

ANÁLISIS DE RIESGOS



ELABORADO POR AI²: ASOCIACIÓN DE INGENIEROS EN INFORMÁTICA.

Resumen:

En la Directiva Europea 2000/31/CE se define a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, y se establece una normativa común, en relación al mercado interior Europeo, sobre identificación de los prestadores de servicios, comunicaciones comerciales (solicitadas y no solicitadas), códigos de conducta, misma validez del contrato electrónico que cualquier otro, requisitos de contratos y pedidos, cooperación con la autoridad del prestador de servicios y salvaguardas en su responsabilidad.

El objetivo de la ley es generar confianza en el ciudadano para la utilización de los servicios de la sociedad de la información, y del comercio electrónico. Se favorece el establecimiento y prestación de servicios, sin necesidad de autorización previa alguna. Como normal general, en ningún caso el establecimiento u operación de empresas (u otras organizaciones) en el espacio "virtual" (Internet) conllevaría mayores cargas o trabas que una situación equivalente en el espacio "físico".

La Directiva debiera trasponerse a la Legislación Española antes del 17 de Enero del 2002. En ciertos puntos de la trasposición a la legislación española, como Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI en siglas), se han detectado riesgos.

Quizá el más llamativo sea que los progenitores de un/a menor con espíritu emprendedor pueden llegar a afrontar multas de cincuenta a cien millones de pesetas, en base esta Ley, por ejemplo si la criatura no identifica a un amiguete destinatario de un servicio. O de quince a cincuenta millones por enviar cuatro correos electrónicos no solicitados. O de medio a quince millones por no dar de alta el dominio en el Registro Público, o no denunciar presuntos ilícitos (suponiendo que a su tierna edad sepa siquiera que es todo eso).

En fin, que hay ciertos riesgos de que puntos concretos de la actual redacción de esta Ley no ayuden precisamente al desarrollo de la Sociedad de la Información en España, y los Ingenieros Informática, como profesionales del tratamiento de la Información, queremos ayudar señalándolos. Es nuestro trabajo.

Descripción del Riesgo	Impacto
En prestación de servicios sin ánimo de lucro	ALTO
Costes en Registro Público del nombre de dominio	ALTO
Sanciones desproporcionadas con el infractor	ALTO
Conocimiento de actividad presuntamente ilícita	ALTO
En modificación y terminación de los contratos electrónicos	MEDIO
Indefinición de Autoridad	MEDIO
Prestador de servicios más sancionado que el infractor	MEDIO
Texto sin contenido	BAJO
Indefinición de la normativa técnica aplicable	BAJO

Información adicional en www.ai2.as. E-mail presidente@ai2.as. Teléfono 609108171. Fax 915317942.

Riesgo : En prestación de servicios sin ánimo de lucro

Impacto: **ALTO**

Observación:

Por el mero hecho de poner una simple pancarta “*banner*” de publicidad no gratuita en su página personal, su autor ya podría ser considerado prestador de servicios incurso en esta Ley, pues la página personal ya constituiría actividad económica, que además suministra información y ofrece recopilación de datos por vía telemática. (Anexo: Definiciones.a).

Riesgo:

Entendemos que los servicios (por ejemplo páginas web) sin orientación comercial en ningún caso deberían entrar en el ámbito de la ley. Lo contrario significaría cortar de raíz el desarrollo de la sociedad de la información democrática por parte de los ciudadanos "de a pie" y de las asociaciones y organizaciones sin ánimo de lucro. Por ejemplo, por el mero hecho de poner una página personal en Internet se encontrarían expuestos a sanciones partiendo de un mínimo 3.000 euros. Como es evidente, ante este riesgo pocas personas físicas o asociaciones sin ánimo de lucro contribuirían al crecimiento de la sociedad de la información. La definición de prestador de servicios debiera contemplarse en relación a las transacciones económicas por parte del destinatario de esos servicios, que es quien precisa de garantías adicionales.

O se hace una campaña intensiva, o la mayoría de quienes pudieran ser considerados “Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información” no tendrán consciencia de serlo, ni sabrán de sus obligaciones como tales ni de las multas a las que se arriesgan. Si el flamante “Prestador de Servicios” es un menor, puede que sus progenitores no sepan, ni aún se imaginen, que se arriesgan a multas de hasta 600.000 Euros por algo de lo que todos ellos pueden ignorar hasta el concepto.

Y los prestadores de servicios advertidos, procurarán, además de no incurrir en falta alguna, pensar si les compensa esta actividad en función del riesgo que ahora corren. Muchas personas físicas, organizaciones sin ánimo e lucro y PYMES habrán de sopesar su interés en contribuir a la Sociedad de la Información. Y es precisamente la colaboración de “muchos pequeños” quien ha creado la Sociedad de la Información, pues como se explica en la Ley de Metcalfe “*el valor de una red se incrementa geométricamente con el número de usuarios conectados a ella*”.

Recomendación:

La figura de prestador de servicios podría definirse con mayor precisión, excluyendo de los efectos sancionadores de esta Ley a los prestadores de servicios sin actividad económica significativa, por ejemplo que no tengan un volumen de negocio mínimo (¿10.000 Euros/año?) como prestadores de servicios.

Riesgo : Costes en Registro Público del nombre de dominio

Impacto: **ALTO**

Observación:

Las altas, modificaciones y bajas de los nombres de dominio utilizados deberán comunicarse a los Registros Públicos en un mes (Art. 9), bajo multa de 3.000 a 90.000 Euros (Art. 45 y 46). Como los datos de cada dominio ya están en el Registro de Dominios Internet, registrarlos en cualquier otro Registro siempre será una tarea adicional.

Registrar en Internet un dominio “*www.nombre.com*” es inmediato y cuesta desde 12 Euros/año; un dominio “*www.nombre.es*” cuesta desde 48 Euros/año. Consultar los datos de un nombre de dominio en Internet es inmediato y gratuito (técnica “whois”/*quién es*, como en www.nic.es/cgi-bin/consulta.whois). El Registro de Dominios Internet funciona perfectamente, es de público conocimiento y está normalizado internacionalmente (www.icann.org) y en España (www.nic.es) por la O.M. 6100 BOE 31-3-2000.

En el Registro Público la inscripción no puede hacerse por Internet (Art. 5), lo que implica costes (siempre superiores) en tiempo, desplazamiento y aranceles. Cada consulta por Internet al Registro Mercantil Central (www.rmc.es) tiene un arancel de 1.5 Euros + IVA, previa la firma en papel de un Convenio.

Riesgos:

El Registro Público encarece la inscripción y consulta de nombres de dominio a los prestadores de servicios y a los usuarios, con el riesgo de desanimar su uso. Como ejemplo, en España son más populares los dominios “.com” que los “.es”, ya que cuestan la cuarta parte. Cada dominio “.com” significa al menos 6 \$/año de pago desde España al exterior, contra cero pesetas de un “.es”, que además conecta más rápido en España.

El mismo registro ha de hacerse en dos sitios: primero en Internet, al comprar el dominio, y luego en los Registros Públicos. ¿Cuántos y cuales son los Registros Públicos donde registrar? ¿A cuál debe dirigirse cada prestador de servicios? ¿Quién comprueba que los datos coincidan entre los Registros Públicos, y entre éstos e Internet?. ¿Cómo saben los usuarios españoles los Registros Públicos a los que hay que consultar?. ¿Será la consulta inmediata y gratuita como en Internet?. ¿Y para los usuarios europeos?. ¿Porqué la inscripción y consulta de los datos de un dominio en España ha de seguir un procedimiento distinto y más caro?.

La obligación de comunicar a los Registros Públicos es para los nombres de dominio que se utilicen con carácter permanente. Convendría aclarar qué se ha de entender por permanente. Es práctica habitual adquirir sobre la marcha nuevos nombres de dominio específicos para actividades o productos diferentes dentro de la misma empresa. Muchos de estos nombres de dominio no “cuajan” o bien tienen por definición una vida limitada. Por otro lado, la obligación de comunicar los nombres antes de un mes de su obtención parece definir indirectamente el carácter permanente: que se utilice más de un mes. Si hubiera que comunicar todos los nombres que se utilicen, aunque sea temporalmente, esto aumentaría la probabilidad de olvidarse de comunicarlo al Registro Público, con la consiguiente multa de 3.000 a 90.000 euros. La consecuencia puede ser, de nuevo, que se evite esta práctica habitual en Internet, poniendo a las empresas españolas en situación de desventaja frente a sus competidoras.

Los usuarios probablemente seguirán recurriendo a las técnicas “whois”/*quién es* para conocer los datos de quien es el propietario de un dominio, así como a las técnicas de “whois”/*quién es* inverso para conocer los dominios propiedad de un prestador de servicios, por lo que el Registro Público no les sería de utilidad.

Recomendación:

Reforzar el valor legal Registro de Dominios Internet, que por razones técnicas forzosamente ha de utilizarse siempre para los nombres de dominio, por lo que no sería entonces necesario el obligar a repetir el registro del nombre de dominio en otro Registro Público.

Exigir al prestador de servicios sus datos actualizados y completos en el Registro de Dominios Internet.

Potenciar los buscadores españoles de técnica “whois”/*quién es* para “*garantizar que la vinculación entre el prestador, su establecimiento físico y su "establecimiento" o localización en la Red, que proporciona su dirección de Internet, sea fácilmente accesible para los ciudadanos y la Administración Pública*”.

Observación:

El rango (importe máximo expresado en número de veces el importe mínimo) de las sanciones muy graves y graves varía de 1 a 3; en las sanciones leves de 1 a 30 (Art. 46). La multa coercitiva de 1 a 100 (Art. 36).

El rango del volumen de negocio de los proveedores de servicios varía desde una persona física a la empresa española con mayor valor en Bolsa; por tanto supóngase de 1 a 1.000.000.

Riesgo:

En el Ática griega, Procrustes extendía al infeliz viajero sobre un lecho de hierro y le estiraba o mutilaba hasta hacerle coincidir con su medida.

El “lecho de Procrustes” de esta Ley, esto es, el régimen sancionador, varía de 1 a 3. Pero el tamaño del “viajero” de 1 a 1.000.000. Estadísticamente, en la mayoría de los casos, o sobra o queda corto.

Una sanción demasiado pequeña no tiene carácter ejemplarizante. Y existen abundantes antecedentes de infractores que prefieren pagar la sanción, pues así y todo les sigue resultando más beneficioso incidir en el comportamiento punible.

Una sanción demasiado elevada causa directamente la quiebra del sancionado. A una persona física, una sanción leve de 60.000 Euros le supone prácticamente lo mismo que una muy grave de 600.000: es la ruina económica, y probablemente la incapacidad de pagarla.

El riesgo de este “dilema del lecho de Procrustes” es que las grandes empresas queden “de facto” exoneradas del cumplimiento de la Ley, mientras que los particulares y PYMES se abstendrían de prestar servicios de la Sociedad de la Información por temor a la más leve sanción.

Este régimen sancionador corre el riesgo de constituir una nueva traba para que las empresas establezcan servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, especialmente las pequeñas y medianas empresas. Aunque existe la posibilidad de graduar la sanción, la más leve infracción lleva aparejada de manera inevitable un mínimo de 3.000 euros (499.158 pesetas), quizá por olvidar el plazo al comunicar al Registro Público la adquisición de un nuevo nombre de dominio. Olvidar incluir el NIF en una página web es una infracción grave castigada con un mínimo de 90.001 euros (14.974.906 pesetas).

La graduación de las sanciones podría ser más progresiva, con unos mínimos más pequeños, y más acorde con el impacto económico de las infracciones, por ejemplo distinguiendo el perjuicio económico potencial que podrían conllevar, pues no parecen hacerse distinciones en cuanto al monto de las transacciones económicas afectadas por la infracción.

Como regla general, en la Sociedad de la Información las publicaciones convendría comunicarlas preferentemente mediante procedimientos de esa misma Sociedad, por ejemplo las sanciones podrían ser publicadas principalmente en la red y subsidiariamente en papel (Art. 46.2)

Recomendación:

Adaptar en lo posible el montante de las sanciones a las características económicas de los infractores.

Publicar las faltas graves y muy graves en un registro de la Sociedad de la Información (como en la página del Ministerio de Ciencia y Tecnología) y, en lo posible, que la publicación en papel sea subsidiaria.

Observación:

Los prestadores de servicios de la sociedad de la información [...] deberán [...] comunicar a las autoridades judiciales o administrativas competentes, tan pronto como tengan conocimiento de su existencia, la actividad presuntamente ilícita, realizada por el destinatario del servicio. (Art. 11 1.a)

Riesgo:

Sobre la *actividad presuntamente ilícita*, parece conveniente definir claramente qué significa *conocimiento de su existencia*, puesto que tal y como está, se deja la interpretación al prestador de servicios de una manera muy abierta. Si esta interpretación no coincidiera con la de la autoridad, la sanción que acarrea es de 3.000 a 30.000 euros. Esto es de nuevo una traba para la el establecimiento de servicios, puesto que esta indefinición aumenta el riesgo para el prestador de servicios, que puede decidir no instalarse o bien instalarse en otro país con una legislación más favorable al comercio electrónico.

Pues como ni se define cómo se alcanza el *conocimiento* de la *actividad presuntamente ilícita*, ni si el conocimiento es *conocimiento* “a secas” (Art. 15) o *conocimiento efectivo* (Art. 16), ni si hay que informar al destinatario del servicio de que se va a proceder a la *denuncia* (Art.45 4.c), ni cuales son las *autoridades judiciales o administrativas competentes*, quizá habría que recurrir, por analogía, a alguna figura ya conocida, para mejor describir el comportamiento del prestador de servicios de la sociedad de la información.

Repasando antecedentes, quizá podría rescatarse la figura de “Familiar del Santo Oficio”, ejercida durante siglos por entusiastas voluntarios. En efecto, no era preciso indicar cuál era la fuente del conocimiento, ni su grado de efectividad, ni informar al destinatario de que su actividad presuntamente ilícita iba a ser denunciada. Bien es cierto que la autoridad si que estaba perfectamente definida.

Entonces, siguiendo el símil, bien pudiera el prestador de servicios comunicar todas y cada una de las actividades pues ¿qué conocimiento tiene de que NO son ilícitas?. Nada gana por otorgar presunción de licitud, y a cambio puede perder mucho. Y como nada hay que comunicar al destinatario el servicio, siempre es mas seguro comunicar todo. Y, siguiendo con el antecedente histórico, en caso de dudas, la comunicación sobre uno mismo era un procedimiento preventivo con cierta tradición.

Recomendación:

Sumo cuidado y delicadeza en todo lo referente a la *denuncia*, pues existe un historial de siglos que no invita precisamente al optimismo.

Riesgo : En modificación y terminación de los contratos electrónicos

Impacto: MEDIO

Observación:

La presente Ley describe como formalizar y celebrar contratos electrónicos (Art. 28 al 31). Pero nada se dice de cómo modificarlos y terminarlos.

Riesgo:

El consumidor se puede encontrar con toda clase de facilidades a la hora de formalizar y celebrar un contrato. Pero cuando el consumidor quiera modificar los términos del contrato, o terminarlo (por ejemplo, en contratos de servicios), puede encontrarse con que el prestador de servicios de la sociedad de la información se niegue a seguir utilizando vías electrónicas, y el consumidor tenga que utilizar el desplazamiento personal a las oficinas del prestador de servicios, o múltiples llamadas telefónicas, o fax, u otros medios fuera del ámbito de esta Ley.

De hecho, esta situación se viene produciendo con algunos prestadores de servicios, según han recogido los medios de comunicación.

Recomendación:

Sería muy útil incluir la modificación y terminación de los contratos electrónicos en el ámbito de esta Ley.

Riesgo : Prestador de servicios más sancionado que el infractor

Impacto: MEDIO

Observación:

No poner fin a una infracción o por no impedirlo (Art.45.2 y 46) es falta muy grave, multada de 300.001 a 600.000 Euros. Pero para nada se tiene en cuenta que la tipificación de la infracción a la que se quiere poner fin o impedir, que podría ser mucho menos gravosa.

Riesgo:

La infracción (aún la menos punida) sin “poner fin o impedir” por parte del prestador de servicios le supone una multa que puede ser mucho más onerosa que la multa al infractor original.

Esto expone al prestador de servicios al riesgo de que alguien provoque a propósito una infracción levemente multada (según la Ley aplicable al caso) para poder implicarle en una infracción muy gravemente multada (según esta Ley). Y el prestador de servicios tendrá que correr con la carga de la prueba para demostrar la confabulación. El prestador de servicios “cómplice a su pesar” se ve más castigado que el propio autor de los hechos. Es el adagio “quédeme yo tuerto, si mi vecino ciego” del saber popular (“vox populi, vox Dei”).

Recomendación:

El prestador de servicios quizá no debiera ser sancionado por no “poner fin o impedir” una infracción en mayor medida que el autor de la propia infracción.

Observación:

En el proyecto de Ley, la palabra “autoridad” se utiliza con las palabras “pública”, “judicial”, “administrativa” y “competente” formando las siguientes uniones, que en cada caso se repiten el número de veces señalado entre paréntesis:

autoridad (5), autoridad competente (8), autoridad pública (3), autoridad judicial competente (1), autoridad administrativa competente (4), autoridad judicial o administrativa competente (2), autoridad judicial o administrativa (1).

En total, la Ley distingue hasta siete ámbitos diferentes de autoridad. Pero no explica sus diferencias.

Riesgos:

Las personas que hayan de atenerse a esta Ley deberán catalogar a cada autoridad en uno (o varios) de los tipos definidos. Esto entraña riesgos cuando, por ejemplo, haya que distinguir a una “autoridad judicial o administrativa competente” (Art. 11.a y 11.b) de una “autoridad judicial o administrativa” a la que no se especifica si ha de ser competente o no. (Art. 11.c).

El Art. 42.1 indica que *“las referencias a las autoridades competentes contenidas en los artículos 8, 10, 11, 16 y 17 se entenderán hechas a los órganos jurisdiccionales o administrativos que, en cada caso, lo sean en función de la materia.”*. ¿Y quienes son? es la pregunta inmediata.

Por tanto, existe el riesgo de que las personas que hayan de atenerse a esta Ley tomen a todo tipo de autoridades como autoridad [pública] [judicial] [administrativa] [competente] (táchese lo que no proceda). Y al obrar así, se expongan a actuar, por acción u omisión, sin el respaldo de la autoridad [pública] [judicial] [administrativa] [competente], con los consiguientes perjuicios que puedan llegar a causarse.

Puesto que la suspensión del servicio puede provocar incluso la quiebra del prestador del servicio y/o del destinatario, sería bienvenida la máxima seguridad jurídica sobre si basta con una simple orden administrativa, o debería ejecutarse sólo mediante una orden judicial.

Recomendación:

En aras al principio de seguridad jurídica, sería conveniente que las referencias a las distintas autoridades fueran más fácilmente identificables para los destinatarios de esta Ley, por ejemplo reduciendo en lo posible el número de distintos ámbitos de autoridad [pública] [judicial] [administrativa] [competente] referenciados y definiéndoles con claridad.

Prestar el servicio de publicar a efectos legales en la red, quizá por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, la lista que se cita en el Art. 42 de *autoridades competentes [...] en los artículos 8, 10, 11, 16 y 17*.

Observación:

El texto normativo de la directiva 2000/31/CE consta de unas 5.000 palabras, y este Proyecto de Ley lo traspone de unas 8.000, lo que supone un incremento de un 60% del texto en la trasposición.

A lo largo de los Artículos de la Ley, se incluyen diversos textos sin contenido normativo ni explicativo.

Como ejemplo “*La supervisión o la conservación de datos se hará en la forma que, siendo eficaz para el objeto que se persiga, resulte menos gravosa para el prestador de servicios.*” (Art. 11.d). Parece un "concepto jurídico indeterminado", pues es evidente que siempre se intenta prestar los servicios de la forma menos gravosa, y tampoco parece ser objeto de esta Ley el cálculo de costes. Aunque si lo que se pretende es que el prestador de servicios se haga cargo de los costes, convendría expresarlo claramente.

Riesgo:

Las personas que hayan de atenerse a esta Ley, ante su extensión, podrían utilizar “resúmenes” o “compendios” cuya redacción será más o menos afortunada, pero nunca podrá alcanzar la seguridad jurídica que la propia redacción del legislador otorga.

Texto sin contenido normativo introducido en los Artículos de la Ley puede dar lugar a buscarle contenido normativo, y hasta a encontrárselo, aún en contra de la voluntad del legislador. Por ejemplo: “*No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.*” ¿Y lo mismo *antes de* su transmisión?. ¿Y *después de*?. ¿Y si los datos no están en archivos, sino que se generan en tiempo real como en una cámara Web?. Este texto, y otros similares, que tampoco aparecen en la Directiva 2000/31/CE, más que clarificar, oscurecen.

Un texto que no tenga contenido normativo bien podría resaltarse en la exposición de motivos, donde podrá expresarse con mayor facilidad.

En el mismo sentido, hay riesgo de confusión si se utilizan expresiones significantes distintas para el mismo significado. Por ejemplo, ¿*vía electrónica* es *vía telemática*? (Anexo.a)

Las personas que hayan de atenerse a esta Ley española estarían en desventaja sobre otras personas en Europa, cuyas Leyes sean mas cortas y fáciles de conocer.

Recomendación:

Convendría reducir en lo posible el texto sin contenido normativo en los Artículos de la Ley, y preferiblemente ponerle en la exposición de motivos.

Se sugiere utilizar siempre la misma expresión significativa para describir el mismo significado.

Observación:

En el Art. 15 se citan *las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información*, así como la *tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector*. Según el Art. 18 *la Administración General del Estado impulsará [...] la elaboración y aplicación de códigos de conducta [...] por parte de las corporaciones [...] profesionales [...], con objeto de hacer efectivo lo dispuesto en esta Ley*, a las que se da legitimación en la acción de cesación (Art. 33).

Pero la Corporación de Derecho Público de los Ingenieros Informáticos (Colegio Oficial de Ingenieros Informáticos), especializado en las técnicas en las que se basa la Sociedad de la Información, sigue sin existir en el ámbito estatal, y sólo está constituido en cinco Autonomías, entre las que no se incluye Madrid.

Riesgo:

Según el ordenamiento Constitucional, los Colegio Profesionales, como Corporaciones de Derecho Público, tienen precisamente encomendadas misiones como las citadas en esta Ley. Y así es en las demás profesiones establecidas. En Informática, por su relativa novedad, a pesar de que las primeras promociones de Ingenieros en Informática egresaron hace más de un cuarto de siglo, los Colegios profesionales están empezando a constituirse. El más antiguo, de la Comunidad de Murcia, apenas tiene un par de años de existencia.

Como importantes Autonomías como Madrid no tienen Colegio, ni existe Colegio ni Consejo de Colegios de ámbito estatal, la profesión informática tiene dificultades al prestar su colaboración a la Administración General del Estado.

Establecer la Sociedad de la Información sin la colaboración de los Ingenieros Informáticos puede significar no contar, precisamente, con los facultativos del tratamiento automático de la información, técnica en la que en buena parte se basa la Sociedad que se quiere construir.

Recomendación:

Los Ingenieros en Informática agradeceríamos colaboración e impulso a la creación de Colegios de Ingenieros en Informática y del Consejo de Colegios de Ingenieros en Informática.

Bibliografía:

Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

http://www.setsi.mcyt.es/novedad/antepr_elect_300401.doc

http://www.setsi.mcyt.es/novedad/antepr_elect_300401.pdf

Directiva 2000/31/CE

<http://www.setsi.mcyt.es/legisla/comunita/L178.pdf>

http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html

Directiva 98/34/CE

http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/1998/es_1998L0034_do_001.pdf

Directiva 98/27/CE

http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/1998/es_1998L0027_do_001.pdf