



## **VALORACIÓN JURÍDICA** **DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL ART. 8 (LISI)**

(Noviembre 2007)

---

El presente documento contiene una valoración jurídica que, salvo mejor opinión fundada en Derecho, pone de manifiesto las consecuencias jurídicas y prácticas que implicaría el artículo 8 de la LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, de ser reformado en el sentido que proponen las enmiendas transaccionales incorporadas mediante la Ley de Impulso de la Sociedad de la Información de la Comisión Industria, en el Congreso de los Diputados (23/10/07).

**LEGISLACIÓN VIGENTE:** Artículo 8 de la LEY 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico:

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

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

*En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.*

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

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de datos procedentes de un prestador establecido en otro Estado, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, podrá ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, directamente o mediante solicitud motivada al Ministerio de Ciencia y Tecnología, que tomen las medidas necesarias para impedir dicho acceso.

Será de aplicación lo dispuesto en el artículo 11 cuando los datos que deban retirarse o el servicio que deba interrumpirse procedan de un prestador establecido en España.

3. Las medidas de restricción a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

4. Fuera del ámbito de los procesos judiciales, cuando se establezcan restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, se seguirá el siguiente procedimiento

a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.

b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico

*Europeo en el plazo de quince días desde su adopción. Asimismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.*

*Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas”.*

**PROPUESTA DE REFORMA:** Enmiendas transaccionales incorporadas en la LISI. Comisión Industria. Congreso. 23/10/07. Grupo parlamentario socialista, a las enmiendas 28,49,104,103,144, publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 19 de Septiembre, Serie A, nº 134-9.

*"Artículo 8. Restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de cooperación intracomunitaria.*

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

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

d) *La protección de la juventud y de la infancia.*

*En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.*

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

*2. La adopción de restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información provenientes de prestadores establecidos en un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto a España deberá seguir el procedimiento de cooperación intracomunitario descrito en el siguiente apartado de este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal y de cooperación judicial.*

*3. Cuando un órgano competente acuerde, en ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, establecer restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, dicho órgano deberá seguir el siguiente procedimiento:*

*a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará, con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio*

*Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.*

*b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas, notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo con la mayor brevedad y, en cualquier caso, como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia. Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.*

*4. Los órganos competentes de otros Estados Miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo podrán requerir la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 de esta ley si lo estiman necesario para garantizar la eficacia de las medidas de restricción que adopten al amparo del apartado anterior.*

*5. Las medidas de restricción que se adopten al amparo de este artículo deberán, en todo caso, cumplir las garantías y los requisitos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 11 de esta ley.”*

## **COMENTARIOS; NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 8** **DE LA LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO**

La nueva redacción propuesta por el Congreso de los Diputados, para el artículo 8 de la actual Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, adolece de serias imprecisiones técnicas que, de mantenerse sin rectificaciones, podrían implicar la inconstitucionalidad del precepto. En concreto, se proyectan sobre los siguientes extremos:

- I. Ámbito de aplicación de la Ley.
- II. “Órgano Competente”.
- III. “Autoridad administrativa”.
- IV. Publicidad en Internet.
- V. Rango legal.
- VI. Jurisprudencia Constitucional.
- VII. Conclusiones.

## **I.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.**

La vigente Ley de Comercio Electrónico tiene su ámbito de aplicación exclusivamente sobre las actividades de naturaleza económica realizadas por Internet u otros medios telemáticos (correo electrónico, televisión digital interactiva...), siempre que la dirección y gestión del negocio esté centralizada en España o, sea una sucursal, oficina o cualquier otro tipo establecimiento permanente situado en territorio español, desde el que se dirija la prestación de servicios de la sociedad de la información (art.1 de la LSSI) y, además, será de aplicación *“sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia”*, es decir, que primarán las normas especiales sobre esta general.

El Anexo de dicha norma legal, especifica con más detalle este ámbito de aplicación, precisando el alcance de sus conceptos:

*“A los efectos de esta Ley, se entenderá por:*

*Servicios de la sociedad de la información o servicios: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.*

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

*Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes:*

- *La contratación de bienes o servicios por vía electrónica.*
- *La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.*
- *La gestión de compras en la red por grupos de personas.*
- *El envío de comunicaciones comerciales.*
- *El suministro de información por vía telemática.*
- *El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.*

*No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes:*

- *Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.*
- *El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.*
- *Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivídeo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya.*
- *Los servicios de radiodifusión sonora, y*

- *El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.”*

Por tanto, de esto se desprende que la Ley de Comercio Electrónico no será de aplicación a:

- A) Actividades sin contenido económico, en el sentido de actividad mercantil (por ejemplo actividades personales sin lucro o las actividades no mercantiles de las Administraciones Públicas) .
- B) Otras actividades que, aún siendo de contenido económico, tengan normativa específica aplicable en relación con el supuesto concreto. Se citan:
  - 1. La protección de la salud y seguridad pública.
  - 2. La salvaguarda de la defensa nacional.
  - 3. Los intereses del consumidor.
  - 4. El régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información.
  - 5. La protección de datos personales.
  - 6. La defensa de la competencia.
  - 7. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.
  - 8. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.
  - 9. Los servicios de radiodifusión televisiva.
  - 10. Los servicios de radiodifusión sonora.
  - 11. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas.

Como primeras **conclusiones**, podemos extraer de lo expuesto que en España tenemos una norma de rango legal, vigente, que regula la realización de actividades económicas (en el sentido mercantil) en la Sociedad de la Información y que, en aquellas materias en que exista normativa especial, ésta no será de aplicación.

## II.- “ÓRGANO COMPETENTE”.

Teniendo claro que nos encontramos en el ámbito material de las actividades económicas (mercantiles) realizadas por medios electrónicos, debemos preguntarnos en segundo lugar, quién es el “órgano competente” en la nueva redacción del artículo 8 para la Ley de Comercio Electrónico. Se trata de determinar qué entidad va a poder controlar, inspeccionar o sancionar en su caso, dichas actividades y, habrá que analizar también cuáles son esas competencias en relación con la específica capacidad para interrumpir los servicios y, retirar contenidos o páginas web.

En primer lugar se debe poner de manifiesto que el concepto de “órgano competente” es por su propia naturaleza un concepto ambiguo, pues puede comprender nociones tales como institución, entidad, organismo, empresa, etc. No delimita la pertenencia al ámbito de lo público o de lo privado. Tanto instituciones, como empresas o asociaciones, podrían ser considerados “órganos competentes” para según qué tareas y, en relación con según qué actividades.

Según el diccionario de la Real Academia Española, “Órgano” se refiere (a éstos efectos) a: *“Persona o conjunto de personas que actúan en representación de*

*una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado” y, “competente”, significa: “que tiene competencia”, es decir, que tiene “pericia, aptitud, idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado” aunque la acepción más jurídica dentro de las previstas sería la que la identifica con “*atribución legítima a un juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto*”.*

En la vigente Ley de Comercio Electrónico, se cita en el artículo 8 al “órgano competente” para designar entidades de naturaleza jurídico públicas, como son las judiciales o las puramente administrativas. El apartado 3 del precepto así lo decide y acota, al señalar que “*Las medidas de restricción a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.*” Es evidente que tal y como está configurada la norma hoy, tan sólo los órganos con competencias propias de potestad sancionadora, de carácter administrativo o judicial, pueden adoptar medidas restrictivas para los contenidos web. La vigente Ley de Comercio Electrónico ofrece pues pocas dudas sobre quién es el órgano competente para la restricción de servicios de la Sociedad de la Información. Existe un ámbito competencial claramente definido para el control de actividades económicas en la Red y, es el ejercido en exclusiva por organismos administrativos o judiciales con potestad sancionadora conferida legalmente.

La propuesta de reforma actual sin embargo, ha eliminado totalmente la referencia que daba contenido a la expresión “órgano competente”, dejando al arbitrio interpretativo la determinación de su alcance y significado.

En apariencia, la actuación de este “órgano competente” estará condicionada por el sólo hecho de que sus funciones (literalmente, “funciones de protección”, no tanto de restricción de derechos) estén previstas legalmente y, lo sea

para los concretos casos de la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social y, la protección de la juventud y de la infancia. Sin embargo, la función de proteger o velar por todas estas materias, en España está encomendada por Ley, tanto a organismos públicos como a organismos privados. Véanse por ejemplo, las competencias de Entidades de Carácter Religioso, por su especialidad y privilegios legales o, de entidades colaboradoras de atención integral a menores o a mujeres maltratadas.

Pues bien, dice la propuesta legal que *“en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran”*.

Se exige claramente que el “órgano competente” tenga funciones de protección, atribuidas por Ley. Si pensamos en las entidades privadas colaboradoras de la Administración, cuyas reglas de actuación y funciones son precisamente detalladas por ésta (en el marco que la Ley le haya conferido), tendremos organismos que al amparo del nuevo precepto, podrán acordar medidas de restricción de servicios de la Sociedad de la Información. Por ejemplo, en el ámbito de atención a la infancia y a la adolescencia, las entidades colaboradoras tienen funciones propias de protección, funciones atribuidas por la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia. Son entidades privadas que realizan actividades en el ámbito de la atención a la infancia y adolescencia y, obviamente lo son, en el sentido de su protección. Otro ejemplo

similar son las entidades privadas colaboradoras de la Administración Pública en materia de violencia de género y en la ejecución de medidas de asistencia (Ley 16/2003, de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género).

Atendiendo a la literalidad del texto que se propone para reformar la legislación vigente, estas entidades privadas, que tienen funciones previstas legalmente para la protección de la infancia o de las mujeres, sin duda “podrán adoptar las medidas necesarias” para que se interrumpa la prestación de un servicio o para retirar datos. Eso si, siempre y cuando, lo sea sobre la actividad económica, de carácter mercantil, que se preste en la Red.

Esto significa que la nueva redacción propuesta otorga nuevas competencias directas para interrumpir servicios y retirar contenidos en Internet, bastando para ello cumplir el requisito “tener funciones de protección otorgadas legalmente en alguna de las materias previstas”.

Otra parte del ejemplo antes citado, es la figura del Defensor del Menor, que aunque tiene competencias para tramitar quejas, la Ley 5/1996, de 8 de Julio, del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, las limita en su artículo 3.2 diciendo que *“en ningún caso, el Defensor del Menor podrá intervenir en el procedimiento de casos individuales cuya solución esté encomendada a órganos jurisdiccionales, ni en casos que requieran medidas de protección reguladas en la legislación civil y cuya competencia esté atribuida a las Administraciones Públicas”*. Es decir, ahora no tiene potestad sancionadora pero, con la nueva redacción de la Ley de Comercio Electrónico, podría ver ampliadas sus competencias para el ámbito de las actividades económicas en Internet, por dos motivos fundamentales: porque la restricción de servicios de la Sociedad de la Información no estará limitada ni a órganos administrativos ni a órganos judiciales y, porque no se discute que la

interrupción de determinados servicios de la sociedad de la información constituye una “medida necesaria” para proteger la infancia.

Esto es tan sólo un ejemplo de cómo nuestra legislación puede otorgar funciones y competencias de protección, en determinadas materias, a entidades, órganos, organismos, etc., de carácter privado, que actúan en colaboración con las Administraciones (asociaciones contra el racismo, entidades religiosas, asociaciones de inversores financieros, etc.), pero que nunca, hasta ahora, habían tenido competencias propias de la potestad sancionadora. Si la reforma sigue adelante, el control y retirada de contenidos o servicios de carácter económico en la Red, será algo más que una mera intención para intereses privados o políticos, limitando de forma irreversible la realización de determinadas garantías constitucionales cuando la retirada de un servicio entre en colisión directa con el ejercicio de derechos fundamentales y, perjudicando tanto al afectado por la actividad económica aparentemente ilícita, como al titular de la misma.

La **conclusión práctica** en este punto pasa por incidir en que la redacción del controvertido artículo 8, otorga nuevas competencias de control a aquellas entidades que tengan atribuidas legalmente funciones de protección en alguna de las materias previstas en la norma.

Si realmente la propuesta de reforma quisiera decir que, ante una actividad económica de carácter mercantil, tan sólo las autoridades administrativas o judiciales competentes, con potestad sancionadora otorgada por Ley, podrán incidir en la interrupción de servicios en Internet, entonces, ¿qué obsta para ponerse expresamente “autoridad”, “administrativa o judicial” y, “con potestad sancionadora”?

### III.- “AUTORIDAD ADMINISTRATIVA”.

Las autoridades administrativas competentes para interrumpir una actividad económica mercantil, realizada en Internet, en materia de infancia, juventud, salud pública, discriminación sexual, etc., están ya perfectamente delimitadas en normas específicas legales vigentes en España, cuando se da contenido a su específica potestad sancionadora.

La propia Ley de Comercio Electrónico vigente señala incluso en su Artículo 41.1, sobre las “Medidas de carácter provisional” restrictivas, que:

*“En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales.*

*En particular, podrán acordarse las siguientes:*

*a. Suspensión temporal de la actividad del prestador de servicios y, en su caso, cierre provisional de sus establecimientos.*

*b. Precinto, depósito o incautación de registros, soportes y archivos informáticos y de documentos en general, así como de aparatos y equipos informáticos de todo tipo.*

*c. Advertir al público de la existencia de posibles conductas infractoras y de la incoación del expediente sancionador de que se trate, así como de las medidas adoptadas para el cese de dichas conductas”.*

De tal forma que, estando vigente este precepto en la Ley de Comercio Electrónico, sería ciertamente temerario y capcioso introducir reformas que lo contradijeran o enturbiasen, dejando abierta la posibilidad de que entidades colaboradoras de la administración, privadas, entendiesen que tienen otorgada algún tipo de competencia sancionadora o restrictiva..

Más aún, según el artículo 35 de la Ley de Comercio Electrónico, el órgano competente para la supervisión y control del cumplimiento por los prestadores de servicios de la sociedad de la información (en sus actividades económicas), de las obligaciones establecidas en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo (en lo que se refiere a los servicios propios de la sociedad de la información), será el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

Ejemplo de esta competencia exclusivamente administrativa, de control de actividades económicas, sean o no realizadas en Internet en, entre otros, la venta de bienes de consumo en general y el procedimiento de inspección, control y sancionador que, para la Administración Pública, está previsto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la legitimación del Instituto Nacional del Consumo y de los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores, para ejercitar ante los tribunales del orden civil la acción de cesación de conductas ilícitas y, también, la competencia de la Administración del Estado para promover la actuación de las demás Administraciones Públicas y en caso de necesidad o urgencia, adoptar cuantas medidas sean convenientes para proteger y defender los derechos de los consumidores o usuarios, especialmente en lo que hace referencia a su salud y seguridad como, por ejemplo, la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se

cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad, ni la retirada del mercado precautoria o definitiva de productos o servicios por las mismas razones.

Para la venta de medicamentos, la regulación específica viene dada por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que recoge claramente que las infracciones en materia de sanidad serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir y, por la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento que señala que en el caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud, las autoridades sanitarias (con competencias legales en materia de control, inspección y sanción) podrán adoptar como medidas cautelares la puesta en cuarentena, la retirada del mercado y la prohibición de utilización de especialidades farmacéuticas, los medicamentos prefabricados, fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como la suspensión de actividades, publicidad y la clausura provisional de establecimientos, centros o servicios. La puesta en cuarentena supondrá el bloqueo inmediato en el establecimiento farmacéutico en que se encuentren o al que se destinen, en caso de transporte no concluido, por el tiempo que se determine o hasta nueva orden, a cargo de su responsable. También podrán acordar la suspensión de la elaboración, prescripción, dispensación y suministro de productos en fase de investigación clínica o para investigación en animales. Por último, en materia de sanidad, debemos tener en cuenta la remisión expresa que ya la propia Ley de Comercio Electrónico señala en la Disposición Adicional Segunda, al decir que: *“La prestación de servicios de la sociedad de la información relacionados con los medicamentos y los productos sanitarios se regirá por lo dispuesto en su legislación específica”*.

Un último ejemplo, es la actividad de venta y publicidad de tabaco, la regulación y procedimiento sancionador específico de la Administración pública viene

establecido por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, y recoge la posibilidad de la adopción de medidas de carácter provisional necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte y, para evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales. En particular podrá acordar, en caso de infracciones muy graves, la suspensión temporal de la actividad del infractor y, en su caso, el cierre provisional de sus establecimientos, y el precinto, el depósito o la incautación de los productos del tabaco. Específicamente en materia de comercio electrónico, esta norma se remite en su artículo 22 (competencias de inspección y sanción) a la Ley de Comercio Electrónico manifestando que *“las infracciones que se cometan a través de servicios o dispositivos de la sociedad de la información serán sancionadas por las autoridades a que se refiere el artículo 43 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”*, es decir, en materia de comercio electrónico, corresponde la competencia al Ministro de Ciencia y Tecnología y, al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y, a su potestad sancionadora, que se ha de ejercer en este ámbito de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, a través del procedimiento propio de la potestad sancionadora administrativa.

Por tanto, podemos extraer como **conclusiones** en este apartado que, la nueva redacción que se propone para el artículo 8 es confuso y ambiguo, ya que pretende regular la capacidad para restringir actividades económicas en la Sociedad de la Información, respecto de determinadas materias, como si lo requiriesen por su especial naturaleza, cuando en realidad todas las acciones restrictivas de servicios o actividades económicas de dichas materias en concreto, independientemente de que se realicen a través de Internet o no, están ya reguladas por su normativa específica y, siempre en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa o judicial.

Un texto legal congruente para el artículo 8, debería contener la mención expresa de que la competencia para la restricción de servicios en la sociedad de la información lo será:

- 1º.- exclusivamente sobre el servicio económico de carácter mercantil realizado a través de medios electrónicos.
- 2º.- exclusivamente para órganos de naturaleza administrativa o judicial.
- 3º.- exclusivamente cuando la normativa que regula su potestad sancionadora así lo prevea.

Sin embargo, como se ha visto, la nueva redacción parece querer recoger la indeterminación del “*órgano competente*” con la finalidad única de otorgar nuevas competencias a órganos que antes no tenía capacidad de control ni de inspección, lo que viene a confirmarse con la previsión: “*podrán adoptar medidas necesarias*” para cumplir sus funciones. Si realmente tan sólo pretendiera acomodarla Ley de Comercio Electrónico a la normativa ya existente, sin otorgar nuevas competencias, se diría expresamente que “podrán adoptar las medidas legalmente previstas” en su normativa específica, es decir, las medidas cautelares que la ley ya pone a disposición de Administraciones Públicas y Juzgados en materia de restricción de actividades económicas, y ello, porque precisamente las infracciones administrativas de las actividades económicas que subyacen a los contenidos web, no son diferentes de las que conllevan el cierre cautelar de la actividad económica o mercantil de un establecimiento mercantil físico.

#### **IV.- PUBLICIDAD EN INTERNET.**

Hasta ahora hemos evaluado el impacto de la norma propuesta respecto de las actividades económicas en la Sociedad de la Información y, respecto de la potestad sancionadora administrativa, pero no se ha tratado con el detalle que merece, el papel de la otra cara de esta moneda, los contenidos que dan cobertura a los servicios que configuran el comercio electrónico en la Sociedad de la Información.

Internet es, en términos sencillos, pero indiscutibles, un sistema de intercambio de información con muy distintas funcionalidades: las páginas web (el World Wide Web (www), el acceso remoto a otras máquinas (SSH y telnet), la transferencia de archivos (FTP), el correo electrónico (SMTP y POP), los boletines electrónicos (news o grupos de noticias), las conversaciones en línea (IRC y chats), la mensajería instantánea, la compartición de archivos (P2P, P2M, Descarga Directa), la radio a la carta (Podcast), el visionado de video a la carta (P2PTV, Miro, Joost, Videocast), los juegos en línea, etc). Intercambiar información, implica por fuerza utilizar datos y contenidos para ponerlos a disposición de las personas, por tanto, es desde el elemento INFORMACIÓN, desde dónde se debe partir a la hora de regular su funcionamiento y, los derechos de quienes utilicen la red de redes.

En el marco del comercio electrónico, Internet nos ofrece el sistema “web” como el instrumento más adecuado para la interoperabilidad que requiere toda actividad mercantil entre vendedores y compradores, entre los prestadores de servicios y sus destinatarios. Este instrumento, la página web, pone a disposición del público toda la información comercial necesaria para que el comerciante pueda ejercer su actividad y así, podemos distinguir perfectamente el elemento “información

comercial”, del elemento “actividad económica” que subyace a ella, y esto es distinguir la página web (contenidos), de la actividad económica.

**La información que un comerciante ofrece al público sobre su actividad es PUBLICIDAD.**

La publicidad entendida en términos de comercio, tiene como finalidad comunicar información comercial. La RAE la define como *“divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”* y, la propia Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la define como “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

Según esto, la página web de una tienda o de un establecimiento físico con actividad mercantil, podría decirse que es una extensión de su escaparate y expositores, porque ofrece información comercial sobre los productos o servicios que vende y, cómo adquirirlos.

Con la reforma que se pretende del artículo 8, la imprecisión sobre el carácter público o privado del órgano competente para retirar datos o contenidos en Internet, y de los conceptos utilizados para otorgar nuevas competencias sancionadoras (que en ejercicio de sus funciones legales “podrán adoptar las medidas necesarias para retirar contenidos”), hacen imposible delimitar la diferencia entre publicidad y actividad económica y por tanto, dejan abierta la posibilidad de actuar sobre la publicidad, y sobre la actividad económica indistintamente, sin necesidad de intervención judicial.

Sin embargo, existe aún en vigor la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que si recoge dicha diferencia y reconoce competencias exclusivas, en materia de publicidad, a los jueces. Sólo una sentencia puede obligar a la retirada de la publicidad del mercado, y no se habla de medidas cautelares respecto de la publicidad.

El Título IV de la Ley de Publicidad habla precisamente de las acciones de cesación y rectificación, de los procedimientos y, de las personas físicas y jurídicas, privadas y públicas, legitimadas para ejercitar la acción de cesación y rectificación frente a la publicidad ilícita, siempre ante los Tribunales.

Por norma general estará legitimada cualquier persona natural o jurídica que resulte afectada, especialmente en determinadas materias. Se pueden ver como ejemplos:

- a) cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación organismos de naturaleza pública, como la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer o el Instituto de la Mujer (o su equivalente en el ámbito autonómico) y, podrán hacerlo organizaciones de naturaleza privada como las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro. En consonancia con esto, el Capítulo II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que regula esta materia “en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación” y, señala en el artículo 12 quienes son los titulares de la acción de cesación y rectificación, para acudir a los Tribunales. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer , el Instituto de la Mujer u órgano equivalente de cada Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal y las Asociaciones que tengan como objetivo único

la defensa de los intereses de la mujer estarán legitimados para ejercitar ante los Tribunales la acción de cesación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer, en los términos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

- b) cuando una publicidad ilícita afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios, podrán solicitar del anunciante su cesación o rectificación, además del afectado, organismos de naturaleza pública como el Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores, o entidades de naturaleza pública como son las asociaciones de consumidores y usuarios.
- c) Otro ejemplo práctico sobre la diferencia precisa entre la actividad económica y la publicidad o información comercial que la sostiene, viene dado por el artículo 23 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, respecto del ejercicio de acciones individuales y colectivas. Señala que *“el titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley”* y, específicamente señala que *“en materia de publicidad, cualquier persona natural o jurídica que resulte afectada y, en general, quienes fueran titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán solicitar la cesación de la publicidad contraria a esta Ley, en los términos previstos, según proceda, en las Leyes 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, y 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico”*.

d) Respecto de la publicidad relacionada con emisiones de valores que no se ajusten a la Ley, la CNMV tiene la facultad de requerir el cese de aquellos mensajes publicitarios relacionados (art. 8 y 11 de la LSSI), pero como en el resto de ámbitos en que esta publicidad pudiera darse, serán los Tribunales los que tengan la última palabra.

En consecuencia, tanto órganos privados como públicos están legitimados para instar la retirada de la publicidad ilícita, del responsable anunciante y éste, dentro de los quince días siguientes a la recepción de la solicitud, comunicará al requirente en forma fehaciente su voluntad de cesar o no en la actividad publicitaria. Sólo en los casos de silencio o negativa, o cuando no hubiera tenido lugar la cesación, el requirente podrá ejercitar la acción de cesación para obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta ilícita, es decir, podrá acudir a los Tribunales, previa justificación de haber efectuado la solicitud de cese. Así se recoge en los artículos 25 y siguientes de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y, así se justifica suficientemente en la propia Exposición de Motivos:

*En el Título IV se establecen las normas de carácter procesal que han de regir en materia de sanción y represión de la publicidad ilícita, sin perjuicio del control voluntario de la publicidad que al efecto pueda existir realizado por organismos de autodisciplina.*

*En este sentido se atribuye a la jurisdicción ordinaria la competencia para dirimir las controversias derivadas de dicha publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 al 8. Esta es una de las innovaciones que introduce esta Ley, decantándose por una opción distinta a la contemplada en el Estatuto de la Publicidad de 1964. Este último contempla la figura de un órgano administrativo, el Jurado Central de Publicidad, competente para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria.*

Por razones obvias, entre otras, las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el artículo 24.2 en donde se fija un principio de derecho al juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales ordinarios.

Las **conclusiones** por tanto, respecto al tratamiento de la publicidad en el ámbito del comercio electrónico, son claras pues: sólo los Tribunales tienen competencias para determinar la retirada de los contenidos publicitarios, ya sea dentro o fuera de Internet. Por su parte, las Administraciones Públicas, las personas jurídicas privadas y, las personas físicas afectadas, tienen legitimación para instar previamente la cesación extrajudicialmente y apelando a la voluntariedad del anunciante.

## **V.- RANGO LEGAL.**

Según el artículo 81 de la Constitución Española, “*son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. La libertad de expresión, de información, el derecho al honor, el derecho a la propiedad privada, y otros como la libertad de empresa, son parte de esos derechos y libertades públicas, y podrían verse seriamente afectados de no aprobarse una redacción concisa para el artículo 8 de la Ley de Comercio Electrónico, delimitando la competencia de la autoridad administrativa (dentro de los límites de la potestad sancionadora administrativa para las actividades económicas) y, de la autoridad judicial en materia de cesación de la publicidad comercial o actos de naturaleza delictiva en Internet.

De mantenerse la redacción que ahora ha aprobado el Congreso de los Diputados, habría de exigirse como norma reguladora una Ley Orgánica, debido a que la reconfiguración de competencias respecto de la restricción de derechos fundamentales, que hoy lo son propiamente de los Juzgados y, la falta de garantías procesales para determinar la infracción, la sanción y el responsable, así lo exigirían por la propia naturaleza de la materia regulada.

Pues bien, la reforma de la Ley de Comercio Electrónico tal y como está ahora planteada, pone en peligro determinados derechos fundamentales de las personas, en especial, los derechos regulados en el artículo 20 de la CE, relativos a la libertad de expresión e información, al dejar la restricción de servicios y contenidos en la Sociedad de la Información en manos de procedimientos y entidades indeterminadas. Con la redacción que se le quiere dar, se está permitiendo una censura previa sin garantías.

Según lo que ya se ha comentado, para cerrar una página web bastará que un órgano en apariencia “competente” requiera para ello al titular de la misma o al prestador de servicios que le da el alojamiento, sin entrar a distinguir entre actividad comercial e información comercial. Después, en un momento posterior, si este titular afectado cree que el “órgano competente” no tenía competencias ni razones legales para cerrar su página web, o que ha sido lesionado su derecho a la libertad de expresión sin motivación suficiente, entonces podrá dirigirse a un Juzgado para presentar su denuncia. Incluso en el caso de obtener una sentencia favorable, esta persona, habrá visto censurada su libertad de expresión irremediablemente, porque la página habrá desaparecido, por tiempo y motivos indeterminados. Es más, la Ley de reforma pretende ocultar la indeterminación de responsabilidades y competencias diciendo que “la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo

podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes”. Es decir, repite lo que ya señala la Constitución Española, pero, no dice cuando efectivamente se afecta a esos derechos y libertades, y es así como deja deliberadamente fuera de la norma que **toda restricción o censura en materia de publicidad o información comercial, está incluida por definición en el reconocimiento constitucional del artículo 20.**

De aprobarse el artículo 8 tal y como se pretende, sería necesario que fuera regulado por Ley Orgánica, pues otorga la capacidad de tomar medidas esenciales para la restricción de servicios y contenidos de la sociedad de la información, tanto a órganos administrativos como a entidades privadas y, en materias que afectan a la restricción de derechos fundamentales y, debería tenerse en cuenta además, que se está incidiendo sobre competencias propias del ámbito judicial.

Por el mismo motivo también sería necesario que, antes de ser aprobada, el Consejo General del Poder Judicial (art. 108. 1. e. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) emitiera su informe: *“El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente a alguna de las siguientes materias: -Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de Derechos Fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”*. Este informe no ha sido solicitado en la tramitación de la Ley de Impulso de la Sociedad de la Información y ello, a pesar de que pretende afecta directamente a la tutela judicial en materias que hasta ahora le son propias y exclusivas, y se pretende descentralizar entre Administraciones Públicas y Entidades de Carácter Privado.

## **VI.- JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.**

### A) Potestad sancionadora administrativa. Artículo 25 de la CE.

El apartado 1 del artículo 25 de la CE proclama como derecho fundamental el principio de legalidad penal, pero extendiéndolo también al Derecho administrativo sancionador y, en el asunto que nos ocupa, es de vital importancia considerar la cobertura legal de la potestad sancionadora administrativa de las actividades económicas en Internet y, la forma que la seguridad jurídica exige para ello.

*Artículo 25. 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

Este precepto contiene la llamada “reserva de ley” y, es una manifestación de garantismo, que se extiende a otro ámbito donde se pueden producir limitaciones de derechos: el ámbito de las competencias en materia sancionadora de la Administración Pública. Tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 18/1981, de 8 de junio, SSTC 50 y 55/2003, ambas 17 de diciembre), las normas que regulen la potestad sancionadora administrativa, deben ser suficientemente precisas en la relación de los hechos sancionables y, de la graduación de las sanciones. La exigencia de “lex certa”, inferida de este mandato constitucional, conlleva también para las infracciones administrativas la observancia del principio de tipicidad, como exigencia de seguridad jurídica y, determina por tanto la necesidad de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (STC 62/1982, de 15 de octubre, a la STC 13/2003, de 28 de enero).

*“En todo caso, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3). De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2), que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí descarta que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4).” (STC 50/2003, F.J. 4º; también, STC 100/2003, F.J. 3º).*

Quando la Ley que supuestamente regula competencias sancionadoras de la Administración, no es lo suficientemente precisa en sus términos, estaremos ante un supuesto de evidente inconstitucionalidad por incumplir el mandato de certeza y seguridad (lex certa) que debe cumplir el apoderamiento legal de toda infracción administrativa. Se pone como ejemplo, la STC 50/2003, sobre el 129 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, reguladora del Estatuto del Vino: “Se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título preliminar, la de Denominaciones de Origen en los casos previstos en el art. 93 y las infracciones al art. 83, con multa de 10.000 pesetas al doble del valor de las mercancías o productos afectados, cuando aquél supere a dicha cantidad, y con su decomiso”):

*“(…) la mera afirmación legal de que “se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título preliminar [entre las que figura la del cava, en los términos del art. 21.1.3 A), anteriormente reproducido], con multa de 10.000 pesetas al doble del valor de las mercancías o productos afectados cuando aquello supere dicha cantidad y con su decomiso”, declaración que la ley hace, no puede considerarse suficiente, por su carácter excesivamente genérico, como cobertura legal del art. 53.1.6 del*

Reglamento del cava, que considera infracción a las normas sobre producción, elaboración y comercialización de los productos amparados "el no respetar la duración mínima del proceso de elaboración", ni, por tanto, como fundamento legal de la sanción impuesta. No hay determinación mínimamente individualizada de tal conducta en la Ley, de modo que pueda decirse que se han prefigurado en la misma los elementos esenciales de la infracción y que ésta ha quedado configurada como tal por el legislador. Lo impide la radical abstracción de la descripción legal —cualquier infracción de las condiciones que se establezcan—, que no suministra criterio alguno de gravedad o de antijuridicidad material, ni enumera las condiciones materiales o formales que estima relevantes." (F.J. 6º). Sentencias del Tribunal Constitucional 50/2003, de 17 de marzo; 52/2003, de 17 de marzo; 100/2003, de 2 de junio; 132/2003, de 30 de junio; 161/2003, de 15 de septiembre; y 193/2003, de 27 de octubre, sobre legalidad sancionadora.

Esta indeterminación que plantea el TC, se da precisamente en la redacción del artículo 8 que se plantea para su reforma, cuando habla de "órganos competentes", cuando señala que "podrán adoptar las medidas necesarias" y, cuando se refiere a los hechos que "atenten o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación", sin aclarar quién, qué tipo de medidas o qué tipo de ataques, equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración.

B) Publicidad – información comercial.

Respecto del importantísimo papel de las páginas web de comercio electrónico, a las que subyace una actividad de carácter económico – mercantil se debe poner de manifiesto su naturaleza como publicidad. Sin realizar un manifiesto sobre qué es "información comercial", y limitándonos a seguir la definición antes dada, de la Ley General de Publicidad, nos sirve para criticar el papel que se quiere dar a la potestad sancionadora de la Administración en esta materia.

Como ya se ha señalado, la potestad sancionadora debe venir determinada normativamente y, su alcance debe estar detallado con precisión, en base al principio de “lex certa”. Pues bien, en materia de restricción de contenidos publicitarios no existe ni puede existir a día de hoy potestad sancionadora para la Administración, ni en Internet ni fuera de ella. No existe fundamento de legalidad mínimo alguno, en el que la Administración pueda justificar constitucionalmente el ejercicio de su potestad sancionadora sobre el contenido de información de carácter y finalidad comercial, porque es una competencia exclusivamente judicial. Las razones nos las da la propia Exposición de Motivos de la Ley de Publicidad:

**Por razones obvias, entre otras, las propias constitucionales derivadas de lo dispuesto en el artículo 24.2 en donde se fija un principio de derecho al juez ordinario, así como las que se desprenden de la estructura autonómica del Estado, se ha optado por atribuir esa competencia a los Tribunales ordinarios.**

En esta materia, el artículo 24.2 de la CE, junto con el artículo 20, conceptúan la publicidad como un acto de comunicación que se realiza en ejercicio de la libertad de expresión, y a la vez, de la libertad de mercado.

La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de nuestro Tribunal Constitucional en relación a la publicidad, les ha llevado a un punto común hoy. En origen, nuestro TC (Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de abril de 1989, Recurso de Amparo 1908/88) consideraba que la publicidad era ajena al ámbito de protección del artículo 20 CE, debido al interés comercial (lucro) de la misma, diferente de la información, en el sentido tradicional, que crea opinión en la sociedad. La protección de la publicidad podía entonces encajarse en el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Pero, tras las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencias del TEDH de fecha 25 de marzo de 1985, “Caso Barthol”, de 20 de noviembre de 1989, “Caso

Markintern Verlag GmbH y Klaus Beerman”; y “Caso Casado Coca” de de 24 de febrero de 1994), el criterio cambió. Estas resoluciones consideraban que la libertad de expresión debía ser garantizada sin distinguir la naturaleza, lucrativa o no, del fin perseguido, abarcando a la expresión artística, las informaciones de carácter comercial y los mensajes publicitarios, y ello amparándose en el artículo 10 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en España, en nuestro artículo 20 CE. La información comercial se encuentra pues garantizada en el apartado “d.” del artículo 20.1 de la CE y, lo está en relación directa con el artículo 38 CE.

C) Prohibición de control administrativo de la publicidad.

Recurso de inconstitucionalidad núm. 308/89, interpuesto por el Gobierno Vasco, contra la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

El Decreto Legislativo 5/1986, de 9 de septiembre, sobre publicidad engañosa, del Gobierno Vasco, estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2003, fue derogado por la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias. *Deroga la normativa vasca de publicidad engañosa, **en concordancia con la opción del legislador estatal por la implantación de un sistema jurisdiccional para la resolución de las controversias derivadas, en este caso, del desarrollo de la actividad publicitaria, y como cauce para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación**, acciones que se han visto reforzadas y ampliadas con la transposición de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998.*

Los alegatos del Gobierno Vasco se dirigían exclusivamente a “*intentar la demostración del exceso competencial en el que habría incurrido el legislador estatal al plasmar en el Título IV de la Ley (arts. 25 a 33) **la opción por un sistema o procedimiento jurisdiccional, en vez de administrativo, para el control de la publicidad ilícita**, de la que constituye una modalidad la publicidad engañosa, sin prever cláusula alguna que excepcione la aplicabilidad de dicha regla en la*

*Comunidad Autónoma actora, que asumió competencia exclusiva en materia de publicidad en colaboración con el Estado (art. 10.27 E.A)” con el Decreto Legislativo 5/1986, de 9 de septiembre, sobre publicidad engañosa. Se limitaba a “impugnar, por invasión o menoscabo de la competencia de la Comunidad Autónoma actora, el establecimiento por el legislador estatal de un sistema jurisdiccional de control de la publicidad ilícita” (...)*

*“Efectivamente, sobre la opción del legislador estatal por un sistema jurisdiccional de control de la publicidad ilícita, plasmada en el Título IV de la Ley General de Publicidad, del que el art. 28 (Las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los términos de los artículos 3 a 8 serán dirimidas por los órganos de la jurisdicción ordinaria) constituye su precepto nuclear al residenciar las controversias derivadas de la publicidad ilícita en los órganos de la jurisdicción ordinaria, han versado los alegatos de las partes, negando y sosteniendo, respectivamente, su validez.”*(...)

*“El grupo de preceptos impugnados -arts. 25 a 28- forma parte del Título IV de la Ley, el cual lleva por rúbrica «De la acción de cesación y rectificación y de los procedimientos». En él se recoge, según la Exposición de Motivos, una de las innovaciones más relevantes que introduce el legislador estatal en la ordenación del sector de la publicidad, al decantarse por una opción distinta a la contemplada en el Estatuto de la Publicidad de 1964, en el que se atribuía a un órgano administrativo, el Jurado Central de Publicidad, la competencia para entender de las cuestiones derivadas de la actividad publicitaria. Tal opción se plasma en el art. 28 de la Ley, precepto en el que la Comunidad Autónoma actora centra su pretensión impugnatoria, que atribuye a los órganos de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las controversias derivadas de la publicidad ilícita, las cuales se tramitarán, según dispone el art. 29,*

conforme a lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios de menor cuantía, con las peculiaridades que se recogen en el mencionado artículo, tendentes a adaptar la actividad judicial a las particularidades del fenómeno publicitario.

En la vía judicial que instaura la Ley, y en tal sentido ha de entenderse el alcance de las controversias a las que se refiere el art. 28, sólo cabe deducir como pretensión principal (...), la cesación o rectificación de la actividad publicitaria difundida cuando se considere ilícita, cuyo ejercicio resulta compatible con el de las acciones civiles, penales, administrativas o de otro orden que correspondan y con la persecución y sanción como fraude de la publicidad engañosa por los órganos administrativos competentes en materia de protección y defensa de los consumidores y usuarios ( art. 32). Por su parte, el art. 25 determina los sujetos legitimados activamente para entablar las acciones de cesación o rectificación frente al anunciante, único sujeto publicitario legitimado pasivamente, y establece como requisito previo al ejercicio judicial de dichas acciones la solicitud al anunciante de la cesación o rectificación voluntaria de la publicidad entendida como ilícita, cuya manera de realizarla regulan, respectivamente, los arts. 26 y 27.

En el Título IV de la Ley, en el que se ubican los preceptos impugnados, se plasma, por consiguiente, la opción del legislador estatal (de entre los dos criterios procedimentales -jurisdiccional o administrativo- por los que alternativamente se pronuncia la Directiva 84/450/CEE, generalizando sus previsiones respecto a la publicidad engañosa a todas las clases de publicidad ilícita), por la vía judicial como cauce para el ejercicio de las acciones de cesación y rectificación. No cabe duda de que las normas recurridas, que configuran un único bloque normativo con el resto de los preceptos contenidos en el referido Título, se insertan en el

*ámbito de la legislación procesal, pues la implantación o establecimiento de un sistema o mecanismo jurisdiccional como medio de resolución de las controversias derivadas, en este caso, del desarrollo de la actividad publicitaria, mediante el cual las partes pueden obtener una decisión que ponga fin a los conflictos surgidos, es materia propia de la legislación procesal, reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.6. C.E., cuya atribución «responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales» (SSTC 71/1982, fundamento jurídico 20; 83/1986, fundamento jurídico 2.; 123/1988, fundamento jurídico 3.).*

*En este sentido, no es ocioso recordar que el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de declarar en relación con el establecimiento de un sistema de arbitraje, que, en tanto que equivalente jurisdiccional, a través del cual se pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, era materia propia de la legislación procesal civil (art. 149.1.6. C.E.), relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia [SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9.b); 62/1991, fundamento jurídico 5.].*

*No resulta distinto el encuadramiento desde el punto de vista competencial de los preceptos impugnados considerados individualmente en atención a sus enunciados. En efecto, el art. 28, en el que la Comunidad Autónoma actora centra su pretensión impugnatoria, al residenciar en los órganos jurisdiccionales ordinarios las controversias derivadas de la publicidad ilícita delimita o enmarca la competencia de los mismos, esto es, establece una regla de competencia jurisdiccional, cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal ex art. 149.1.6. C.E. (SSTC 159/1991, fundamento jurídico 4.; 121/1992, fundamento jurídico 4.). El art. 25 en cuanto, de un lado, determina los*

*sujetos legitimados activa y pasivamente y, de otro, establece la solicitud de cesación y rectificación como requisito previo para entablar ambas acciones en vía judicial, así como los arts. 26 y 27 al disciplinar la forma en que ha de realizarse dicha solicitud, contienen una regulación de naturaleza jurídico-procesal, por lo que es evidente su inserción en el indicado título competencial (SSTC 71/1982, fundamento jurídico 20; 83/1986, fundamento jurídico 2.; 123/1988, fundamento jurídico 3.).*

## **VII.- CONCLUSIONES.**

I.- En España tenemos una norma de rango legal, vigente, que regula la realización de actividades económicas (en el sentido mercantil) en la Sociedad de la Información y que, en aquellas materias para las que exista una normativa especial, no será aplicable.

II.- El la nueva redacción propuesta para el artículo 8, otorga nuevas competencias de control a aquellas entidades, privadas o públicas, que tengan atribuidas legalmente funciones de protección en alguna de las materias previstas en dicho precepto.

III.- Si realmente se quisiera decir que, ante una actividad económica de carácter mercantil, tan sólo las autoridades administrativas o judiciales competentes, con potestad sancionadora otorgada por Ley, podrían ordenar la interrupción de servicios en Internet, debería ponerse expresamente “autoridad”, “administrativa o judicial” y, “con potestad sancionadora”.

IV.- Todas las acciones restrictivas de servicios o actividades económicas de esas materias en concreto, independientemente de que se realicen a través de

Internet o no, en las materias específicas que prevé la redacción del nuevo artículo 8, están ya reguladas por su normativa específica y, siempre en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa o judicial.

**V.-** La competencia para la restricción de servicios en la sociedad de la información es:

- 1º.- exclusivamente sobre actividades de carácter mercantil realizadas a través de medios electrónicos.
- 2º.- exclusivamente de órganos de naturaleza administrativa o judicial.
- 3º.- exclusivamente cuando la normativa que regula su potestad sancionadora, así lo prevea.
- 4º.- exclusivamente para adoptar las medidas “legalmente previstas”.

**VI.-** Internet es información y, la información comercial, relativa a una actividad económica, es PUBLICIDAD en el sentido de la Ley General de Publicidad. Las páginas web de actividades económicas, son enteramente publicidad.

**VI.-** Sólo los Tribunales tienen competencias para determinar la retirada de los contenidos publicitarios, ya sea dentro o fuera de Internet y ello con independencia de que las Administraciones Públicas, las personas jurídicas privadas y, las personas físicas afectadas, tengan legitimación para instar la acción de cesación.

**VI.-** El principio de “reserva de ley” obliga a que sea una Ley Orgánica la que delimite las restricciones de los derechos fundamentales y, cuando esto afecte directa o indirectamente a competencias exclusivas del poder judicial, será preceptivo el informe del Consejo General de Poder Judicial.