expressament no coberts per la definició. Vegem a continuació l'abast de cadascuna de les notes caracteritzadores, seguint l'ordre en què s'esmenten en el precepte legal.

a) Serveis prestats “normalment a canvi d'una remuneració”

Amb la nota que es tracta de serveis prestats “normalment a canvi d'una remuneració” es vol indicar que ha de tractar-se d'activitats econòmiques, és a dir, activitats que persegueixin un benefici econòmic, encara que no es prestin a canvi d'un pagament realitzat per l'usuari. La falta de remuneració per part del destinatari no impedeix que, des de la perspectiva del prestador, el servei constitueixi una activitat econòmica que pugui donar lloc a ingressos indirectes, com els derivats de la publicitat. La necessitat de limitar la noció als serveis de naturalesa econòmica deriva del concepte de *servei* que empra l'actual article 57 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea i de la seva interpretació per la jurisprudència comunitària, en el sentit de prestacions realitzades normalment a canvi d'una remuneració (cf. considerant 19 de la Directiva 98/48/CE).

En el considerant 18, la Directiva sobre el comerç electrònic, que fa seva la noció legal de SSI establerta en la Directiva 98/48/CE, precisa que aquests serveis “no es limiten únicament a serveis que donen lloc a la contractació en línia, sinó també, en la mesura en què representen una activitat econòmica, són extensius a serveis no remunerats pels seus destinataris”.

No és fàcil determinar fins a quin punt un servei determinat és de caràcter econòmic. El criteri de l'obtenció d'ingressos indirectes mitjançant la publicitat és útil, per exemple, per a apreciar la naturalesa econòmica de l'activitat d'un cercador com Google. No obstant això, és dubtós, per exemple, que una pàgina web personal hagi de considerar-se un servei “normalment remunerat” pel simple fet d'incloure algun *bàner* publicitari, o un servei d'anuncis com el generat pel programa *AdSense* de Google, amb el qual el titular d'aquesta pàgina paga el preu de l'allotjament en el servidor.

Des d'un punt de vista substantiu, les conseqüències del fet que una determinada activitat resulti qualificada com a SSI es concreten en l'aplicabilitat de les normes que estableix la Directiva sobre el comerç electrònic, de 8 de juny de 2000 (DCE), que de moment constitueix el conjunt principal de regles que disciplinen la prestació dels SSI.

Exclusions de responsabilitat

En línia de principi, sembla lògic que els serveis que no constitueixin una activitat econòmica no quedin subjectes al compliment de les obligacions que la DCE estableix per

als SSI. Com veurem, cal dir el mateix respecte de la Llei de transposició, Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE).

Ara bé, en la mateixa DCE també es concedeixen una sèrie d'exclusions de responsabilitat. Tenint en compte que la delimitació de l'àmbit d'aplicació material de la DCE es construeix sobre la noció de SSI, les exclusions de responsabilitat només són aplicables als serveis que reuneixen els requisits que exigeix la definició de SSI. En conseqüència, les activitats que manquen de caràcter econòmic en principi no poden invocar les exempcions de responsabilitat de la Directiva. I, no obstant això, des del punt de vista del fonament o racionalitat de l'exempció, no hi ha res que justifiqui que els serveis que no tinguin caràcter econòmic hagin de quedar privats del benefici de l'exempció. Aquesta dificultat ha de solucionar-se en l'àmbit dels drets interns dels estats membres. Així ho ha fet, per exemple, el legislador austríac, que en el § 19 de la Llei de transposició de la DCE a l'ordenament intern (152. *Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte donis elektronischen Geschäftsun Rechtsverkehrs geregelt (I-Commerce-Gesetz – ECG) und dones Signaturgesetz sowie die Zivilprozessordnung geändert werden*) ha optat per declarar expressament que els preceptes relatius a les exempcions de responsabilitat també són aplicables als serveis de caràcter gratuït. No obstant això, en la majoria dels estats membres no s'ha adoptat cap previsió sobre aquest tema. Tanmateix, és plausible que en molts casos pugui acudir-se a l'expedient de l'aplicació analògica per atorgar les exempcions també a les activitats que en mancar de caràcter econòmic queden fora de la noció de SSI.

b) Serveis prestats “a distància”

La nota de la prestació a distància no revesteix cap dificultat particular. Respecte a això, l'article 1.2 de la Directiva 98/48/CE indica que s'entén per *servei prestat “a distància”* un servei prestat sense que les parts estiguin presents simultàniament.

Serveis no prestats per la distància

En l'annex V.1 de la Directiva s'assenyala que no són serveis prestats a distància els que es presten “en presència física del prestador i del destinatari, encara que impliquin la utilització de dispositius electrònics”, i com a tals s'esmenten expressament, sense caràcter exhaustiu, els supòsits següents: “a) revisió mèdica o tractament en la consulta d'un metge amb utilització d'equip electrònic, però amb la presència física del pacient; b) consulta en la tenda d'un catàleg electrònic en presència física del client; c) reserva de bitllets d'avió per mitjà d'una xarxa d'ordinadors realitzada en una agència de viatges en presència física del client; d) jocs electrònics en un saló recreatiu en presència física de l'usuari”.

c) Serveis prestats “per via electrònica”

L'article 1.2 de la Directiva 98/48/CE indica el sentit d'aquesta nota definitiva dels SSI, assenyalant que s'entén per *servei prestat “per via electrònica”* “un servei enviat des de la font i rebut pel destinatari mitjançant equips electrònics de tractament (inclosa la compressió digital) i d'emmagatzematge de dades i que es transmet, es canalitza i es rep completament per fils, ràdio, mitjans òptics o qualsevol altre mitjà electromagnètic”. Es tracta, per tant, d'un concepte molt ampli, que, no obstant això, permet descartar certs serveis. Com a exemple, l'annex V.2 de la mateixa Directiva assenyala expressament una sèrie de supòsits que no reuneixen la característica de prestació per via electrònica.

Serveis no prestats per via electrònica

Aquests supòsits s'agrupen en tres blocs. En primer lloc, els serveis “el contingut dels quals és material, encara que es prestin utilitzant dispositius electrònics”. S'indiquen com a exemples d'aquests casos la “expedició automàtica de bitllets (bitllets de banc, bitllets de ferrocarril)”, i l’“accés a xarxes de carretera, aparcaments, etc. de pagament, encara que en les entrades o sortides hi hagi dispositius electrònics que controlin l'accés o assegurin el pagament adequat”.

En segon lloc, tampoc no es consideren prestats “per via electrònica” els serveis fora de línia (*off-line*), i s’esmenta expressament el supòsit de “distribució de CD-ROM o de programes informàtics en disquets”.

Finalment, es declaren no coberts per la definició de SSI una sèrie de serveis que la Directiva considera “no prestats per mitjà de sistemes electrònics de tractament o emmagatzematge de dades”. Els serveis que aquí s’esmenten com a exemples, sempre amb caràcter merament enunciatiu, són els serveis de telefonia vocal, els serveis de fax i tèlex, els serveis prestats per mitjà de telefonia vocal o fax, la consulta mèdica per telèfon o fax, la consulta jurídica per telèfon o fax, i el màrqueting directe per telèfon o fax.

d) Serveis prestats “a petició individual d’un destinatari de serveis”

L’última nota definitòria dels SSI diu que es tracta de serveis prestats “a petició individual d’un destinatari de serveis”. L’aclariment que la Directiva ofereix sobre aquest punt no fa una altra cosa que precisar que la petició individual es refereix a la transmissió de les dades: s’entén per *servei prestat “a petició individual d’un destinatari de serveis”*, “un servei prestat mitjançant transmissió de dades a petició individual”.

L’objectiu que s’amagadarrere d’aquest requisit és excloure de la noció de SSI els serveis que no es presten mitjançant una comunicació individual (punt a punt), sinó per via de radiodifusió (*broadcasting*) tant sonora com televisiva. És clar que la pretensió obeeix a determinades consideracions de política jurídica que haurien aconsellat mantenir una disciplina específica per als serveis de radiodifusió, especialment per a la radiodifusió televisiva (entre altres, la necessitat de protegir el pluralisme de les fonts d’informació i la varietat i qualitat dels continguts, tenint en compte el nombre limitat d’emissores en funcionament, o la protecció dels menors mitjançant la prohibició d’emetre determinats continguts perjudicials en franges horàries concretes), i que mancarien de sentit per a informar la regulació dels serveis prestats en línia, política jurídica.

Convergència tecnològica

No obstant això, aquesta perspectiva es troba en crisi com a conseqüència de la convergència tecnològica, com es posa de manifest en la **Directiva 2010/13/UE, de 10 de març, de serveis de comunicació audiovisual** (actualment en procés de revisió). En efecte, la prestació de serveis audiovisuals a petició individual per Internet i les activitats tradicionals de radiodifusió televisiva presenten elements en comú que, en honor de la seguretat jurídica, requereixen un tractament unitari. En el considerant 11, aquesta Directiva assenyala que “és necessari, per a evitar el falsejament de la competència, millorar la seguretat jurídica, contribuir a la plena realització del mercat interior i facilitar la creació d’un espai únic d’informació, almenys un conjunt bàsic de normes coordinades, que s’apliquin a tots els serveis de comunicació audiovisual, tant als de radiodifusió televisiva (serveis de comunicació audiovisual lineals) com als **serveis de comunicació audiovisual a petició (serveis de comunicació audiovisual no lineals)**”. Aquesta nova categoria de serveis de comunicació audiovisual “no lineals” o “a petició”, es defineix com “un servei de comunicació audiovisual ofert per un prestador del servei de comunicació per veure programes en el moment triat per l’espectador i a petició pròpia sobre la base d’un catàleg de programes seleccionat pel prestador del servei de comunicació” (art. 1.g) Directiva 2010/13/UE).

1.1.2. La noció de serveis de la societat de la informació en la Directiva sobre el comerç electrònic (DCE) i en la Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE)

D'acord amb l'article 2, a l'efecte de la DCE, s'entenen per "serveis de la societat de la informació" els "serveis en el sentit de l'apartat 2 de l'article 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada per la Directiva 98/48/CE". Es tracta, per tant, de la mateixa noció que hem examinat en el subapartat anterior.

En el considerant 18, la DCE proporciona una sèrie d'indicacions que il·lustren l'amplitud del concepte:

"Els serveis de la societat de la informació cobreixen una àmplia varietat d'activitats econòmiques que es desenvolupen en línia; aquestes activitats en particular consisteixen en la venda de mercaderies en línia. Les activitats com el lliurament de mercaderies en si mateixa o la prestació de serveis fora de la línia no estan cobertes. Els serveis de la societat de la informació no es limiten únicament a serveis que donen lloc a la contractació en línia, sinó també, en la mesura en què representen una activitat econòmica, són extensius a serveis no remunerats pels destinataris, com els que consisteixen a oferir informació en línia o comunicacions comercials, o els que ofereixen instruments de cerca, accés i recopilació de dades. Els serveis de la societat de la informació també cobreixen serveis consistents a transmetre informació per mitjà d'una xarxa de comunicació, o albergar informació oferta pel destinatari del servei. [...] els serveis que es transmeten entre dos punts, com el vídeo a la carta o l'enviament de comunicacions comercials per correu electrònic, són serveis de la societat de la informació. L'ús del correu electrònic o, per exemple, de sistemes equivalents de comunicació entre individus, per part de persones físiques que actuen fora de la seva professió, negoci o activitat professional, fins i tot quan els usen per a formalitzar contractes entre ells, no constitueixen un servei de la societat de la informació. La relació contractual entre un empleat i l'empresari no és un servei de la societat de la informació; les activitats que per la seva pròpia naturalesa no poden dur-se a terme a distància ni per mitjans electrònics, com el control legal de la comptabilitat de les empreses o l'assessorament mèdic que requereix el reconeixement físic d'un pacient, no constitueixen serveis de la societat de la informació."

Com és lògic, i així ho adverteix el considerant transcrit, l'activitat física de lliurament de mercaderies, que no es realitza en línia, no constitueix un servei de la societat de la informació, ja que no es realitza "a distància" i "per via electrònica".

D'altra banda, la mera comunicació efectuada per via electrònica entre dues persones que actuen fora de la seva professió, negoci o activitat professional no significa que s'estiguin prestant mútuament serveis de la societat de la informació, i així la Directiva exclou expressament aquest supòsit del concepte de SSI, ja que en aquest cas no tindria sentit exigir el compliment dels requisits que s'exigeixen al prestador de serveis de la societat de la informació.

En la seva exposició de motius, la LSSICE, que s'encarrega de dur a terme la transposició de la Directiva 2000/31, afirma que s'ha volgut adoptar un concepte ampli de *serveis de la societat de la informació*:

“En la Llei, s’acull un concepte ampli de “serveis de la societat de la informació”, que engloba, a més de la contractació de béns i serveis per via electrònica, el subministrament d’informació per aquest mitjà (com el que efectuen els periòdics o revistes que poden trobar-se a la xarxa), les activitats d’intermediació relatives a la provisió d’accés a la xarxa, a la transmissió de dades per xarxes de telecomunicacions, a la realització de còpia temporal de les pàgines d’Internet sol·licitades pels usuaris, a l’allotjament en els propis servidors d’informació, serveis o aplicacions facilitats per altres o a la provisió d’instruments de cerca o d’enllaços a altres llocs d’Internet, així com qualsevol altre servei que es presti a petició individual dels usuaris (descàrrega d’arxius de vídeo o àudio...), sempre que representi una activitat econòmica per al prestador. Aquests serveis són oferts pels operadors de telecomunicacions, els proveïdors d’accés a Internet, els portals, els motors de cerca o qualsevol altre subjecte que disposi d’un lloc a Internet des del qual dugui a terme alguna de les activitats indicades, inclòs el comerç electrònic.”

En realitat, el concepte no és més ampli del que ja es recollia en la Directiva, perquè, com ja hem vist, el subministrament d’informació per mitjà de la Xarxa, si constitueix una activitat econòmica per al prestador, també es considera un SSI (cf. considerant 18 DCE), igual que la resta dels serveis que s’esmenten en el paràgraf transcrit de l’exposició de motius de la LSSICE, que també entren sense problemes en el concepte de SSI que adopta la Directiva.

La LSSICE incorpora un annex amb definicions. Allà defineix explícitament què s’ha d’entendre per *serveis de la societat de la informació* a l’efecte de la mateixa Llei:

“[...] tot servei prestat normalment a títol onerós, a distància, per via electrònica i a petició individual del destinatari.

El concepte de servei de la societat de la informació també comprèn els serveis no remunerats pels destinataris, en la mesura en què constitueixen una activitat econòmica per al prestador de serveis.”

Aquesta definició, que s’ajusta perfectament al concepte de la DCE, es completa amb una llista d’exemples que la LSSICE qualifica expressament com a SSI, sempre que representin una activitat econòmica. Són els següents:

“1r. La contractació de béns o serveis per via electrònica.

2n. L’organització i gestió de subhastes per mitjans electrònics o de mercats i centres comercials virtuals.

3r. La gestió de compres a la Xarxa per grups de persones.

4t. L’enviament de comunicacions comercials.

5è. El subministrament d’informació per via telemàtica.

6è. El vídeo per encàrrec, com a servei en què l’usuari pot seleccionar, a través de la Xarxa, tant el programa desitjat com el moment del seu subministrament i recepció, i, en general, la distribució de continguts amb la petició individual prèvia.”

Per acabar de tancar el concepte, la mateixa definició continguda en l’annex diu que no constituïran SSI els serveis que no reuneixin les característiques ja esmentades (prestació normalment a títol onerós, a distància, per via electrònica i a petició individual del destinatari), i recull com a exemples de serveis que no seran SSI bàsicament els mateixos exemples que ja recollia l’annex de la Directiva 98/34 i que hem exposat anteriorment (serveis prestats per telefonia vocal, fax, tèlex; serveis de radiodifusió televisiva; serveis de radiodifu-

sió sonora; teletext televisiu i altres serveis equivalents, com les guies electròniques de programes). També disposa expressament que no es considera SSI l'intercanvi d'informació mitjançant correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, per a finalitats que no estiguin relacionades amb l'activitat econòmica dels que els utilitzen (com ja havia indicat el considerant 18 DCE).

Així mateix, la LSSICE exclou del seu àmbit d'aplicació certs serveis de la societat de la informació. Així, la Llei no és aplicable als "serveis prestats per notaris i registradors de la propietat i mercantils en l'exercici de les seves respectives funcions públiques", ni tampoc als "serveis prestats per advocats i procuradors en l'exercici de les seves funcions de representació i defensa en judici" (cf. art. 7 LSSICE).

1.2. "Àmbit coordinat" i principi de control en origen

Amb l'objectiu de promoure la lliure circulació de serveis de la societat de la informació, la Directiva sobre el comerç electrònic tracta d'evitar que els estats estableixin restriccions a la prestació de serveis procedents d'altres estats membres. Per a això delimita un conjunt determinat de matèries, denominat *àmbit normatiu coordinat*, en què, llevat d'excepcions, l'estat de destinació no pot imposar restriccions.

Aquest "àmbit normatiu coordinat" està constituït pels requisits que qualsevol llei imposi als prestadors de serveis de la societat de la informació en relació amb els aspectes següents (cf. art. 2.h DCE i annex de definicions de la LSSICE, lletra i):

a) L'inici de l'activitat (per exemple, les titulacions professionals, la publicitat registral, les autoritzacions, qualificacions o notificacions que siguin preceptives en funció de l'activitat concreta que es vulgui prestar en Xarxa).

b) L'exercici de l'activitat (per exemple, els requisits referents a la manera d'actuar del prestador, la qualitat o contingut del servei, la publicitat, la contractació per via electrònica i la responsabilitat).

En canvi, no formen part de l'àmbit coordinat els requisits referents a les mercaderies en si mateixes, ni els referents al seu lliurament (cf. cdo. 21 i art. 2.h DCE), ni tampoc, naturalment, els serveis que no es prestin per mitjans electrònics, perquè, de fet, aquests no són en absolut serveis de la societat de la informació.

El control del compliment d'aquesta normativa constitutiva de l'“àmbit normatiu coordinat” correspon a l'estat membre on es trobi establert el prestador del servei (cf. art. 3.1 DCE i 7 LSSICE). S'estableix així un **principi de control en origen** (cf. considerant 22 DCE), de manera que els altres estats no poden restringir (per raons derivades de l'àmbit normatiu coordinat) la prestació de SSI procedents d'un prestador establert en un estat membre de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu (cf. art. 7 LSSICE i 3.2 DCE).

L'objectiu d'aquest sistema és, doncs, facilitar la lliure circulació dels serveis, de manera que per al prestador del servei sigui suficient tenir en compte la legislació del seu país d'origen en relació amb les matèries que integren l'àmbit coordinat. Ara bé, aquest principi –que implica que l'estat de destinació del servei ha de confiar que ja s'ha superat el control en origen i, per tant, no pot restringir la prestació del servei– té importants excepcions, previstes en la mateixa Directiva (cf. art. 3 DCE).

D'una banda, el principi de no-restricció dels SSI procedents d'un altre estat membre per raons inherents a l'àmbit normatiu coordinat no és aplicable en determinades matèries quan el destinatari dels serveis estigui a Espanya. La LSSICE indica concretament les següents:

- a) drets de propietat intel·lectual o industrial,
- b) emissió de publicitat per institucions d'inversió col·lectiva,
- c) activitat d'assegurança directa efectuada en règim de dret d'establiment o en règim de lliure prestació de serveis,
- d) obligacions nascudes dels contractes entre persones físiques que tinguin la condició de consumidors,
- e) règim d'elecció per les parts contractants de la legislació aplicable al seu contracte, i
- f) licitud de les comunicacions comercials no sol·licitades i remeses per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent.

En totes aquestes matèries, els prestadors de serveis establerts en altres països de la UE o de l'EEE quedaran subjectes a la llei espanyola si el destinatari està a Espanya. Tanmateix, s'exceptuen els casos en què, de conformitat amb les pròpies normes reguladores d'aquestes matèries, la llei del país de residència o establiment del destinatari del servei no sigui aplicable. A més, i en tot cas,

la constitució, transmissió, modificació i extinció de drets reals sobre béns immobles situats a Espanya s'han de subjectar als requisits formals de validesa i eficàcia que estableix l'ordenament jurídic espanyol (cf. art. 3 LSSICE).

D'altra banda, és possible imposar restriccions respecte d'un determinat SSI procedent d'un altre estat quan atempti o pugui atemptar contra els principis que enumera l'article 8 LSSICE. Aquestes restriccions poden adoptar-se també respecte de serveis de la societat de la informació procedents d'un prestador establert a Espanya, de manera que les analitzarem més endavant, en tractar de les regles generals relatives a la prestació de serveis de la informació.

Apuntem aquí tan sols que la LSSICE preveu que per a l'adopció de les mesures en relació amb prestadors establerts en un país de la UE o de l'EEE diferent d'Espanya, l'òrgan competent, en primer lloc, ha de requerir l'estat d'establiment perquè adopti les mesures oportunes. Si aquest no les adopta o són insuficients, l'òrgan espanyol competent ha de notificar primer a la Comissió Europea o al Comitè Mixt de l'EEE, i a l'estat corresponent, les mesures que es disposi a adoptar, excepte en els casos d'urgència, per als quals es preveu la possibilitat d'adoptar les mesures i realitzar la comunicació amb posterioritat, dins del termini màxim de quinze dies.

1.3. Determinació del lloc d'establiment del prestador

El sistema de control en origen parteix de la base que al prestador establert en un estat membre se li aplicarà la legislació nacional d'aquest estat.

L'aplicabilitat de la legislació d'un estat concret a un prestador es basa en la noció d'*establiment*. Així, la LSSICE és aplicable:

- a) als prestadors establerts a Espanya i als serveis prestats per ells, i
- b) als serveis de la societat de la informació que els prestadors residents o domiciliats en un altre estat membre ofereixin per mitjà d'un establiment permanent situat a Espanya (cf. art. 2 LSSICE).

Per *prestadors establerts a Espanya*, la LSSICE entén els que tenen la residència o domicili social al territori espanyol, sempre que coincideixi amb el lloc on la gestió administrativa i l'adreça dels seus negocis estigui efectivament centralitzada. En cas contrari, s'ha de tenir en compte el lloc en el qual es dugui a terme aquesta gestió o adreça (art. 2.1.II LSSICE).

Per *prestadors amb establiment permanent al territori espanyol*, la LSSICE entén els que disposen a Espanya, de manera continuada o habitual, d'instal·lacions o llocs de treball onduguin a terme tota o part de la seva activitat (art. 2.2.II LSSICE).

S'estableix la presumpció que un prestador està establert a Espanya quan el mateix prestador o alguna de les seves sucursals s'hagi inscrit en un registre mercantil espanyol o en un altre registre públic espanyol en el qual sigui ne-

cessària la inscripció per a l'adquisició de personalitat jurídica. Ara bé, l'ús de mitjans tecnològics situats a Espanya per a la prestació o l'accés al servei no serveix com a criteri per a determinar, per si sol, l'establiment a Espanya del prestador (cf. art. 2.3 LSSICE). Per tant, no és suficient, per exemple, que els servidors estiguin físicament situats en territori espanyol.

La Llei preveu igualment que les seves disposicions són aplicables als prestadors establerts en països que no siguin membres de la Unió Europea o de l'Espai Econòmic Europeu que dirigeixin els seus serveis específicament al territori espanyol, sempre que amb això no es contravingui el que disposen tractats o convenis internacionals aplicables (cf. art. 4 LSSICE).

1.4. Normes generals aplicables a la prestació de serveis de la societat de la informació

La LSSICE estableix un conjunt de regles –molt poques– que són aplicables de manera general a la prestació de serveis de la societat de la informació, amb independència del tipus de servei que es presti. Aquestes regles generals es refereixen al principi de no-autorització prèvia (art. 6 LSSICE), al principi ja vist de control en origen (art. 7 LSSICE), a la possibilitat d'imposar restriccions per a la salvaguarda de determinats interessos generals (art. 8 LSSICE) i a l'obligació d'oferir certa informació sobre la identitat del prestador (art. 10 LSSICE). Altres obligacions, com les que estableixen els articles 11 i 12*bis* LSSICE, es refereixen només a una categoria determinada de prestadors, els prestadors de “serveis d'intermediació”, als quals ens referirem en l'apartat següent. També per a aquests últims prestadors estan concebudes les normes especials en matèria de responsabilitat dels articles 13 a 17 LSSICE.

1.4.1. El principi de no-autorització prèvia

La prestació de serveis de la societat de la informació no està subjecta a cap autorització prèvia (cf. art. 6 LSSICE). No obstant això, com és lògic, sí són exigibles les autoritzacions que preveu l'ordenament i que responen al tipus concret d'activitat que es vulgui realitzar en línia. El que no s'exigeix és una autorització específica pel fet que una activitat determinada es vulgui dur a terme en línia i constitueixi un servei de la societat de la informació. Tampoc no es crea un registre especial de prestadors de serveis de la societat de la informació.

1.4.2. Restriccions a la prestació de serveis de la societat de la informació

La Directiva sobre el Comerç Electrònic permet, com a excepció al principi de control en origen, que els estats membres imposin restriccions als serveis procedents d'altres estats de la UE o de l'EEE quan atemptin contra determinats principis o presentin un risc “seriós i greu” d'anar en detriment d'aquests. Les mesures de restricció han de ser necessàries per a la protecció d'aquests prin-

cipis i resultar proporcionades. Entre aquests principis, la Directiva enumera l'ordre públic, la protecció de menors, la dignitat humana, la salut i la seguretat públiques o la protecció dels consumidors (cf. art. 3.4 DCE). La LSSICE recull aquesta possibilitat d'establir mesures de restricció en l'article 8:

“1. En cas que un determinat servei de la societat de la informació atempti o pugui atemptar contra els principis que s'expressen a continuació, els òrgans competents per a la seva protecció, en exercici de les funcions que tinguin legalment atribuïdes, podran adoptar les mesures necessàries perquè s'interrompi la seva prestació o per retirar les dades que els vulneren. Els principis als quals al·ludeix aquest apartat són els següents:

- a) La salvaguarda de l'ordre públic, la recerca penal, la seguretat pública i la defensa nacional.
- b) La protecció de la salut pública o de les persones físiques o jurídiques que tinguin la condició de consumidors o usuaris, fins i tot quan actuïn com a inversors.
- c) El respecte a la dignitat de la persona i al principi de no-discriminació per motius de raça, sexe, religió, opinió, nacionalitat, discapacitat o qualsevol altra circumstància personal o social.
- d) La protecció de la joventut i de la infància.
- e) La salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual.”

El precepte estableix que aquestes restriccions puguin ser adoptades respecte de qualsevol servei de la societat de la informació, incloent, per tant, els procedents de prestadors establerts a Espanya. Certament, això no constitueix una extralimitació en la transposició, ja que, al cap i a la fi, són les normes nacionals les que regeixen la prestació de serveis per part d'operadors establerts en cada estat, i no sembla que hagi d'haver-hi cap obstacle perquè els límits que l'estat imposi als serveis procedents de tercers països –com a excepció al principi de control en origen– s'apliquin també als prestats en l'àmbit local.

El precepte es refereix als “òrgans competents” per a la protecció dels principis enunciats. Per tant, no es limita als òrgans judicials, sinó que també inclou els de naturalesa administrativa que tinguin encomanadalegalment la protecció d'aquests principis. Aquests òrgans² poden adoptar les mesures que preveu aquest article per a serveis de la societat de la informació que atemptin o pugui atemptar contra aquests béns. La LSSICE no atribueix a les autoritats administratives una competència general per a vetllar per la licitud dels serveis de la societat de la informació. El que estableix és que els òrgans que ja tinguin encomanada la protecció administrativa dels principis indicats poden, precisament “en exercici de les funcions que tinguin legalment atribuïdes”, adoptar les mesures que preveu l'article, és a dir, “les necessàries perquè s'interrompi [la] prestació [del servei] o per a retirar les dades que [...] vulneren” aquests principis. Per tant, la competència per a la salvaguarda en via administrativa del principi de què es tracta ha d'estar conferida per l'ordenament. El que afegeix la LSSICE és la precisió que, entre les mesures que aquests òrgans estaran autoritzats a adoptar per a complir amb les seves funcions, també hi ha les d'ordenar la suspensió del servei o la retirada de continguts.

Llei Sínde

L'anomenada Llei Sínde (disposició final 43a. de la Llei 2/2011, d'economia sostenible) va afegir a l'article 8.1 LSSICE un principi, la vulneració del qual permet acordar la interrupció del servei o la retirada de dades. Es tracta de la nova lletra e): "la salvaguarda dels drets de propietat intel·lectual", que no constava en el text original de la LSSICE.

⁽²⁾Per exemple, els que tinguin competència per a actuar en via administrativa en matèria de protecció de la salut o dels consumidors.

Ara bé, els òrgans administratius en cap cas no poden actuar en perjudici de les competències que de manera exclusiva corresponen a l'autoritat judicial. Així, el mateix article 8 LSSICE recalca que les mesures que estan reservades al poder judicial només poden ser adoptades per aquest, la qual cosa en certa manera no deixa de ser una obvietat. El precepte ho expressa en els termes següents:

“En tots els casos en els quals la Constitució i les lleis reguladores dels drets i llibertats respectius així ho prevegin de forma excoent, només l'autoritat judicial competent pot adoptar les mesures previstes en aquest article, com a garant del dret a la llibertat d'expressió, del dret de producció i creació literària, artística, científica i tècnica, la llibertat de càtedra i el dret d'informació” (art. 8.1.III LSSICE).

Aquest apartat deixa veure la preocupació del legislador per deixar clar que la possibilitat d'imposar restriccions a la prestació de serveis de la societat de la informació no pot anar en detriment de l'exercici dels drets i llibertats enunciats aquí, que no són altres que els que reconeix i protegeix l'article 20.1 de la Constitució espanyola (CE). En tot cas, l'àmbit que ha de quedar reservat a les autoritats judicials, i en conseqüència el camp d'actuació correlatiu dels òrgans administratius, no sembla fàcil de delimitar en la pràctica, atesa l'íntima connexió amb la llibertat d'expressió i informació que en molts casos presentaran els serveis de la societat de la informació, en particular els prestats per mitjà de pàgines web.

La redacció actual d'aquest apartat 8.1.III LSSICE es deu a la Llei 56/2007, de 28 de desembre, de mesures d'impuls de la societat de la informació. Amb aquesta nova redacció, el precepte es refereix ara als casos en què la Constitució o les lleis prevegin la competència de les autoritats judicials “de manera excoent”, matís clau que no constava en el text original. A més, introdueix l'esment exprés del conjunt ja vist de drets i llibertats, que són fonamentalment els que una activitat restrictiva extralimitada posaria en perill. En enumerar els drets i llibertats de l'article 20.1 de la Constitució i fer referència a la competència exclusiva de l'autoritat judicial per a adoptar determinades mesures de restricció, es fa una clara remissió a l'apartat 5 del mateix article 20 CE, segons el qual “[s]ols podrà acordar-se el segrest de publicacions, enregistraments i altres mitjans d'informació en virtut d'una resolució judicial”.

Precisament en aquesta mateixa línia, l'apartat 6 del mateix article 8 LSSICE estableix que “en tot cas, [l]es mesures de restricció que s'adoptin a l'empara d'aquest article, han de complir les garanties i els requisits previstos en els apartats 3 i 4 de l'article 11 d'aquesta Llei”. Doncs bé, l'article 11.3 LSSICE, encara que en l'essencial constitueix una reiteració literal de l'article 8.1.III LSSICE, inclou un últim incís que fa explícita la remissió a l'article 20.5 CE, en assenyalar que “[e]n particular, l'autorització del segrest de pàgines d'Internet o de la seva restricció quan aquesta afecti els drets i llibertats d'expressió i informació i altres emparats en els termes que estableix l'article 20 de la Constitució solament pot ser decidida pels òrgans jurisdiccionals competents”. D'altra banda, la referència a l'article 11.4 LSSICE constitueix una nova cautela o garantia per a evitar mesures de restricció excessives o arbitràries, en exigir que aquestes siguin “objectives, proporcionades i no discriminatòries” i que s'adoptin “conforme als procediments administratius establerts legalment o als que prevegi la legislació processal que correspongui”.

Aquestes cauteles són en certa manera redundants amb les que ja preveu el mateix article 8 LSSICE, en disposar que “[e]n l'adopció i compliment de les mesures de restricció a què fa referència aquest apartat s'han de respectar, en tot cas, *les garanties, normes i procediments que preveu l'ordenament jurídic* per protegir els drets a la intimitat personal i familiar, a la protecció de les dades personals, a la llibertat d'expressió o a la llibertat d'informació,

quan aquests poguessin resultar afectats” (art. 8.1.ii LSSICE). Per descomptat, les garanties, normes i procediments ja previstos en l’ordenament jurídic estan per a respectar-se, amb la qual cosa el valor d’aquesta declaració no sembla que passi d’un mer recordatori, potser d’intenció didàctica, per a fer explícit que no cal imposar mesures que impliquin una vulneració d’aquells drets i llibertats.

Identificació del responsable del servei

L’anomenada Llei Sínde (disposició final 43a. de la Llei 2/2011, d’Economia Sostenible), va afegir un nou apartat a l’article 8 per facilitar la identificació del prestador del servei de la societat de la informació que pugui estar vulnerant algun dels principis que s’indiquen en l’art. 8.1 LSSICE. El nou apartat (art. 8.2 LSSICE), disposa:

“2. Els òrgans competents per adoptar les mesures a què es refereix l’apartat anterior, a fi d’identificar el responsable del servei de la societat de la informació que està tenint la conducta presumptament vulneradora, poden requerir als prestadors de serveis de la societat de la informació la cessió de les dades que permetin aquesta identificació a fi que pugui comparèixer en el procediment. Aquest requeriment exigeix l’autorització judicial prèvia d’acord amb el que preveu l’apartat primer de l’article 122 bis de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. Una vegada obtinguda l’autorització, els prestadors estan obligats a facilitar les dades necessàries per dur a terme la identificació”.

En aquest paràgraf no s’indica a quin prestador es pot requerir la cessió d’aquestes dades. Cal suposar que es refereix tant als prestadors del servei d’accés i transmissió de dades com al prestador d’un servei d’allotjament que sigui utilitzat pel web que vulneri els principis indicats. En tot cas, convé insistir que no es tracta d’identificar usuaris particulars, sinó d’obtenir les dades per identificar un prestador d’un servei de la societat de la informació, per exemple, un lloc web amb una activitat que vulnera aquests principis. A aquests efectes, l’article 8.2 empra l’expressió *responsable del servei de la societat de la informació*.

1.4.3. Obligació de proporcionar determinada informació

La LSSICE estableix, com a deure específic aplicable a tots els serveis de la societat de la informació, l’obligació de proporcionar informació sobre la identitat i altres circumstàncies del prestador. Concretament (art. 10.1 LSSICE), el prestador ha de facilitar que tant els usuaris com les autoritats competents puguin accedir a certa informació per via electrònica i “de manera permanent, fàcil, directa i gratuïta”, per exemple incloent aquesta informació en el seu lloc d’Internet (cf. art. 10.2 LSSICE).

Aquesta informació preceptiva inclou:

- les seves dades d’identificació (nom o denominació social, residència o domicili –si no, l’adreça d’un dels seus establiments permanents a Espanya–, adreça de correu electrònic);
- número d’identificació fiscal;
- les dades d’inscripció registral (inscripció en el Registre Mercantil o en el que el prestador estigui inscrit, per a l’adquisició de personalitat jurídica o als simples efectes de publicitat);
- en cas de desenvolupar una activitat subjecta a autorització administrativa prèvia, les dades relatives a l’autorització;

- si es tracta d'una professió regulada, la informació pertinent sobre col·legiació, titulació i normes aplicables;
- informació clara i exacta sobre el preu del producte o servei, que indiqui si inclou o no els impostos aplicables i, si escau, sobre les despeses d'enviament;
- els codis de conducta als quals estigués adherit el prestador i la manera de consultar-los electrònicament.

La Llei imposa algunes altres obligacions als prestadors de serveis, però ja no són obligacions de caràcter general, sinó referides a determinats tipus de prestadors (en particular, veurem les normes específiques que s'estableixen per als anomenats *serveis d'intermediació*) o relatives a determinats tipus de serveis o activitats (com algunes normes en matèria de contractació electrònica o bé regles sobre l'enviament de comunicacions comercials no sol·licitades, o sobre serveis de tarifació addicional).

En els apartats següents abordarem aquestes matèries, no sense abans destacar que, com és obvi, la Llei 34/2002 no construeix per als serveis de la societat de la informació un cos de normes tancat que exclou l'aplicació de la resta dels preceptes de l'ordenament jurídic. El fet que un servei es presti per via electrònica no l'eximeix de complir totes les normes que se li puguin aplicar en consideració al tipus concret de servei de què es tracti: des de normes fiscals fins a normes de control administratiu en matèria de comerç, sanitat o llicències preceptives per al desenvolupament de l'activitat concreta, passant, naturalment, per les normes civils o mercantils de caràcter general aplicables a les obligacions i contractes, les normes sobre competència deslleial, sobre defensa de la competència, sobre publicitat, sobre protecció de dades personals, les normes penals i un llarg etcètera.

De manera molt particular, els serveis de la societat de la informació dirigits a consumidors queden subjectes a tot el bloc de normes de protecció de consumidors. La mateixa Directiva de comerç electrònic, en el considerant 11, recull una relació de directives en matèria de protecció dels consumidors que declara plenament aplicables als serveis de la societat de la informació.

1.4.4. Codis de conducta i sistemes alternatius de resolució de conflictes

La LSSICE fomenta l'elaboració i adopció de codis de conducta dels prestadors de serveis de la societat de la informació. L'exposició de motius de la Llei considera que aquests codis "són un instrument d'autoregulació especialment apte per a adaptar els diversos preceptes de la Llei a les característiques específiques de cada sector". La LSSICE dedica l'article 18 i la disposició final vuitenaals codis de conducta.

L'article 18 encarrega a les administracions públiques impulsar

“l'elaboració i aplicació de codis de conducta voluntaris, per part de les corporacions, associacions o organitzacions comercials, professionals i de consumidors, en les matèries que regula aquesta Llei”.

Encara que no es fixa un contingut concret per a aquests codis, el mateix precepte apunta que, entre altres aspectes, poden abordar procediments de detecció i retirada de continguts il·lícits o l'enviament de comunicacions comercials no sol·licitades. També suggereix que poden establir sistemes de resolució extrajudicial de conflictes relacionats amb la prestació dels serveis.

Una de les maneres de fomentar la confiança en els serveis de la societat de la informació és el desenvolupament de distintius que garanteixin al consumidor determinats nivells de qualitat en la prestació del servei. Una manera d'exterioritzar aquest especial compromís amb la qualitat i protecció del consumidor és precisament l'adhesió a un codi de conducta. En un segon nivell, l'Administració pot concedir un distintiu especial a determinats codis de conducta. Així, la disposició final vuitena de la LSSICE preveu que el Govern creï

“un distintiu que permeti identificar els prestadors de serveis que respectin codis de conducta adoptats amb la participació del Consell de Consumidors i Usuaris, i que incloguin, entre altres continguts, l'adhesió al sistema arbitral de consum o a altres sistemes de resolució extrajudicial de conflictes que respectin els principis establerts en la normativa comunitària sobre sistemes alternatius de resolució de conflictes amb consumidors, en els termes que s'estableixin per reglament”.

En desenvolupament d'aquesta previsió es va dictar el RD 292/2004, de 20 de febrer, substituït més tard pel vigent RD 1163/2005, de 30 de setembre, pel qual es regula el distintiu públic de confiança en els serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic, i els requisits i el procediment de concessió. El distintiu rep la denominació de **distintiu públic de confiança en línia**. La determinació de l'aspecte gràfic d'aquest distintiu es va modificar mitjançant el RD 231/2008, de 15 de febrer.

La LSSICE també considera necessari promoure l'adopció, normalment per mitjà de codis de conducta, de procediments extrajudicials de solució de conflictes sorgits en el marc de la contractació electrònica i en la prestació dels altres serveis de la societat de la informació. A més, preveu que les parts que intervenen en la prestació i recepció de serveis de la societat de la informació puguin acudir als arbitratges previstos en la legislació sobre arbitratge i sobre protecció dels consumidors (art. 32 LSSICE).

2. Regles particulars aplicables als serveis d'intermediació

Tant la Directiva com la LSSICE presten una atenció especial a una categoria de serveis de la societat de la informació que poden qualificar-se d'*instrumentals* o *accessoris*. Es tracta dels serveis de la societat de la informació que precisament tenen per objecte facilitar la prestació d'altres serveis, també de la societat de la informació, o bé simplement permetre l'accés a informació que un tercer facilita sense caràcter de serveis de la societat de la informació, com ocorrerà, per exemple, si aquest subministrament d'informació no constitueix activitat econòmica.

En la versió espanyola de la Directiva, aquests serveis instrumentals reben la denominació de *serveis intermediaris* (rúbrica de la secció 4 del capítol II), i la LSSICE els denomina *serveis d'intermediació*. La lletra *b* de l'annex de definicions de la Llei defineix *servei d'intermediació* com a "servei de la societat de la informació pel qual es facilita la prestació o utilització d'altres serveis de la societat de la informació o l'accés a la informació", i a continuació assenyalava que "[s]ón serveis d'intermediació la provisió de serveis d'accés a Internet, la transmissió de dades per xarxes de telecomunicacions, la realització de còpia temporal de les pàgines d'Internet sol·licitades pels usuaris [això és, l'anomenat *caching*], l'allotjament en els propis servidors de dades, aplicacions o serveis subministrats per altres i la provisió d'instruments de cerca, accés i recopilació de dades o d'enllaços a altres llocs d'Internet".

Es tracta, doncs, dels mateixos serveis pels quals s'estableixen exclusions de responsabilitat en els articles 14 a 17 LSSICE: accés i transmissió, *caching*, allotjament i provisió d'enllaços.

En la Directiva, l'expressió *serveis intermediaris* s'empra simplement per a identificar de manera global els tipus de serveis pels quals s'estableix una exclusió de responsabilitat pels continguts de tercers (art. 12 a 15 DCE). En el mateix sentit s'empra l'expressió *serveis d'intermediació* en la LSSICE, si bé inclou el servei de provisió d'eines de localització d'informació (*v.gr.*, cercadors i enllaços), que en la Llei espanyola, a diferència de la Directiva també reben una exclusió de responsabilitat.

Ara bé, en la LSSICE, els prestadors de serveis d'intermediació queden, a més, subjectes al compliment de certes obligacions, dirigides bàsicament als prestadors d'accés a la Xarxa i de transmissió de dades. Es tracta d'obligacions de col·laboració amb les autoritats i d'informació als usuaris.

2.1. Deures de col·laboració

Els proveïdors del servei d'accés i de transmissió, als quals sol aplicar-se la denominació de *proveïdors de serveis d'Internet (ISP, Internet service providers)*, es troben materialment en una posició privilegiada per a exercir funcions de control a la Xarxa, i la Llei recorre a ells per exigir-los la col·laboració quan es tracta d'imposar mesures de restricció a determinades activitats que es duen a terme en línia. Com hem vist en l'apartat anterior, quan un servei de la societat de la informació atempta o pot atemptar contra determinats principis d'ordre públic, els òrgans competents "poden adoptar les mesures necessàries perquè se n'interrompi la prestació o per a retirar les dades que els vulneren" (cf. art. 8.1 LSSICE). Aquestes mesures poden acordar-se tant respecte de prestadors establerts a Espanya com respecte de prestadors establerts en altres països de la UE o de l'Espai Econòmic Europeu, i amb més motiu encara respecte de prestadors establerts en estats que no pertanyen a la UE ni a l'EEE.

Doncs bé, en qualsevol d'aquests supòsits, els òrgans competents poden exigir la col·laboració dels prestadors de serveis d'intermediació (establerts a Espanya) per garantir l'efectivitat de la mesura de restricció acordada, la qual cosa es tradueix essencialment en el fet que poden ordenar-los que deixin de prestar el servei d'intermediació al prestador que duu a terme l'activitat il·lícita, o que deixin d'allotjar els continguts lesius.

Eficàcia de les mesures

Això no obstant, cal notar que probablement l'eficàcia d'aquestes mesures és molt relativa, ja que la tecnologia ofereix múltiples vies per a burlar aquests i altres obstacles.

Amb una tècnica legislativa una mica enrevessada, la LSSICE estableix aquest deure de col·laboració, separatament, per al cas en què el servei que s'ha restringir procedeixi d'Espanya (art. 11.1 LSSICE), d'un altre estat membre de la UE o de l'EEE (art. 8.2 LSSICE), o d'un estat que no pertanyi ni a la UE ni a l'EEE (art. 11.2 LSSICE).

En el primer supòsit, a saber, quan un òrgan competent hagi ordenat que s'interrompi la prestació d'un servei o que es retirin determinats **continguts procedents d'un prestador establert a Espanya**, si per a fer efectiva aquesta mesura resulta necessària la col·laboració dels prestadors de serveis d'intermediació, aquest òrgan pot exigir-los, conforme a l'article 11.1 LSSICE,

"que suspengui el corresponent servei d'intermediació utilitzat per a la provisió del servei de la societat de la informació o dels continguts la interrupció dels quals o retirada hagin estat ordenats respectivament".

Aquest “servei d’intermediació” és normalment un servei de connectivitat o un servei d’allotjament.

Així, per exemple, l’òrgan competent que ordeni als titulars d’un lloc web la retirada de continguts que atempten contra algun dels principis de l’article 8 LSSICE, també pot exigir a l’empresa de *hosting* que allotja aquest lloc web que suspengui el servei d’allotjament respecte d’aquest. O, també, ordenar al prestador del servei de transmissió de dades que deixi de proporcionar aquest servei al titular del lloc web de contingut il·lícit.

En cas que el servei que atempti contra els principis de l’article 8 LSSICE **procedeixi d’un estat no pertanyent a la Unió Europea o a l’EEE**, l’article 11.2 LSSICE conté una previsió similar que obliga els prestadors de serveis d’intermediació establerts a Espanya a col·laborar amb l’òrgan competent per a fer efectiva la mesura de restricció acordada. Així, si aquest òrgan considera necessari impedir que des d’Espanya es pugui accedir al servei il·lícit, pot recórrer als prestadors de serveis d’intermediació establerts a Espanya i ordenar-los que suspenguin el servei d’intermediació corresponent. La redacció del precepte, idèntica a la de l’últim incís de l’article 11.1 LSSICE, assenyala que

“aquest òrgan pot ordenar als prestadors esmentats de serveis d’intermediació que suspenguin el servei d’intermediació corresponent utilitzat per a la provisió del servei de la societat de la informació o dels continguts la interrupció o retirada dels quals hagi estat ordenada respectivament”.

Un servei d’intermediació utilitzat per a la provisió del servei de la societat de la informació pot ser, per exemple, el servei de transmissió de dades que presten els operadors de telecomunicacions establerts a Espanya perquè des d’Espanya puguin rebre’s les dades enviades des del lloc web il·lícit, i no necessàriament el prestador que ofereix el servei de connexió a Internet al lloc web en origen.

Quant al “servei d’intermediació utilitzat per a la provisió [...] dels continguts”, pot donar-se el cas que un prestador d’allotjament establert a Espanya estigui allotjant el lloc original del prestador estranger, o bé una còpia dels seus continguts, per exemple en el cas d’un *mirror* o d’un servei *cau* per a accelerar el lliurament de la informació, com en el cas de les trucades *content delivery networks*. En aquests casos, l’òrgan competent podria exigir al prestador que suspengui aquest servei d’allotjament.

Ni en l’article 11.1 LSSICE ni en l’11.2 LSSICE es preveu el cas en què el prestador del servei il·lícit estigui establert en un país diferent d’Espanya però membre de la UE o de l’EEE. No obstant això, sabem que també per a aquests serveis l’òrgan competent espanyol pot establir restriccions si atempten o poden atemptar contra els principis de l’article 8 LSSICE. És lògic entendre que també en aquest cas l’òrgan pot recórrer a la col·laboració dels intermediaris establerts a Espanya.

No obstant això, la Llei es refereix tan sols a una situació específica. Com es recordarà, en cas que l’activitat il·lícita procedeixi d’un prestador establert en un estat de la UE o de l’EEE, l’òrgan competent ha de seguir el procediment intracomunitari previst en l’article 8 LSSICE, al qual ja ens hem referit. Aquest procediment preveu que en primer lloc es requereixi a les autoritats competents de l’Estat que es tracti perquè siguin elles les que prenguin les mesures

oportunes. Doncs bé, la LSSICE (art. 8.4) estableix que els òrgans de l'Estat de què es tracti poden requerir la col·laboració dels intermediaris establerts a Espanya en els termes ja vistos de l'article 11.2 LSSICE.

Les ordres dirigides als prestadors de serveis d'intermediació, igual que hem vist en les dirigides als prestadors del servei il·lícit, han de complir amb totes les garanties que estableix l'ordenament per a la protecció dels drets i llibertats que puguin veure's afectats, en particular els drets a la intimitat personal i familiar, a la protecció de les dades personals i a la llibertat d'expressió i d'informació. Es reitera que “[e]n tots els casos en què la Constitució, les normes reguladores dels drets i llibertats respectius o les que resultin aplicables a les diferents matèries atribueixin competència als òrgans jurisdiccionals de manera excloent per a intervenir en l'exercici d'activitats o drets, només l'autoritat judicial competent pot adoptar les mesures previstes en aquest article” (art. 11.3 LSSICE); i que les mesures “han de ser objectives, proporcionades i no discriminatòries” i respectar els procediments administratius o processals que corresponguin (art. 11.4 LSSICE).

2.2. Deures d'informació en matèria de seguretat

L'article 12 *bis* LSSICE, introduït per la Llei 56/2007, de mesures d'impuls de la societat de la informació, obliga els prestadors del servei d'accés a Internet establerts a Espanya a proporcionar determinada informació als clients. Per a complir amb aquesta obligació n'hi ha prou que el prestador incorpori en el seu lloc web la informació a què es refereix el precepte.

La informació que han de proporcionar de manera fàcil, directa i gratuïta als clients es refereix, d'una banda, a eines tècniques que augmenten la seguretat de la informació i, en particular, als sistemes de protecció contra virus informàtics i contra l'*spam*. També han d'informar sobre filtres per a restringir l'accés a continguts i serveis nocius per a la joventut i la infància.

D'altra banda, els proveïdors d'accés a Internet i els que prestin el servei de correu electrònic han d'informar de la mateixa manera els seus clients sobre les mesures de seguretat que apliquen en la prestació d'aquests serveis.

Així mateix, s'encarrega als proveïdors d'accés la funció didàctica d'advertir als clients sobre

“les possibles responsabilitats en què puguin incórrer per l'ús d'Internet amb finalitats il·lícites, en particular, per a la comissió d'il·lícits penals i per la vulneració de la legislació en matèria de propietat intel·lectual i industrial”.

2.3. Deure retenció de dades

El legislador comunitari, amb l'objectiu de facilitar la persecució de delictes comesos a través de les xarxes telemàtiques, i per harmonitzar les mesures que començaven a prendre sobre aquest tema els diferents estats membres, va pro-

mulgar la Directiva 2006/24/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de març, sobre la **conservació de dades generades o tractades** en relació amb la prestació de serveis de comunicacions electròniques d'accés públic o de xarxes públiques de comunicacions. Uns anys després, la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 8 d'abril de 2014, en els assumptes acumulats C-293/12 i C-594/12 (*Digital rights Ireland*), **va declarar nul·la aquesta Directiva**, en entendre que el legislador de la UE no va respectar el principi de proporcionalitat en relació amb els drets a la privadesa i a la protecció de dades recollides en la Carta de drets fonamentals de la UE (art. 7, 8 i 52.1 de la Carta).

En un moment determinat, la Directiva va ser objecte de transposició a l'ordenament espanyol mitjançant la Llei 25/2007, de 18 d'octubre, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i a les xarxes públiques de comunicacions. Aquesta Llei va derogar l'article 12 LSSICE, el qual establia certes previsions en aquesta matèria i, no obstant això, no havia arribat a aplicar-se per falta del corresponent desenvolupament reglamentari.

Malgrat haver-se declarat la nul·litat de la Directiva, de moment la Llei 25/2007 continua vigent.

Els destinataris de les obligacions de retenció de dades contingudes en la Llei 25/2007 són els operadors que presten serveis de comunicacions electròniques disponibles al públic, o que exploten una xarxa pública de comunicacions electròniques a Espanya, en els termes que preveu la Llei 32/2003, general de telecomunicacions (LGT). D'acord amb la LGT, un operador és la persona física o jurídica que duu a terme aquestes activitats i ha notificat l'inici de la seva activitat a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions. És clar que aquests operadors de telecomunicacions són alhora prestadors de serveis d'intermediació de la societat de la informació, en la mesura en què presten un servei d'accés a xarxes electròniques de comunicació o de transmissió de dades a través d'aquestes.

S'obliga els operadors a conservar durant dotze mesos, comptats des del moment en què s'ha produït la comunicació, determinades dades generades o tractades en el marc de la prestació de serveis de comunicacions electròniques o de xarxes públiques de comunicació. Les dades que els operadors han de conservar i, si escau, cedir són exclusivament les dades de trànsit i localització, així com les dades relacionades que permetin identificar l'abonat o usuari registrat. Els operadors tenen l'obligació de cedir aquestes dades als agents facultats (policia judicial, vigilància duanera i Centre Nacional d'Intel·ligència) si els requereixen amb la corresponent autorització judicial i exclusivament amb finalitats de detecció, recerca i enjudiciament de delictes greus.

Qüestió prejudicial

En el moment de l'edició d'aquests materials es troba pendent una qüestió prejudicial plantejada al TJUE per l'Audiència Provincial de Tarragona (assumpte C-207/16) en la qual es pregunta si la gravetat dels delictes, com a criteri per a justificar la ingerència en els drets fonamentals a la privadesa i a la protecció de dades, ha de valorar-se exclusivament en atenció a la pena prevista per al delictes de què es tracti, i si escau com hauria de ser el lliar mínim.

2.4. Normes d'exclusió de responsabilitat

Un dels punts fonamentals de la LSSICE, com també de la Directiva sobre el comerç electrònic, és l'establiment d'un sistema d'exclusions de responsabilitat dels intermediaris, que persegueix oferir a aquests prestadors una certa seguretat jurídica enfront del risc que poguessin ser declarats responsables pels continguts o activitats il·lícites dutes a terme pels usuaris.

La Directiva regula aquesta matèria en els articles 12 a 15, mentre que la Llei de transposició ho fa en els articles 13 a 17. Malgrat el temps transcorregut des de l'entrada en vigor de la LSSICE, la interpretació dels preceptes no resulta pacífica i planteja dificultats importants als jutjats i tribunals, que han sostingut amb freqüència lectures divergents. En aquest subapartat tractarem d'exposar de manera sintètica els elements principals d'aquesta regulació i l'estat actual de la jurisprudència.

2.4.1. Característiques generals del sistema d'exclusió de responsabilitat

Com a característiques principals del sistema d'exclusió de responsabilitat poden assenyalar-se les següents:

a) Abast horitzontal

A diferència d'altres desenvolupaments legislatius, i en particular de la nord-americana *Digital Millennium Copyright Act*, les normes d'exclusió de responsabilitat establertes en la LSSICE no es refereixen a una categoria concreta de continguts il·lícits (com podrien ser els continguts que infringeixin drets de propietat intel·lectual), sinó que són aplicables horitzontalment a qualsevol supòsit en què la il·licitud del contingut pugui donar lloc a responsabilitat.

Així, l'intermediari que satisfaci les condicions exigides per la regla d'exclusió queda lliure de responsabilitat tant si la informació o activitat transmesa o allotjada infringeix drets d'autor com si constitueix, per exemple, un atemptat a l'honor o al dret a la intimitat, un acte de competència deslleial, infracció de drets de marca, injúries, calumnies, revelació de secrets o, en suma, qualsevol supòsit d'il·licitud del qual pugui derivar-se responsabilitat.

b) Referides solament a la responsabilitat pels continguts mitjançats

Les exclusions de responsabilitat en la DCE i en la LSSICE no tenen un abast il·limitat. No protegeixen el proveïdor de manera general enfront de qualsevol tipus de responsabilitat que pugui derivar-se del desenvolupament de les seves activitats d'intermediació. Tan sols deixen a resguard de les responsabilitats –aquestes sí, de tot tipus– que es derivin de la naturalesa de les dades transmeses o emmagatzemades. Gràcies a l'exclusió de responsabilitat, el proveïdor no pot ser obligat a respondre pel fet que les dades transmeses o emmagatzema-

Lectura recomanada

Per a un tractament extens de la qüestió es pot consultar l'obra següent:

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

Aquest subapartat constitueix en part una adaptació de fragments d'aquesta obra.

des siguin il·lícites. Tan mateix, això no treu que una prestació defectuosa del servei pugui donar lloc a responsabilitat contractual enfront dels usuaris que han contractat els seus serveis, responsabilitat que no quedaria coberta per les regles d'exclusió.

Això és així perquè tant la Directiva com la LSSICE determinen expressament l'abast de l'exclusió de responsabilitat. Emprant expressions equivalents a les de la Directiva, la LSSICE disposa, per al cas del servei de mera transmissió i de provisió d'accés, que els prestadors d'aquests serveis "no són responsables per la informació transmesa" (art. 14 LSSICE); per al supòsit de *caching*, estableix que "no són responsables pel contingut d'aquestes dades ni per la seva reproducció temporal" (art. 15 LSSICE); per al supòsit d'allotjament de dades, disposa que "no són responsables per la informació emmagatzemada a petició del destinatari" (art. 16 LSSICE); i, finalment, per al cas de provisió d'enllaços o instruments de cerca (supòsit no previst en la Directiva), la LSSICE disposa que "no són responsables per la informació a la qual dirigeixin als destinataris dels seus serveis" (art. 17).

c) Aplicables davant de qualsevol tipus de responsabilitat

En la mesura en què el prestador del servei d'intermediació compleixi amb els seus requisits, les normes d'exclusió de responsabilitat exclouen tant la responsabilitat civil com la penal o la de caràcter administratiu que pugui seguir-se d'haver realitzat les labors d'intermediació respecte de continguts il·lícits. En la Directiva, l'eficàcia en l'àmbit penal de les exclusions de responsabilitat no es declara de manera expressa, però sembla pacífica la conclusió que la prohibició de ser declarat responsable no es refereix solament a la responsabilitat civil, sinó que protegeix també enfront d'una possible responsabilitat penal. Així s'indica, per exemple, en el Primer informe sobre l'aplicació de la Directiva:

"Les limitacions de responsabilitat previstes per la Directiva s'estableixen de manera horitzontal, és a dir, cobreixen la responsabilitat tant civil com penal de tots els tipus d'activitats il·lícites iniciades per tercers." (Primer informe sobre l'aplicació de la Directiva 2000/31/CE, COM (2003) 702 final (Brussel·les), 21 de novembre de 2003, pàg. 14).

En la LSSICE, igual que en la Directiva, no hi ha una declaració expressa que indiqui que les exclusions de responsabilitat també arriben a excloure la responsabilitat penal. No obstant això, sembla clar que aquesta és la finalitat de la norma, seguint el sentit de la Directiva. No tindria gaire sentit que la responsabilitat civil quedés exclosa i, no obstant això, pogués imputar-se responsabilitat penal pel mateix fet. En la doctrina penalista sembla pacífica l'opinió que les regles de la LSSICE també exclouen la responsabilitat penal de l'intermediari.

Lectures recomanades

Sobre l'aplicabilitat de les regles d'exclusió de la LSSICE a la responsabilitat penal, poden veure's, entre altres:

Óscar Morales García (novembre, 2001). "Criterios de atribución de responsabilidad penal a los Prestadores de Servicios e Intermediarios de la Sociedad de la Información". *Revista de Derecho y Proceso Penal* (núm. 3, pàg. 139-167).

Javier Guardiola García (2004). "Limitaciones a la responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información: eficacia en el ámbito penal de las exenciones previstas en la Ley 34/2002". A: Miguel Ángel Davara Rodríguez (coord.). *XVIII Encuentros sobre Informática y Derecho 2003-2004* (pàg. 339-349). Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Miguel Ángel Davara assenyala que "es posible entender que los supuestos de exención de responsabilidad previstos en los arts. 14 a 17 de la LSSICE responden, en realidad, a la concurrencia de causas de justificación que se integran en el ámbito penal de la mano de la previsión de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7º del CP. Y, por ende, quien actúa en su ámbito queda exento de responsabilidad penal".

Manuel Gómez Tomillo (2006). *Responsabilidad Penal y Civil por Delitos Cometidos a través de Internet: Especial consideración del Caso de los Proveedores de Contenidos, Servicios, Acceso y Enlaces* (2a. ed.). Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

L'objectiu de la norma és impedir que es pugui atribuir responsabilitat a l'intermediari que reuneix els requisits previstos per a gaudir de l'exclusió de responsabilitat, ja que es considera que en aquests casos la seva funció és neutra i aliena al contingut de la informació mitjançada. En aquest sentit, la referència general que l'article 13 LSSICE fa a la "responsabilitat civil, penal i administrativa" sembla que respon a la intenció d'indicar que totes aquestes possibles responsabilitats queden excloses quan l'intermediari compleix amb els requisits previstos per a cada supòsit en els articles 14-17 LSSICE.

S'ha argumentat en alguna ocasió que, en ser la LSSICE una llei ordinària, les seves disposicions no poden afectar la responsabilitat civil derivada de la vulneració de drets fonamentals, per als quals regeix la reserva de llei orgànica en virtut de l'article 81.1 CE. Així, en particular, s'ha argumentat que les exclusions de responsabilitat de la LSSICE no podrien invocar-se en cas que els continguts il·lícits constituïssin intromissions il·legítimes en l'honor, la intimitat o la pròpia imatge, tipificades com a tals per la Llei orgànica 1/1982, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge. No obstant això, les regles de la LSSICE no fan més que delimitar uns supòsits en els quals el caràcter neutre, instrumental i passiu de la funció desenvolupada justifica que no pugui apreciar-se en l'intermediari una participació directa o substancial en la intromissió il·legítima i que, per tant, no calgui atribuir-li responsabilitat civil per la intromissió. Aquesta regla d'exclusió de responsabilitat s'estableix sense disminuir de cap manera la responsabilitat exigible a l'autor dels continguts constitutius d'intromissió il·legítima i sense impedir l'exercici d'accions de cessació contra l'intermediari perquè posi fi a la vulneració del dret causada per l'activitat de l'usuari infractor. No es produeix una alteració de les previsions de la Llei 1/1982, ni quant a la tipificació de les intromissions il·legítimes, ni tampoc quant als mitjans de tutela previstos en aquesta, i en conseqüència entenc que no es vulnera de cap manera la reserva de llei orgànica prevista per al desenvolupament d'aquells drets.

Es plantegen alguns problemes quant a l'aplicació d'aquestes normes a la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, tenint en compte que la noció de serveis de la societat de la informació que empra la Directiva exigeix que es tracti de serveis "normalment remunerats". El considerant 19 de la Directiva adverteix que "aquesta característica no es dona en les activitats que duu a terme l'Estat, sense contrapartida econòmica, en el compliment de la seva missió, principalment en els àmbits social, cultural, educatiu i judicial". No obstant això, aquesta limitació, derivada de la interpretació que fa el tribunal de justícia del concepte de serveis contingut en l'article 60 del Tractat, no necessàriament s'ha de predicar de la noció emprada pel legislador espanyol en la LSSICE. La veritat és que la LSSICE recull el requisit del caràcter normalment remunerat, però guarda silenci respecte de si en el concepte de serveis de la societat de la informació poden incloure's els prestats per les administracions públiques. Aquest silenci, unit a la conveniència que els serveis d'intermediació duts a terme per les administracions no es vegin subjectes a la càrrega desproporcionada de responsabilitat que podria derivar del caràcter objectiu i directe del règim de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, ha portat la doctrina administrativista que s'ha ocupat d'aquestes matèries a

Lectures recomanades

Sobre l'aplicabilitat de les normes d'exclusió de responsabilitat a l'àmbit administratiu es pot acudir a les obres següents:

Julián Valero Torrijos (2005). "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la prestación de servicios de intermediación". A: Santiago Cavanillas Múgica (coord.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar* (pàg. 115-143, esp. pàg. 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 pàg. 17-41, esp. pàg. 38-39).

entendre que les regles d'exclusió de responsabilitat de la LSSICE són plenament aplicables a les administracions públiques.

d) No impedeixen l'exercici d'accions de cessació

Les regles d'exclusió de responsabilitat de la Directiva adverteixen expressament que aquestes normes no afecten la possibilitat que un tribunal o una autoritat administrativa pugui dictar ordres de cessació perquè el proveïdor posi fi a una infracció o perquè la impedeixi, sempre que aquestes ordres es dictin de conformitat amb l'ordenament intern de l'estat membre (cf. art. 12.3, 13.2 i 14.3 DCE). En tot cas, la disponibilitat d'accions per a obligar a posar fi o a impedir una infracció es deixa a la voluntat dels estats membres, l'ordenament dels quals ha de ser el que determini si cal exercitar aquest tipus d'accions i en quins casos.

Cal remarcar, de totes maneres, que la Directiva exigeix als estats membres que arbitrin mesures cautelars que permetin actuar ràpidament contra les infraccions.

Així, en l'article 18.1, la Directiva disposa que

“[E]ls estats membres han de vetllar perquè els recursos judicials existents en virtut de la legislació nacional en relació amb les activitats de serveis de la societat de la informació permetin adoptar ràpidament mesures, fins i tot mesures provisionals, destinades a posar terme a qualsevol presumpta infracció i a evitar que es produeixin nous perjudicis contra els interessos afectats”.

La LSSICE, en traslladar les exclusions de responsabilitat, no va indicar expressament que aquestes no afecten la possibilitat d'exercitar accions de cessació. En tot cas, sembla clar que d'aquesta omisió no cal deduir que el legislador espanyol ha optat per atribuir a les exclusions de responsabilitat l'efecte d'enviar les possibles accions de cessació i remoció previstes en l'ordenament, la qual cosa seria directament contrària a la Directiva. El Tribunal Suprem, referint-se al cas de l'allotjament de dades, ha assenyalat amb claredat que l'exclusió de responsabilitat de l'article 16 LSSICE no impedeix l'exercici d'accions de cessació (STS 773/2009, Sala Civil, de 9 de desembre de 2009).

La possibilitat d'exercitar accions de cessació contra els intermediaris en el camp de la propietat intel·lectual es va ampliar notablement amb la Directiva 2001/29/CE sobre drets d'autor i drets afins en la societat de la informació i la Directiva 2004/48/CE relativa al respecte dels drets de propietat intel·lectual. En aplicació d'aquestes previsions, la Llei de propietat intel·lectual estableix expressament la possibilitat d'adoptar mesures de cessació i altres mesures cautelars contra els intermediaris a pesar que els actes d'aquests no constitueixen en si mateixos infracció (cf. art. 138, 139 i 141 TRLPI).

e) La falta dels requisits exigits per a l'exclusió de responsabilitat no implica necessàriament que el prestador passi a ser responsable

La Directiva no atribueix responsabilitat al prestador que no compleix els requisits previstos en les regles d'exclusió de responsabilitat. Les normes de la Directiva en matèria de responsabilitat es limiten a establir els supòsits en què l'intermediari ha de quedar lliure de responsabilitat, però no prejudgen si, en cas de no quedar cobert per l'exclusió, aquest intermediari s'ha de considerar responsable. Quan les exclusions de responsabilitat no resulten aplicables, perquè no es donen els requisits exigits, són les normes de l'ordenament de l'estat corresponent les que determinen si l'intermediari ha de respondre o no, resultat que no està predeterminat per la Directiva. Les seves normes, com ja va assenyalar expressament l'exposició de motius de la proposta de Directiva (cf. COM (1998) 586 final), no afecten el dret material que governa els diferents tipus de responsabilitat. En el mateix sentit, el Primer informe d'aplicació de la DCE va advertir que "la Directiva no afecta la responsabilitat [...] dels intermediaris en els casos no coberts per les limitacions definides en la Directiva".

Tampoc els articles 14 a 17 LSSICE estableixen regles d'atribució de responsabilitat, sinó que únicament fixen els requisits exigibles per a gaudir de l'exclusió de responsabilitat, sense que l'incompliment d'aquests requisits funcioni com a criteri d'atribució d'aquesta. Els criteris d'atribució de responsabilitat són els fixats en les normes generals i especials en matèria de responsabilitat i en la seva interpretació jurisprudencial. Així, quan un prestador de serveis duu a terme una activitat que no s'ajusta a les condicions exigides per a gaudir de l'exclusió, pot ser declarat responsable només si existeix una norma en el nostre ordenament que, o bé atribueix responsabilitat (de naturalesa civil, penal o administrativa) per raó d'aquesta conducta (responsabilitat per fet propi), o bé obliga aquest prestador a respondre dels actes il·lícits d'un tercer (l'usuari) en atenció a les circumstàncies concurrents i, en particular, en consideració a la relació que intervé entre el prestador i el tercer autor de l'acte il·lícit (responsabilitat per fet aliè). Ja no es tracta del fet obvi que el prestador que no reuneix els requisits per a l'exclusió conserva sempre la possibilitat d'al·legar que els continguts sobre la il·licitud dels qual se'l vol fer respondre en realitat no són il·lícits –per exemple perquè estan emparats pel dret a la llibertat d'expressió o per les excepcions als drets d'autor–, o que el dany el rescabament del qual se li exigeix en realitat no s'ha produït. És clar que en aquestes circumstàncies no hi ha responsabilitat. Ens referim ara als casos en què realment els continguts són il·lícits i el prestador no pot acollir-se als supòsits d'exclusió perquè no en reuneix els requisits. Perquè en aquests casos pugui exigir-se responsabilitat al prestador, els articles 14 a 17 LSSICE no són suficients, és necessària una norma d'imputació de responsabilitat.

Certament, cal pensar que els criteris que empra la LSSICE per a delimitar els supòsits d'exclusió de responsabilitat influiran a l'hora de decidir sobre l'atribució de responsabilitat al prestador en aplicació de les normes generals. En particular, cal suposar que les condicions exigides per a l'exclusió de responsabilitat que consisteixen en un requisit d'actuació diligent del prestador puguin interpretar-se raonablement com una con creció de quina és la diligència específica que s'espera d'aquest tipus d'operadors en la prestació dels seus serveis, de manera que el seu incompliment podria entendre's suficient, per exemple, per a complir amb el requisit de culpa o negligència que exigeix l'article 1902 del Codi civil (CC) a l'efecte de l'atribució de responsabilitat civil, o podria considerar-se que constitueix la infracció d'un deure de cura en l'àmbit penal. No obstant això, és necessari advertir que sempre cal verificar si en el cas concret, en atenció a les circumstàncies concurrents, l'actuació del prestador pot considerar-se realment negligent o efectivament infractora d'un deure de cura. I, en tot cas, la responsabilitat civil, si arriba a imposar-se, no s'atribueix al prestador exarticles 14 a 17 LSSICE, sinó exarticle 1902 CC, i, per tant, depèn en últim terme del fet que s'hagin verificat no solament la culpa o negligència, sinó també els altres elements que requereix aquesta norma (acció o omissió, dany, relació de causalitat). I, de la mateixa manera, la responsabilitat penal s'atribueix si escau en virtut de les normes que la regulen, i no per imposició de la LSSICE.

f) Aplicabilitat de les regles generals sobre responsabilitat

L'article 13 LSSICE inicia la secció sobre responsabilitat advertint en el primer apartat que els prestadors de serveis de la societat de la informació (i no solament els d'intermediació) "estan subjectes a la responsabilitat civil, penal i administrativa establerta amb caràcter general en l'ordenament jurídic, sense perjudici del que disposa aquesta Llei". En sentit estricte, aquest apartat és superflu (no modifica de cap manera el règim jurídic dels subjectes afectats, ja que es limita a dir tautològicament que queden afectats per les normes que els afectin). Tampoc no afegeix res en l'àmbit dels efectes jurídics l'últim incís: "[...] sense perjudici del que disposa aquesta Llei." El segon apartat del mateix article assenyala que "[p]er determinar la responsabilitat dels prestadors de serveis per l'exercici d'activitats d'intermediació, cal atènr-se al que estableixen els articles següents". També aquest apartat sembla superflu, i presenta l'inconvenient que, en realitat, els "articles següents" no són aptes per a "determinar la responsabilitat", sinó solament per a excloure-la. En definitiva, es tracta d'un article introductor a la secció, que ha d'interpretar-se com a mer recordatori que la responsabilitat dels prestadors dels serveis d'intermediació s'ha de dilucidar d'acord amb les normes generals i especials del nostre ordenament que estableixen responsabilitat en l'àmbit civil, penal i administratiu, excepte en els casos en què puguin beneficiar-se d'una de les exclusions de responsabilitat previstes en els articles 14 a 17 LSSICE. En aquest cas, i solament amb l'extensió prevista en la regla d'exclusió corresponent, queden exempts de responsabilitat.

2.4.2. Supòsits i requisits per a l'exclusió de responsabilitat

Tant la Directiva com la LSSICE concedeixen una exclusió de responsabilitat pels continguts aliens en la prestació de determinats serveis d'intermediació, que es preveuen separatament i per a cadascun dels quals s'estableixen determinats requisits, del compliment dels quals depèn la possibilitat de gaudir de l'exclusió de responsabilitat.

Aquests serveis d'intermediació són:

- La transmissió de dades i provisió d'accés a la Xarxa.
- La realització de còpies temporals o *proxy caching*.
- L'allotjament de dades.
- La provisió d'instruments de localització d'informació, servei per al qual la Directiva no disposa una regla d'exclusió i, no obstant això, sí l'estableix la LSSICE.

a) Els serveis de transmissió de dades i provisió d'accés (art. 14 LSSICE)

Entre les diferents prestacions característiques dels proveïdors de serveis d'intermediació n'hi ha dues que constitueixen exemples paradigmàtics d'actuacions merament instrumentals. És el cas del servei que consisteix exclusivament a transmetre en una xarxa de comunicacions dades facilitades per un tercer, que sol·licita que siguin transmeses; i és el cas també del simple servei de proporcionar accés a una xarxa de comunicacions. En el primer grup podem incloure de manera general els operadors de xarxes de telecomunicacions; i en el segon, en què és clar que també es presta un servei de transmissió, els proveïdors d'accés a Internet. L'article 14 LSSICE els concedeix una exclusió de responsabilitat en disposar que, en determinades condicions, els prestadors d'"un servei d'intermediació que consisteixi a transmetre per una xarxa de telecomunicacions dades facilitades pel destinatari del servei o a facilitar-hi l'accés no són responsables per la informació transmesa".

En les activitats de transmissió i provisió d'accés s'entén inclòs, i per tant també queda a cobert de responsabilitat, "l'emmagatzematge automàtic, provisional i transitori de les dades, sempre que serveixi exclusivament per a permetre'n la transmissió per la xarxa de telecomunicacions i la seva durada no superi el temps raonablement necessari per a això".

Les condicions perquè el prestador pugui gaudir d'aquesta exclusió de responsabilitat són:

- no haver originat la transmissió, això és, no haver tingut la iniciativa de dur-la a terme;
- no haver modificat ni seleccionat les dades objecte de la transmissió, sense que es considerin modificació les manipulacions estrictament tècniques necessàries per a realitzar la transmissió; i
- no haver seleccionat els destinataris de les dades que transmet.

b) L'activitat de *proxy caching* (art. 15 LSSICE)

L'emmagatzematge en memòria cau de les dades sol·licitades pels usuaris per part del prestador del servei de transmissió (*proxy caching*) constitueix una eina per a reduir les congestions a la Xarxa i la lentitud de càrrega de les pàgines web. Consisteix, en síntesi, a apropar a l'usuari final els continguts més sol·licitats. El prestador del servei de transmissió pot instal·lar un servidor cau (*proxycache*) i emmagatzemar en la seva memòria les pàgines sol·licitades pels usuaris. D'aquesta manera, quan altres clients tornin a demanar veure la mateixa pàgina, el servidor no haurà d'anar a buscar les dades al servidor original, sinó que podrà mostrar directament la còpia que té en la seva memòria cau.

La LSSICE preveu el *proxycaching* en l'article 15. Aquest disposa que els prestadors d'un servei d'intermediació que transmetin per una xarxa de telecomunicacions dades facilitades per un destinatari del servei, i, amb l'única finalitat de fer més eficaç la transmissió ulterior a altres destinataris que les sol·licitin, les emmagatzemin en els seus sistemes de manera automàtica, provisional i temporal, no són responsables pel contingut d'aquestes dades ni per la reproducció temporal d'aquestes. L'exclusió de responsabilitat no és aplicable si l'operador modifica la informació. Mentre no ho faci, estarà dins del supòsit de fet objectiu al qual s'aplica l'exempció. Per a gaudir de l'exclusió de responsabilitat, el prestador ha de complir, a més, els requisits següents:

1) Permetre l'accés a la informació només als que compleixin les condicions imposades en el lloc original.

Cal tenir present que el lloc web original pot exigir algunes condicions als quehi vulguin accedir, encara que no impliquin cap pagament. Per exemple, és freqüent que alguns mitjans de comunicació a Internet demanin a qui hi vulgui accedir que es registri, per a això ha de donar el seu nom i adreça de correu electrònic, i així obté una contrasenya que haurà d'usar per a poder veure tots o part dels continguts del lloc web. L'ISP que té una còpia *caché* d'un lloc web determinat ha d'exigir als usuaris que li demanin visitar-la les mateixes condicions que fixa el lloc web (*website*) original.

2) Respectar les normes generalment acceptades i aplicades pel sector per a l'actualització de la informació.

No seria acceptable que les còpies en memòria cau mostressin una informació diferent de la que constés en el lloc original; per aquest motiu, el prestador ha de preocupar-se d'actualitzar la informació emmagatzemada, seguint els usos del sector.

3) No interferir en la utilització lícita de tecnologia generalment acceptada i utilitzada pel sector amb la finalitat d'obtenir dades sobre la utilització de la informació.

4) Retirar la informació que hagi emmagatzemat –o fer que sigui impossible accedir-hi–, tan aviat com tingui un coneixement efectiu que la informació ha estat retirada del lloc de la Xarxa en el qual estava inicialment, que s'ha impossibilitat l'accés a la informació esmentada, o que un tribunal o un òrgan administratiu ha ordenat retirar la informació o impedir que s'hi accedeixi.

c) Allotjament de dades (art. 16 LSSICE)

Es tracta del servei d'intermediació de la societat de la informació consistent a emmagatzemar dades proporcionades pel destinatari d'aquest servei. La jurisprudència, tant nacional com comunitària, ha interpretat en sentit molt ampli aquest supòsit, considerant que hi tenen cabuda tant les empreses de *hosting*, que allotgen llocs web en els seus servidors, com les plataformes que allotgen continguts pujats pels usuaris, o les pàgines que permeten que els usuaris introdueixin comentaris, els serveis d'allotjament de blogs, etc.

S'exigeixen dos requisits perquè l'exclusió de responsabilitat sigui aplicable:

1) El primer consisteix a no tenir coneixement efectiu que l'activitat o la informació emmagatzemada és il·lícita o que lesiona béns o drets d'un tercer susceptibles d'indemnització.

Dos tipus de coneixement

En la Directiva (art. 14) es preveuen dos tipus de coneixement: d'una banda, el "coneixement efectiu" de la il·licitud i, d'una altra, la consciència de fets o circumstàncies que revelen el caràcter il·lícit de la informació. Per a quedar lliure de responsabilitat penal n'hi ha prou deno tenir-ne coneixement efectiu, mentre que per a quedar lliure de responsabilitat civil (responsabilitat per danys i perjudicis) cal no tenir-ne tampoc aquest coneixement indiciari derivat de fets o circumstàncies.

La LSSICE (art. 16) no va incorporar aquesta distinció i, per tant, d'acord amb aquesta Llei, un coneixement merament indiciari no és suficient per a perdre l'exempció, tampoc en el cas de responsabilitat purament civil. No obstant això, el TS ha destacat que el precepte ha d'interpretar-se d'acord amb la Directiva i, per tant, admetent també els supòsits de coneixement indirecte, per fets o circumstàncies que indiquin la il·licitud (STS 773/2009, Sala Civil, de 9 de desembre de 2009).

2) El segon requisit per a gaudir de l'exclusió de responsabilitat consisteix en el fet que, en cas que el prestador tingui coneixement efectiu de la il·licitud, actuï amb diligència per retirar les dades o per impossibilitar-hi l'accés.

En tot cas, hi ha d'haver una veritable independència entre el prestador del servei d'allotjament i el destinatari que el sol·licita. Si aquest últim actua sota l'autoritat o el control del prestador de serveis i, per tant, el prestador ja no és un simple intermediari, l'exempció de responsabilitat no li és aplicable (art. 16.2 LSSICE).

L'Audiència Provincial de Barcelona (SAPB 349/2014, de 29 d'octubre de 2014) va denegar l'aplicació de l'exempció de responsabilitat a la Universitat Autònoma de Barcelona pels continguts allotjats en els seus servidors que infringien drets de propietat intel·lectual i que havien estat pujats per professors, en entendre que es donava aquesta relació de dependència de l'article 16.2 LSSICE.

d) Provisió d'enllaços i instruments de cerca (art. 17 LSSICE)

La Directiva de comerç electrònic no conté cap regla d'exclusió relativa a la responsabilitat eventual que pugui derivar-se del fet d'oferir enllaços o *links* (vincles a un altre lloc de la Xarxa) o de facilitar instruments o motors de cerca per a localitzar continguts a la Xarxa.

No obstant això, la LSSICE estableix una exclusió de responsabilitat per a aquests supòsits, basada en els mateixos requisits exigits per al cas d'allotjament. Així, en l'article 17, disposa que els prestadors de serveis de la societat de la informació que facilitin enllaços a altres continguts de la Xarxa, o incloguin en els seus directoris o instruments de cerca de continguts, no són responsables per la informació a què adrecin als destinataris dels seus serveis, sempre que no tinguin coneixement efectiu que l'activitat o la informació a la qual remeten o que recomanen és il·lícita o pot lesionar béns o drets d'un tercer susceptibles d'indemnització o, si en tenen, sempre que actuïn amb diligència per suprimir o inutilitzar l'enllaç corresponent.

També en aquest supòsit s'exigeix una veritable independència entre el prestador i el proveïdor dels continguts enllaçats. Així, d'acord amb l'article 17.2 LSSICE,

“[l]’exempció de responsabilitat que estableix l’apartat 1 no opera en el cas que el proveïdor de continguts al qual s’enllaci o la localització del qual es faciliti actuï sota la direcció, l’autoritat o el control del prestador que faciliti la localització d’aquests continguts”.

2.4.3. El requisit de falta de coneixement efectiu en els supòsits de *hosting* i *linking*

La falta de coneixement efectiu constitueix un element essencial de la regla d'exclusió de responsabilitat tant en el supòsit d'allotjament de dades (art. 16 LSSICE) com en el supòsit de provisió d'enllaços o motors de cerca (art. 17 LSSICE). Tots dos articles inclouen un paràgraf idèntic referit al coneixement efectiu en els termes següents:

“S’entén que el prestador de serveis té el coneixement efectiu al qual es refereix el paràgraf a) quan un òrgan competent hagi declarat la il·licitud de les dades, n’hagi ordenat la retirada o que s’impossibiliti l’accés a aquestes dades, o s’hagi declarat l’existència de la lesió, i el prestador conegui la resolució corresponent, sense perjudici dels procediments de detecció i retirada de continguts que els prestadors apliquin en virtut d’acords voluntaris i d’altres mitjans de coneixement efectiu que puguin establir-se” (art. 16.1.II i 17.1.II LSSICE).

La interpretació d’aquest paràgraf no és pacífica. Per a alguns autors, el precepte ha d’interpretar-se com una llista tancada expressiva de les úniques situacions en què el coneixement efectiu pot considerar-se assolit pel proveïdor (tesi que es pot anomenar *limitativa*). Per contra, per a una altra part de la doctrina, cal entendre que l'article no exclou la possibilitat d’apreciar, quan sigui procedent, que el prestador del servei va tenir coneixement efectiu de la il·licitud dels continguts en supòsits diferents dels que preveuen aquests articles (tesi no *limitativa*). Després d’algunes resolucions judicials discrepants, el TS va fixar

la interpretació àmplia o no limitativa, admetent que és possible obtenir el coneixement efectiu al marge dels mitjans que preveu expressament l'article 16.1.II LSSICE (STS 773/2009, Sala Civil, de 9 de desembre de 2009).

Aquesta STS assenyala que "[n]o és conforme a la Directiva –l'objectiu de la qual és, sobre aquest tema, harmonitzar els règims d'exempció de responsabilitat dels prestadors de serveis– una interpretació de l'apartat 1 de l'article 16 de la Llei 34/2002 com la proposta per la recurrent, ja que redueix injustificadament les possibilitats d'obtenció del "coneixement efectiu" de la il·licitud dels continguts emmagatzemats i amplia correlativament l'àmbit de l'exempció, en relació amb els termes de la norma harmonitzadora, que exigeix un coneixement efectiu, però sense restringir els instruments aptes per a assolir-lo.

A més que el mateix article 16 permet aquesta interpretació favorable a la Directiva –en deixar a resguard la possibilitat d'"altres mitjans de coneixement efectiu que poguessin establir-se"–, no s'ha de prescindir del fet que aquesta atribueix el mateix valor que al "coneixement efectiu" al coneixement que s'obté pel prestador del servei a partir de fets o circumstàncies aptes per a possibilitar, encara que mediatament o per inferències lògiques a l'abast de qualsevol, una aprehensió efectiva de la realitat de què es tracti."

2.4.4. Inexistència d'obligació general de supervisió

La Directiva sobre el comerç electrònic prohibeix que els estats membres estableixin obligacions generals de monitoratge dels continguts a càrrec dels intermediaris. Així, d'acord amb l'article 15.1 DCE, els estats membres no poden imposar als prestadors de serveis una obligació general, ja sigui de supervisar les dades que transmetin o emmagatzemin, ja sigui de fer cerques actives de fets o circumstàncies que indiquin activitats il·lícites en relació amb els serveis de *hosting*, i tampoc en relació amb els serveis de transmissió de dades, de provisió d'accés a la Xarxa i d'emmagatzematge en memòria cau. No obstant això, cal destacar que la Directiva no exclou la possibilitat que els estats estableixin obligacions de supervisió que no siguin de caràcter general (considerant 47 DCE).

Aquesta prohibició d'imposar obligacions generals de supervisió afecta tant la promulgació de normes pels estats membres, com la imposició d'obligacions d'aquest tipus en resolucions judicials. Així, per exemple, les mesures preventives que cal imposar als intermediaris en matèria de propietat intel·lectual a l'empara de la legislació sectorial no poden consistir en obligacions generals de filtratge (vegeu en aquest sentit les sentències del TJUE de 24 novembre 2011, assumpte C-70/10, *Scarlet Extended vs. SABAM*, i 16 febrer 2012, assumpte C 360/10, *SABAM vs. Netlog*).

Una altra conseqüència d'aquest principi és que les reclamacions contra intermediaris per la presència de continguts il·lícits en les seves plataformes no poden limitar-se a advertir de manera general que hi ha aquests continguts en la plataforma, sinó que han d'identificar-los amb precisió (per exemple, assenyalar l'URL si es tracta d'un vídeo pujat a un web com YouTube), ja que el contrari implicaria obligar la plataforma a fer cerques actives per a localitzar aquests continguts. En aquest sentit, pot veure's la sentència de l'Audiència Provincial de Madrid núm. 11/2014, Secció 28a., de 14 de gener de 2014.

D'altra banda, la Directiva preveu la possibilitat que els estats exigeixin als prestadors de serveis de la societat de la informació que comuniquin amb promptitud a les autoritats les dades il·lícites de forma presumpta o les activitats il·lícites dutes a terme pels destinataris dels seus serveis; o, també, que els imposin l'obligació de proporcionar a les autoritats, quan aquestes ho sol·licitin, informació que permeti identificar els destinataris dels seus serveis amb els quals hagin establert acords d'emmagatzematge (art. 15.2 DCE).

2.4.5. El principi de neutralitat en la jurisprudència del TJUE

El Tribunal de Justícia de la UE ha tingut ocasió de pronunciar-se diverses vegades sobre els preceptes de la DCE que estableixen limitacions de responsabilitat.

Poden veure's, entre altres, les sentències de 23.03.2010 (assumptes acumulats C-236/08 a C-238/08, *Google France*); 12.07.2011 (assumpte C-324/09, *L'Oréal vs. eBay*); 24.11.2011 (assumpte C-70/10, *Scarlet Esteneuvs. SABAM*); 16.02.2012 (assumpte C-360/10, *SABAM vs. Netlog*); 27.03.2014 (assumpte C-314/12, *UPC Telekabel*); 11.09.2014 (assumpte C-291/13, *Papasavvas*).

El TJUE considera que perquè les regles d'exclusió de responsabilitat siguin aplicables cal que l'activitat del prestador sigui merament tècnica, automàtica i passiva, de manera que no tingui coneixement ni control sobre la informació que transmet o emmagatzema. En cas contrari, les regles ja no entrarien en joc. Per tant, es tractaria d'un requisit previ, diferent de les condicions que s'estableixen en cada supòsit d'exclusió (en aquest sentit, STJUE de 23 març 2010, "Google France", ap. 113-114).

No obstant això, no sembla que aquest criteri pugui interpretar-se en un sentit literal, de manera que deixi fora de l'àmbit d'aplicació d'aquestes normes els intermediaris que puguin obtenir coneixement o control sobre els continguts. A Google France, el TJEU es basa en el considerant 42 de la DCE, que en realitat tan sols es refereix als supòsits de mera transmissió de dades i accés a la Xarxa (l'emmagatzematge temporal que s'esmenta en aquest considerant està previst en l'article 12 de la Directiva). D'altra banda, ni tan sols l'article 12 DCE estableix la falta de coneixement com a requisit per a l'aplicabilitat de l'exempció, de manera que el considerant 42 sembla més una descripció general del caràcter passiu que una imposició d'un requisit de falta de coneixement. El requisit de neutralitat com a tal com es recull en la sentència Google France resulta a més contradictori amb l'article 14 DCE, que admet la possibilitat de beneficiar-se de l'exempció en cas de tenir coneixement efectiu si en aquest supòsit es retira el contingut. La neutralitat, doncs, sembla que ha d'entendre's més aviat com la falta de participació en la creació del contingut (*vid. p. ex. STJUE de 23 març 2010, Google France, ap. 116 seg.; STJUE 12 juliol 2011, L'Oréal, ap. 115 seg.*).

3. Comerç i contractació electrònica

En el comerç electrònic incideixen diversos cossos normatius, a més de les regles generals en matèria d'obligacions i contractes. En els subapartats següents farem referència a les fonts principals, centrant l'atenció en les normes que estableix la LSSICE.

3.1. El principi d'equivalència funcional

La formalització de contractes entre absents, és a dir, entre persones que no es troben presents simultàniament en un mateix lloc, no és en absolut un fenomen desconegut en el dret de la contractació. Des d'antic, s'han formalitzat contractes per carta i, més tard, per telèfon, telègraf, etc. Tant el Codi civil com el Codi de comerç (CCo) van incloure regles específiques sobre la perfecció del contracte en aquests supòsits (p. ex., art. 1262 CC i 54 CCo). Amb la irrupció de les comunicacions electròniques va aparèixer una via més per a la transmissió i instrumentació o fixació de les manifestacions de voluntat determinants per a la conclusió del contracte. Per a no obstaculitzar el desenvolupament del comerç electrònic, cal establir un principi general que afirmi la plena validesa i eficàcia dels contractes formalitzats per via electrònica, considerant que es tracta d'una via funcionalment equivalent a les formes orals o escrites (en paper) de formalització de contractes. Així ho va fer el primer instrument internacional dedicat específicament al comerç electrònic, la Llei model d'UNCITRAL sobre comerç electrònic, aprovada el 12 de juny de 1996 (art. 5 i 11), i també, més tard, la Convenció de les Nacions Unides sobre la utilització de les comunicacions electròniques en els contractes internacionals, adoptada per l'Assemblea General de l'ONU el 23 de novembre de 2005 (art. 8.1).

La Directiva sobre el comerç electrònic va exigir als estats que facilitessin la formalització de contractes electrònics i, en particular, que garantissin que "el règim jurídic aplicable al procés contractual no entorpeix la utilització real dels contractes per via electrònica, ni condueix a privar d'efecte i de validesa jurídica a aquest tipus de contractes en raó de la seva formalització per via electrònica" (art. 9.1 DCE), amb la possibilitat d'establir excepcions respecte de determinats tipus de contractes. De les diverses excepcions que permet la Directiva, la Llei espanyola només recull els supòsits dels contractes relatius al dret de família i successions.

Seguint el mandat de la Directiva de remoure els obstacles jurídics que puguin perjudicar el desenvolupament del comerç electrònic, la LSSICE afirma el principi d'“equivalència funcional”, és a dir, el principi que els actes i contractes duts a terme per via electrònica produeixen els mateixos efectes que els formalitzats per escrit o de paraula. La instrumentació electrònica es considera així un “equivalent funcional” a la instrumentació per les vies tradicionals escrites o orals. El sol fet que el contracte s'hagi dut a terme per via electrònica no n'ha de perjudicar en res la validesa i l'eficàcia jurídiques.

Aquest principi no resulta estrany en el nostre sistema de contractes, presidit pel principi de llibertat de forma (cf. art. 1278 i 1279 CC). La LSSICE ve a reiterar aquest principi espiritualista –fins i tot prenent prestada l'expressió de l'article 1279 CC– en assenyalar que

“els contractes formalitzats per via electrònica produeixen tots els efectes previstos per l'ordenament jurídic, quan hi concorrin el consentiment i els altres requisits necessaris per a la seva validesa” (art. 23.1 LSSICE).

D'altra banda, i en la mateixa direcció de facilitar la conclusió de contractes electrònics, la Llei adverteix que per a la validesa del contracte no és necessari que les parts s'hagin posat d'acord prèviament per emprar mitjans electrònics (cf. art. 23.2 LSSICE).

No obstant això, el principi de llibertat de forma coneix moltes excepcions, particularment en el cas de contractes amb consumidors, perquè s'exigeix que constin per escrit les manifestacions de les parts o perquè s'exigeix aquesta constància respecte de determinada informació que ha de proporcionar-se al consumidor. Per aquest motiu és fonamental per a complir amb el propòsit de la Directiva de facilitar la utilització real dels contractes electrònics el principi que estableix la LSSICE d'equiparació entre forma escrita i forma electrònica:

“Sempre que la Llei exigeixi que el contracte o qualsevol informació relacionada amb el contracte consti per escrit, aquest requisit s'entén satisfet si el contracte o la informació es conté en un suport electrònic” (art. 23.3 LSSICE).

La Llei no estén aquesta equiparació al cas de l'exigència de forma documental pública, però tampoc s'oposa al fet que aquesta pugui complir-se electrònicament si la legislació específica ho admet.

Aquests contractes, i tots els que requereixen la intervenció d'òrgans jurisdiccionals, notaris, registradors o autoritats públiques, es regeixen per la seva legislació específica (cf. art. 23.4.II LSSICE).

3.2. Marc jurídic de la contractació electrònica

Ni la Directiva sobre el comerç electrònic ni la LSSICE estableixen una regulació general de la contractació electrònica. Per contra, es limiten a dictar algunes regles molt bàsiques. A més del principi d'equivalència funcional, afirmat en l'article 23, la LSSICE tracta sobre la prova dels contractes formalitzats per via electrònica, sobre la intervenció de tercers de confiança, sobre la llei aplicable i sobre la determinació del moment i lloc de formalització del contracte. A més, disposa una sèrie d'obligacions prèvies i posteriors a la formalització del contracte, i marca certs límits a l'enviament de comunicacions comercials per via electrònica.

El conjunt de normes aplicables als contractes electrònics és, naturalment, molt més ampli. En termes generals, és aplicable als contractes formalitzats per via electrònica la normativa sobre contractes a distància. Aquesta regulació es troba fonamentalment en els articles 92 a 113 del Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU), modificat per la Llei 3/2014, de 27 de març, que trasllada la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors.

Quan el contracte firma electrònicament, resulta d'aplicació la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica. Moltes altres disposicions legals poden resultar d'aplicació en funció del tipus concret de transacció que es dugui a terme. En el cas concret dels serveis financers, és aplicable la Llei 22/2007, d'11 de juliol, sobre comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, que trasllada a l'ordenament espanyol part de la Directiva 2002/65/CE. Aquesta Llei estableix el règim específic dels contractes de serveis financers amb consumidors, prestats, negociats i formalitzats a distància, sense perjudici de l'aplicació de la normativa general continguda en la LSSICE i en el Text refós de la llei general de defensa dels consumidors i usuaris.

També cal tenir en compte la Llei de condicions generals de la contractació (LCGC), de 13 d'abril de 1998, que resulta especialment pertinent en la mesura en què en el comerç electrònic la majoria dels contractes utilitzen condicions generals predisposades pel prestador del servei. Pel que fa a contractes celebrats amb consumidors cal estar en particular al que es disposa en els articles 80 i següents del TRLGDCU.

3.3. Comunicacions comercials per via electrònica i *cookies*

Part de l'activitat de comerç electrònic consisteix en la promoció o publicitat dels productes o serveis. La LSSICE recorda que les comunicacions comercials i les ofertes promocionals s'han de regir, a més de per la mateixa LSSICE, per

la seva normativa pròpia, per la legislació en matèria de publicitat, per la legislació de comerç i, en tot cas, per la legislació de protecció de dades (cf. art. 19 LSSICE).

Les normes especials de la LSSICE en aquesta matèria es refereixen, d'una banda, a certa **informació que han de contenir les comunicacions comercials, ofertes promocionals i concursos** (art. 20 LSSICE).

En particular, les comunicacions comercials per via electrònica han de poder-se identificar clarament com a tals, i la persona física o jurídica en nom de la qual es duen a terme també ha de poder-se identificar clarament (art. 20.1). En els supòsits d'ofertes promocionals, com les que incloguin descomptes, premis i regals, i de concursos o jocs promocionals, amb l'autorització prèvia corresponent, s'ha d'assegurar també que s'identifiquin clarament com a tals i que les condicions d'accés i, si s'escau, de participació siguin fàcilment accessibles i s'expressin de forma clara i inequívoca (art. 20.2). Es prohibeix expressament l'enviament de comunicacions en les quals s'inciti els destinataris a visitar pàgines d'Internet que contravinguin les exigències anteriors o incompleixin les normes d'ordenació del comerç (art. 20.4).

D'altra banda, s'estableixen les condicions per a la licitud de l'enviament de **comunicacions comercials no sol·licitades** per mitjans electrònics.

La regla general consisteix que per a l'enviament de comunicacions publicitàries o promocionals per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent és necessari que prèviament hagin estat sol·licitades o expressament autoritzades pels destinataris (art 21.1).

Com a excepció, es permet enviar aquestes comunicacions sense la sol·licitud o autorització prèvies quan hi hagi una relació contractual prèvia, sempre que el prestador hagi obtingut de forma lícita les dades de contacte del destinatari i les empli per a l'enviament de comunicacions comercials referents a productes o serveis de la seva pròpia empresa que siguin similars als que inicialment van ser objecte de contractació amb el client. En tot cas, el prestador ha d'oferir al destinatari la possibilitat d'oposar-se al tractament de les seves dades amb finalitats promocionals mitjançant un procediment senzill i gratuït, tant en el moment de recollida de les dades com en cadascuna de les comunicacions comercials que li dirigeixi. A aquest efecte, quan la comunicació es remeti per correu electrònic, s'ha d'incloure una adreça de correu electrònic o una altra adreça electrònica vàlida en què pugui exercitar-se aquest dret, i queda prohibit l'enviament de comunicacions que no incloguin aquesta adreça (art. 21.2).

La LSSICE també inclou el règim de l'ús de *cookies* o instruments similars, que s'estableix en l'article 22.2.

La regulació procedeix de la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacitat i les comunicacions electròniques, que en l'article 5.3 va establir algunes condicions per a la instal·lació i lectura de *cookies* i altres eines en els ordinadors dels usuaris. Aquest precepte va modificar-se més tard en la reforma que va dur a terme la Directiva 2009/136/CE, de 25 de novembre de 2009, la qual va imposar requisits més exigents. La transposició d'aquesta última versió de la Directiva es va dur a terme mitjançant el Reial decret llei 13/2012, de 30 de març, modificant l'article 22.2 de la LSSICE.

Per a poder utilitzar *cookies* o instruments similars (que la llei descriu com a "dispositius d'emmagatzematge i recuperació de dades en equips terminals dels destinataris") és necessari que els destinataris hi hagin donat el consentiment després que se'ls hagi proporcionat informació clara i completa sobre la seva utilització, en particular sobre les finalitats del tractament de les dades d'acord amb el que disposa la normativa de protecció de dades. No obstant això, no és necessari el consentiment per a la instal·lació o lectura de certs tipus de *cookies* que per la seva naturalesa resulten necessàries per a dur a terme una comunicació electrònica o per a la prestació d'un servei de la societat de la informació que el destinatari hagi sol·licitat expressament.

Quant a la manera de prestar el consentiment, la norma preveu que "[q]uan sigui tècnicament possible i eficaç, el consentiment del destinatari per acceptar el tractament de les dades pot facilitar-se mitjançant l'ús dels paràmetres adequats del navegador o d'altres aplicacions" (art. 22.2).

No es tracta estrictament d'una norma de protecció de dades i, per tant, la informació i el consentiment previs s'exigeixen amb independència del fet que les dades que s'obtinguin mitjançant les *cookies* siguin de caràcter personal o no. No obstant això, la potestat sancionadora per l'incompliment d'aquestes obligacions s'atribueix a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades (art. 43 LSSICE). L'incompliment d'aquestes normes constitueix una infracció lleu (art. 38.4.g), que pot arribar a ser greu en cas de reincidència (art. 38.3.i).

3.4. Obligacions d'informació precontractual

La LSSICE estableix algunes obligacions específiques per a les fases prèvia i posterior a la formalització del contracte electrònic, que són aplicables sobretot als casos en què un dels contractants estigui actuant com a prestador d'un servei de la societat de la informació i, per tant, amb caràcter empresarial o professional. Naturalment, aquestes obligacions –excepte en cas d'incompatibilitat o contradicció– no són obstacle per a l'aplicabilitat cumulativa de la resta dels requisits previstos en altres normes³.

En particular, pel que fa a la fase prèvia a la formalització del contracte i sempre sense perjudici de l'aplicació d'altres normes que també imposen obligacions d'informació precontractual (com les que estableix la Llei d'ordenació

Lectures complementàries

Grupo de Trabajo de Protección de Datos del Artículo 29: Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea (22 juny 2010).

Disponible a:

<http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wp-docs/2010/wp171_es.pdf>

Agencia Española de Protección de Datos: *Guía sobre el uso de las cookies* (2013).

Disponible a:

<https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal-documentacion/publicaciones/common/Guias/Guia_Cookies.pdf>

⁽³⁾Per exemple, els que resulten d'aplicació en raó de la modalitat contractual de la qual es tracta, o del tipus concret de serveis que es presten, o de les condicions de les parts que intervenen, o de l'ocupació de condicions generals, etc.

del comerç minorista), s'exigeix que abans que s'iniciï el procediment de contractació es posi a la disposició del destinatari informació clara, comprensible i inequívoca sobre:

- a) els tràmits que s'han de seguir per formalitzar el contracte;
- b) si el prestador arxiva el contracte i si és accessible;
- c) els mitjans tècnics de què disposa el destinatari del servei per a identificar i corregir errors en la introducció de les dades;
- d) la llengua o les llengües en les quals es pot formalitzar el contracte (cf. art. 27.1 LSSICE).

Aquesta informació ha de proporcionar-se mitjançant tècniques adequades al mitjà de comunicació utilitzat, i de manera permanent, fàcil i gratuïta. S'entén complerta aquesta obligació si el prestador inclou la informació en la seva pàgina o lloc d'Internet. En cas que la contractació es formalitzi a través de dispositius amb pantalles de format reduït (com telèfons mòbils o altres), s'entén complerta aquesta obligació si es facilita de manera permanent, fàcil, directa i exacta l'adreça d'Internet en la qual aquesta informació es posa a la disposició del destinatari (cf. art. 27.1 LSSICE).

No obstant això (cf. art. 27.2 LSSICE), no és necessari facilitar aquesta informació prèvia si així ho acorden els contractants, sempre que cap dels dos sigui consumidor. I tampoc no és exigible si el contracte s'ha formalitzat exclusivament mitjançant l'intercanvi de correu electrònic (o d'una comunicació electrònica equivalent).

A més, el prestador de serveis, també amb anterioritat a l'inici del procediment de contractació, ha de posar a la disposició del destinatari dels seus serveis les condicions generals a les quals s'ha de subjectar el contracte, de manera que el destinatari pugui emmagatzemar-les i reproduir-les. També en aquest cas l'obligació regeix solament per al cas en què una de les parts actuï com a empresari o professional i, per tant, amb la consideració de "prestador de serveis" (cf. art. 27.4 LSSICE).

Sobre la validesa i la irrevocabilitat de l'oferta del prestador, la LSSICE simplement disposa que, sense perjudici de la legislació específica aplicable, les ofertes o propostes de contractació són vàlides durant el període que fixi l'oferent, i si no n'ha fixat cap, durant el temps que romanguin accessibles als destinataris dels serveis (cf. art. 27.3 LSSICE).

3.5. Moment i lloc de formalització del contracte

El nostre sistema de perfecció consensual del contracte (cf. art. 1258 CC) requereix determinar **en quin moment s'entén produït el consentiment**, que es manifesta pel concurs de l'oferta i l'acceptació (cf. art. 1262.1 CC). En la contractació entre presents no sol haver-hi dificultat per a determinar el moment en el qual aquest concurs es produeix. Ara bé, en els contractes formalitzats entre persones físicament distants, necessitem alguna regla que ens ajudi a precisar aquest moment.

Les solucions legals i jurisprudencials són variades. En un extrem es troba la **teoria de la cognició**, segons la qual l'acceptació només produeix efectes a partir del moment en què l'oferent l'hagi conegut. En l'altre extrem es troba la **teoria de la declaració o manifestació**, que considera suficient que el receptor de l'oferta hagi manifestat la declaració de voluntat d'acceptar-la. La primera tesi es tempera amb la **teoria de la recepció**: no fa falta que l'oferent hagi conegut efectivament l'acceptació, sinó que és suficient que l'hagi pogut conèixer, és a dir, que hagi arribat a la seva esfera de control. La segona tesi, la de la declaració o manifestació, se suavitza amb la **teoria de l'expedició**: no és suficient haver exterioritzat l'acceptació, sinó que és necessari haver-la enviat (per qualsevol mitjà) a l'altra part; és necessari, doncs, que l'acceptació hagi sortit de l'esfera de control de l'acceptant.

El Codi civil va optar per la tesi de la cognició en l'article 1262.2, la redacció original del qual disposava que “[l]’acceptació feta per carta no obliga al que va fer l’oferta sinó des que va arribar al seu coneixement”, encara que la jurisprudència es va encarregar de matisar-la amb consideracions més en la línia de la tesi de la recepció. El Codi de comerç, en l'article 54, es va orientar en el sentit de la teoria de l'expedició:

“Els contractes que es formalitzin per correu queden perfeccionats des que es contesta acceptant la proposta o les condicions amb que aquesta es modifiqui.”

La LSSICE –mitjançant una disposició addicional– ha volgut unificar els dos sistemes reformant la redacció de tots dos articles. Aquesta reforma estableix un criteri general i un altre d'especial, tant per als contractes civils com per als mercantils, i tant si són contractes electrònics com si no ho són.

El criteri general disposa que “[t]robant-se en llocs diferents el que va fer l'oferta i el que la va acceptar, hi ha consentiment des que l'oferent coneix l'acceptació o des que, havent-la-hi remès l'acceptant, no pugui ignorar-la sense faltar a la bona fe”, mentre que, per al supòsit especial en què els contractes es formalitzen “mitjançant dispositius automàtics”, es disposa que concorre el consentiment “des que es manifesta l'acceptació” (cf. disposició addicional 4 LSSICE).

El criteri general recull la *teoria de la recepció*. El contracte queda perfeccionat des del moment en què l'acceptació arriba a l'esfera de control de l'oferent, de manera que aquest “no pugui ignorar-la sense faltari a la bona fe”. No és necessari que l'hagi conegut efectivament (encara que, si és així, amb més raó haurem de tenir el contracte per perfeccionat). D'altra banda, la LSSICE ofereix un criteri –ara sí, referit únicament als contractes electrònics– per a determinar en quin moment s'ha rebut l'acceptació: s'entén que s'ha rebut quan la part a la qual va dirigida pot tenir-ne constància (cf. art. 28.2 LSSICE).

La Llei no proporciona cap criteri per a saber què significa “tenir constància” de l'acceptació, però potser calgui aplicar per analogia el criteri que sí proporciona la Llei quant a la constància de la recepció de la confirmació: s'entén que el destinatari té constància d'haver rebut la confirmació quan aquesta hagi estat emmagatzemada en el servidor en el qual tingui donat d'alta el seu compte de correu electrònic, o en el dispositiu utilitzat per a la recepció de comunicacions (cf. art. 28.2.II LSSICE).

El primer supòsit no constitueix precisament un exemple de norma tecnològicament neutral; es pot apreciar més neutralitat en el segon, que fa referència de manera genèrica al dispositiu emprat per a rebre les comunicacions. No obstant això, la referència al servidor de correu electrònic resulta il·lustrativa, ja que indica que no és necessari que el missatge hagi arribat a les mans de l'altra part, sinó que n'hi ha prou que hagi arribat al lloc on aquesta pot dirigir-se per a accedir al seu contingut.

El criteri especial, aplicable als contractes formalitzats per mitjà de “dispositius automàtics” recull la tesi de l'expedició, en la mesura en què considera perfeccionat el contracte des que es manifesta l'acceptació, a condició que aquesta manifestació es dugui a terme per mitjà d'un mecanisme que la reculli automàticament i que, per tant, impliqui no una mera manifestació, sinó una veritable expedició de l'acceptació.

El legislador no explica què ha d'entendre's per *dispositius automàtics*, però sembla que vol fer referència als supòsits en què el contracte no requereix enviar un missatge electrònic amb l'acceptació, sinó, per exemple, fer un simple clic al web, de manera que el prestador de serveis rebria aquesta acceptació de manera “instantània”. Aquesta (discutible) recepció instantània faria que la seva acceptació i coneixement (o, almenys, la seva recepció) fossin simultanis i, per tant, es pogués determinar com a moment de la perfecció el de la “manifestació de l'acceptació”.

Finalment, pel que fa al **lloc on s'entén formalitzat el contracte**, la nova redacció dels articles 1262 CC i 54 CCo estableix la regla general per als contractes entre absents, consistent en el fet que el contracte es presumeix formalitzat al lloc on es va fer l'oferta. Ara bé, per al cas concret dels contractes formalitzats per via electrònica, la LSSICE estableix una regla específica en l'article 29: si es tracta de contractes entre empresaris o professionals, es presumeixen formalitzats en el lloc on estigui establert el prestador de serveis; si es tracta de contractes en els quals una de les parts és un consumidor, es presumeixen formalitzats al lloc de residència habitual d'aquest últim.

3.6. Regles per a la fase posterior a la contractació

Pel que fa a la fase posterior a la formalització del contracte, és a dir, una vegada s'ha verificat el concurs de l'oferta i de l'acceptació, la LSSICE exigeix que l'oferent lliuri a l'altra part una confirmació d'haver rebut l'acceptació (cf. art. 28 LSSICE). De la mateixa manera que per a les obligacions d'informació precontractual, s'adverteix aquí que no és necessari facilitar aquesta confirmació si així ho acorden els contractants, sempre que cap dels dos no sigui un consumidor; i tampoc no és necessari –una vegada més– si el contracte s'ha formalitzat exclusivament mitjançant l'intercanvi de correu electrònic o d'una comunicació electrònica equivalent. Cal notar que aquí s'ha mantingut l'incís que diu “quan aquests mitjans no siguin emprats amb el propòsit exclusiu d'eludir el compliment d'aquesta obligació” (cf. art. 28.3.b LSSICE), incís que també constava en la redacció original de l'article 27.2.b LSSICE, referit a la informació precontractual i que més tard va ser suprimit per la Llei 56/2007, de mesures d'impuls de la societat de la informació.

La confirmació de recepció de l'acceptació es pot fer per correu electrònic o per un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, en l'adreça indicada per l'acceptant i dins del termini de vint-i-quatre hores des que ha rebut l'acceptació; o bé utilitzant un mitjà equivalent al que s'ha utilitzat per a l'acceptació i fent la confirmació de manera immediata, tan aviat com l'acceptant hagi finalitzat el procés i sempre que la confirmació pugui ser arxivada pel destinatari.

Aquest segon supòsit és el cas, per exemple, de les operacions en què l'acceptació es manifesta fent clic sobre la pàgina web en la qual comprem, i tot seguit apareix una nova pantalla que ens indica que l'acceptació ha estat rebuda correctament. Ara bé, aquesta manera de confirmar l'acceptació solament resulta suficient si és susceptible de ser arxivada pel destinatari.

L'obligació de confirmar la recepció de l'acceptació **no constitueix un requisit de validesa del contracte**. Es tracta d'una obligació establerta per la Llei i la conseqüència de la seva omisió és la imposició d'una sanció administrativa. L'omisió habitual d'aquesta obligació constitueix infracció greu (art. 38.3.f LSSICE).

L'obligació de confirmar correspon a l'oferent, però cal tenir en compte que l'oferent no sempre serà el venedor, sinó que també pot ser el comprador. El comprador és l'oferent quan respon amb una oferta de compra a la *invitatio adofferendum* del venedor. En aquests casos, per tant, és al comprador a qui correspon l'obligació de confirmar. La LSSICE deixa ben clar que l'obligació de confirmar pot correspondre al destinatari del servei, i per a aquest cas preveu que el prestador faciliti el compliment d'aquesta obligació posant a la disposició del destinatari els mitjans oportuns (cf. art. 28.1.II LSSICE).

Quant a la prova del contracte, la LSSICE simplement es remet a les normes generals de l'ordenament, amb una remissió especial a la Llei 59/2003, de signatura electrònica, en cas que es tracti de contractes signats electrònicament (cf. art. 24 LSSICE).

3.7. El dret de desistiment

En termes generals i llevat d'una sèrie d'excepcions, en els contractes a distància –entre els quals s'inclouen els formalitzats per via electrònica–, la Llei concedeix al comprador del bé, o destinatari del servei, un breu termini de temps per a desistir del contracte lliurement, això és, sense necessitat d'expressar o justificar cap causa (*ad nutum*). Com a fonament d'aquest dret se sol assenyalar la dificultat que té l'adquirent de valorar l'adequació del bé o servei que està contractant a distància, o simplement la voluntat del legislador de proporcionar un termini especial de reflexió. Aquest dret és dispositiu en cas que es tracti de comerç entre empresaris o professionals, mentre que resulta imperatiu en el cas de contractes formalitzats amb consumidors.

La seva regulació es troba actualment en el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (TRLGDCU), modificat en aquest punt per la Llei 3/2014, de 27 de març que trasllada la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors, que entre altres novetats va modificar el termini per a l'exercici del dret.

La Llei 3/2014 va derogar la regulació sobre el desistiment anteriorment continguda en la Llei d'ordenació del comerç minorista (LOCM). En l'actualitat, l'article 10 de la LOCM remet al TRLGDCU quant a l'exercici del dret de desistiment.

El TRLDCU va optar per establir un règim general o comú del dret de desistiment dels consumidors i usuaris, que se situa sistemàticament en el títol primer del llibre segon, i que segueix en l'essencial el que ja disposava la LOCM. El capítol II ("Dret de desistiment") d'aquest títol I estableix la disciplina comuna d'aquest dret, que defineix com

"la facultat del consumidor i usuari de deixar sense efecte el contracte formalitzat, notificant-li-ho així a l'altra part contractant en el termini establert per a l'exercici d'aquest dret, sense necessitat de justificar la seva decisió i sense penalització de cap classe" (art. 68.1.I TRLDCU).

Es prohibeixen, amb sanció de nul·litat de ple dret, les clàusules que imposin al consumidor i usuari una penalització per l'exercici d'aquest dret (art. 68.1.II TRLDCU).

La facultat per a desistir del contracte no es dóna de manera general en tots els contractes en els quals intervinguin consumidors i usuaris, sinó solament en els supòsits en què així s'hagi previst legalment o reglamentàriament, així com

quan aquest dret s'hagi reconegut en el mateix contracte o en la promoció o publicitat (art. 68.2 TRLDCU). En els casos en què el dret de desistiment estigui legalment atribuït al consumidor i usuari, aquest dret es regeix en primer lloc per les disposicions legals que l'atribueixen, i de manera supletòria per les regles generals dels articles 68 a 79 TRLDCU (cf. art. 68.3 TRLDCU).

El cas dels contractes a distància i contractes formalitzats fora d'un establiment mercantil constitueix un dels supòsits en què legalment s'atribueix el dret a desistir al consumidor i usuari, segons disposa expressament l'article 102 TRLGDCU, amb una sèrie d'excepcions previstes en l'article 103 TRLGDCU. Igual que en el règim general supletori, se sancionen amb nul·litat les clàusules que imposin una penalització per l'exercici d'aquest dret. Es qualifiquen també de *nul·les de ple dret* les clàusules que imposin la renúncia al desistiment (art. 102.2 TRLDCU).

No hi ha dret de desistiment en els supòsits que recull l'article 103 TRLGDCU:

a) La prestació de serveis, una vegada que el servei hagi estat completament executat, quan l'execució hagi començat, amb consentiment previ exprés del consumidor i usuari i amb el reconeixement per la seva banda que és conscient que, una vegada que l'empresari hagi executat completament el contracte, haurà perdut el seu dret de desistiment.

b) El subministrament de béns o la prestació de serveis el preu dels quals depengui de fluctuacions del mercat financer que l'empresari no pugui controlar i que puguin produir-se durant el període de desistiment.

c) El subministrament de béns confeccionats de conformitat amb les especificacions del consumidor i usuari o clarament personalitzats.

d) El subministrament de béns que puguin deteriorar-se o caducar amb rapidesa.

e) El subministrament de béns precintats que no siguin aptes per ser retornats per raons de protecció de la salut o d'higiene i que hagin estat desprecintats després del lliurament.

f) El subministrament de béns que després del seu lliurament i tenint en compte la seva naturalesa s'hagin barrejat de forma indissociable amb altres béns.

g) El subministrament de begudes alcohòliques el preu de les quals s'hagi acordat en el moment de subscriure el contracte de venda i que no es puguin lliurar abans de 30 dies, i el valor real de les quals depengui de fluctuacions del mercat que l'empresari no pugui controlar.

h) Els contractes en els quals el consumidor i usuari hagi sol·licitat específicament a l'empresari que el visiti per efectuar operacions de reparació o manteniment urgent; si, en aquesta visita, l'empresari presta serveis addicionals als sol·licitats específicament pel consumidor o subministra béns diferents de les peces de recanvi utilitzades necessàriament per efectuar les operacions de manteniment o reparació, el dret de desistiment ha d'aplicar-se a aquests serveis o béns addicionals.

e) El subministrament d'enregistraments sonors o de vídeo precintats o de programes informàtics precintats que el consumidor i usuari hagi desprecintat després del lliurament.

j) El subministrament de premsa diària, publicacions periòdiques o revistes, amb l'excepció dels contractes de subscripció per al subministrament d'aquestes publicacions.

k) Els contractes subscrits mitjançant subhastes públiques.

l) El subministrament de serveis d'allotjament per a finalitats diferents de les de servir d'habitatge, transport de béns, lloguer de vehicles, menjar o serveis relacionats amb activitats d'esbarjo, si els contractes preveuen una data o un període d'execució específics.

m) El subministrament de contingut digital que no es presti en un suport material quan l'execució hagi començat amb el consentiment previ exprés del consumidor i usuari amb el coneixement per la seva banda que en conseqüència perd el seu dret de desistiment.”

El **termini** per a l'exercici del dret de desistiment és de **14 dies naturals**. Quan es tracta de serveis, aquest termini compta a partir del dia de la formalització del contracte. En els contractes de venda, el termini compta, com a regla general, a partir del dia en què el consumidor i usuari adquireix la possessió material dels béns (art. 104 TRLGDCU), sense perjudici d'una sèrie de regles especials que estableix el mateix precepte.

No obstant això, si l'empresari no ha facilitat al consumidor i usuari la informació sobre el dret de desistiment, el període de desistiment s'estén fins a 12 mesos després de la data d'expiració del període de desistiment inicial (art. 105.1). Si durant aquests 12 mesos l'empresari facilita la informació, el termini finalitza al cap de 14 dies naturals de la recepció d'aquesta informació (art. 105.2).

El consumidor i usuari ha de comunicar a l'empresari la seva decisió de desistir del contracte abans que finalitzi el termini, mitjançant el formulari de desistiment que s'inclou en la llei o per un altre tipus de declaració inequívoca (art. 106.1).

L'exercici del dret de desistiment extingeix les obligacions de les parts d'executar el contracte a distància o subscrit fora de l'establiment, o de formalitzar el contracte, quan el consumidor i usuari hagi fet una oferta (art. 106.5).

L'empresari ha de reemborsar els pagaments rebuts del consumidor i usuari, que en cas de retard li podrà reclamar el doble del degut, sense perjudici del dret a la indemnització pels danys i perjudicis en el que excedeixin aquesta quantitat (art. 107).

El consumidor ha de retornar els béns i ha de fer-se càrrec dels costos directes de la devolució, excepte si l'empresari va acceptar assumir-los, o si no el va informar que li correspondria assumir aquests costos (art. 108.1).

El TRLGDCU desenvolupa aquestes previsions de manera prolixa, tant en el règim supletori com en l'específic per als contractes a distància i els formalitzats fora de l'establiment mercantil. Per al seu examen detallat remetem al text de la Llei, ja que la seva exposició aquí resultaria excessivament minuciosa.

4. Infraccions i sancions

La LSSICE inclou un capítol d'infraccions i sancions, que tipifica determinats incompliments dels seus preceptes com a infraccions de caràcter molt greu, infraccions de caràcter greu i infraccions de caràcter lleu, i estableix les sancions corresponents. La tipificació de les infraccions es duu a terme en l'article 38 LSSICE, que ha estat modificat diverses vegades. L'únic supòsit d'infracció molt greu en l'actualitat està constituït per

"l'incompliment de l'obligació de suspendre la transmissió, l'allotjament de dades, l'accés a la xarxa o la prestació de qualsevol altre servei equivalent d'intermediació, quan un òrgan administratiu competent ho ordeni, en virtut del que disposa l'article 11".

Entre les infraccions greus cal destacar l'incompliment significatiu d'alguns dels deures d'informació previstos en l'article 10 LSSICE; determinades vulneracions de les normes sobre enviament de comunicacions comercials, i en particular "[]" enviament massiu de comunicacions comercials per correu electrònic o un altre mitjà de comunicació electrònica equivalent, o el seu enviament insistent o sistemàtic a un mateix destinatari del servei quan en aquests enviaments no es compleixin els requisits que estableix l'article 21."; no posar a la disposició del destinatari del servei les condicions generals al fet que estigui subjecte el contracte, o l'incompliment habitual de l'obligació de confirmar la recepció de l'acceptació en els contractes formalitzats amb consumidors. Entre les diverses infraccions de caràcter lleu s'inclouen vulneracions similars a les greus però dutes a terme en un grau menor, així com l'incompliment de certs deures d'informació quan no constitueixin infracció greu.

La quantia de les sancions pot arribar fins a 600.000 euros en cas d'infraccions molt greus, fins a 150.000 euros en cas d'infraccions greus i fins a 30.000 euros en cas d'infraccions lleus. No hi ha un mínim en el cas de sancions lleus (art. 39 LSSICE). En la reforma obrada per la Llei 9/2014, de 9 de maig, es va afegir a la LSSICE un nou article 39bis en el qual es preveu la possibilitat de moderar les sancions en atenció a determinats criteris.

Per determinar l'import de la sanció, s'ha de ponderar l'existència d'intencionalitat, la durada en el temps, la reincidència, la naturalesa i quantia dels perjudicis causats, els beneficis obtinguts per la infracció, el volum de facturació al qual afecti la infracció, i l'adhesió a un codi de conducta o a un sistema d'autoregulació publicitària (art. 40 LSSICE).

L'article 41 LSSICE preveu la possibilitat que, en els procediments sancionadors per infraccions greus o molt greus, s'adoptin les mesures provisionals que preveu la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i les seves normes de desenvolupament, quan es considerin necessàries "per a assegurar l'eficàcia

de la resolució que definitivament es dicti, la bona fi del procediment, evitar el manteniment dels efectes de la infracció i les exigències dels interessos generals". En particular, aquest precepte preveu que, entre altres mesures, poden acordar-se "la suspensió temporal de l'activitat del prestador de serveis i, si s'escau, el tancament provisional dels seus establiments", i també el "pre-cintament, dipòsit o confiscació de registres, suports i arxius informàtics i de documents en general, així com d'aparells i equips informàtics de tot tipus".

Aquí la LSSICE reitera les cauteles ja previstes en l'article 8 LSSICE, sobre la necessitat que en l'adopció d'aquestes mesures es respectin les garanties previstes en l'ordenament per a la protecció dels drets a la intimitat, a la protecció de dades, a la llibertat d'expressió i a la informació. D'igual manera s'assenyala que

"en tots els casos en què la Constitució, les normes reguladores dels respectius drets i llibertats o les que resultin aplicables a les diferents matèries atribueixin competència als òrgans jurisdiccionals per intervenir en l'exercici d'activitats o drets, només l'autoritat judicial competent pot adoptar les mesures previstes en aquest article".

Com hem vist, la declaració equivalent continguda en l'article 8 LSSICE va ser modificada per la Llei 56/2007, de mesures d'impuls de la societat de la informació, en el sentit que aquesta limitació de les competències dels òrgans administratius es refereix solament als casos en què els tribunals tinguin atribuïda la competència de forma excloent. Probablement hagi d'atribuir-se a un descuit del legislador no haver modificat en els mateixos termes el text de l'article 41 LSSICE.

Per als casos d'urgència i quan així sigui necessari per a la protecció immediata dels interessos implicats, l'article 41.4 LSSICE preveu que les mesures provisionals assenyalades puguin adoptar-se fins i tot abans de la incoació de l'expedient. Aquestes queden sense efecte si no s'inicia el procediment sancionador en el termini de quinze dies. L'acord d'iniciació del procediment ha de confirmar, modificar o aixecar les mesures adoptades.

La Llei també preveu la possibilitat d'imposar multes coercitives per un import no superior a 6.000 euros per cada dia que transcorri sense que es compleixin les mesures provisionals que s'hagin acordat. La potestat per a imposar aquestes multes correspon a l'òrgan administratiu competent per a resoldre el procediment sancionador (art. 42 LSSICE).

Bibliografia

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)". A: L. Fernando Reglero Campos (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil* (4a. ed., tom II, pàg. 973-1123). Cizur Menor: Aranzadi.

Camacho Clavijo, Sandra (2006, 20 d'abril). "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).

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

– (2005). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: Un análisis multidisciplinar*. Granada: Comares.

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

– (2003). "La conclusión del contrato en Internet". A: 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* (pàg. 117-201). Granada: Comares.

Clemente Meoro, Mario E. (2003). "La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información". A: Mario 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* (pàg. 1-116). Granada: Comares.

– (2006). "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia". *Revista de Derecho Patrimonial* (núm. 16, pàg. 163-183).

– (2000). "Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica". *Revista de Derecho Patrimonial* (núm. 4, pàg. 59-87).

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

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

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

García Rubio, María Paz (2001-I). "Las condiciones generales en la contratación electrónica". *La Ley* (pàg. 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*. València: 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* (2a. 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, pàg. 1-11).

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

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

– (2001). "El pago con tarjeta en la contratación electrónica. En especial, el art. 46 LOCM". *Revista de Derecho Bancario y Bursatil* (núm. 84, pàg. 27-83).

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

Mateu de Ros, Rafael; López-Monís Gallego, Mónica (coordinadors) (2003). *Derecho de Internet: la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Cizur Menor: 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, pàg. 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*. València: Tirant lo Blanch.

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

Orduña Moreno, Javier (dir.); **Campuzano Laguillo, Ana Belén; Plaza Penadés, Javier** (coordinadors) (2003). *Comercio electrónico y contratación*. València: 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". A: Artemi Rallo; Ricard Martínez (coordinadors). *Derecho y Redes Sociales* (2a. ed. ampliada y actualizada, pàg. 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)". A: Francisco Javier Orduña Moreno (dir.). *Contratación y comercio electrónico* (pàg. 195-237). València: Tirant lo Blanch.

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

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

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

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

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

Vattier Fuenzalida, Carlos (2002). "Responsabilidad contractual y extracontractual en el comercio electrónico". *Anuario de Derecho Civil* (pàg. 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*. Reus / Madrid.

