

I. ESPAÑOLA Y COMUNITARIA

¿ES APLICABLE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA DENEGACION, PARA OPERAR EN INTERNET, DEL REGISTRO DE UN NOMBRE DE DOMINIO DE DNS DE SEGUNDO NIVEL BAJO «ES»?

Por

ERNESTO GARCÍA-TREVIJANO GARNICA

I. Asistimos en nuestro país en los últimos años a una galopante inmersión en el mundo de Internet. Desde su introducción en España en el año 1990, los usuarios se han ido multiplicando y, con ello, los problemas que suscita su utilización.

Esta realidad no pasa desapercibida al jurista, que observa, a veces no exento de perplejidad, cómo se van resquebrajando los esquemas tradicionales, y se impone una necesaria adaptación —también desde el punto de vista jurídico— a la nueva realidad. El Derecho debe amoldarse a la realidad (y no a la inversa), siendo una de sus funciones la de canalizar por cauces adecuados la nueva realidad social, económica y cultural en que se traducen las avanzadas técnicas de información, y en particular la denominada red de redes (Internet).

Sin pretender en estas breves líneas aproximarme tan siquiera a la multitud de cuestiones que desde un punto de vista jurídico plantea su utilización —jurisdicción competente en caso de conflicto, defensa del consumidor, propiedad intelectual e industrial, comportamientos ilícitos, medios de prueba, seguridad en las transacciones, etc. (1)—, quiero, sin embargo, formular al menos algunas reflexiones provocadas por un asunto recientemente dictaminado por el Consejo de Estado (al que más adelante aludiré), relativo a una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada frente a la Administración por la denegación —aducía el reclamante— discriminatoria del registro de un nombre de dominio de DNS de segundo nivel bajo «es».

El primer aspecto que destaca para una persona, como es mi caso, que no es experta en el mundo de Internet es el carácter en cierta medida artificial de la polémica acerca de si Internet debe quedar al margen del Derecho, con el argumento de que surgió como un foro de intercambio múlti-

(1) Puede verse un reciente e interesante análisis de tales problemas (que incluye diversas propuestas para su solución) en un estudio del Consejo de Estado francés denominado «Internet y las redes digitales» (en su versión española puede consultarse <http://www.ladocfrancaise.gov.fr/cgi-bi...ts&fichier=cons-esp.htm&MID=nxOQOebOdP7q>).

ple y libre de información, creado desde abajo (no por disposición de los Poderes Públicos) y que opera bajo el principio de libertad en su concepción más extrema, si se quiere.

En efecto, a mi juicio, el planteamiento no debe ser «Internet *versus* Derecho», de igual manera que no pueden contraponerse, como conceptos antagónicos, Derecho y Libertad. Sostener que Internet debe ser un espacio de «no-Derecho» para salvaguardar la libertad con la que surgió equivaldría a afirmar que en un Estado de Derecho no existe Libertad. Como recuerda VILLAR PALASÍ, Internet es ante todo «un espacio social y como tal debe ser regulado por el Derecho» (2).

Además, la realidad actual demuestra que Internet no funciona rigiéndose exclusivamente por normas de conducta espontáneas o por reglas que deberían encuadrarse en el ámbito extrajurídico (reglas de carácter social), como la cortesía, respeto o rechazo moral a determinadas conductas, colaboración, etc.

Por el contrario, existen numerosas reglas que rigen el funcionamiento de Internet (al menos en algunos aspectos), que se enmarcan con naturalidad dentro del ámbito jurídico (exceden de lo que cabría considerar como meras pautas de carácter social) y que como tales producen consecuencias jurídicas, reglas que, sin embargo, son adoptadas por la propia organización (Internet) o por unos pocos dentro de ella.

Para comprobar esta realidad basta la lectura, por ejemplo, de las denominadas «Normas y Procedimientos para el Registro de un Nombre de Dominio de DNS bajo “es”», adoptadas en nuestro país por ES-NIC (Registro Delegado de Internet en España). En estas «normas», tras una introducción, se establecen unas disposiciones generales (entre otros aspectos, se señala que la inscripción de nombres de dominio de DNS de segundo nivel bajo «es» se regirá por «las presentes normas», reservándose el ES-NIC «el derecho de modificar las presentes normas si en el futuro condiciones técnicas o de otra clase así lo exigiesen»), se enumeran las organizaciones legitimadas para registrar un nombre de dominio de segundo nivel bajo «es» (excluyéndose, por tanto, a las personas no citadas), se concretan los nombres de dominio que están permitidos (conteniéndose incluso un listado de «prohibiciones absolutas»), se regulan los términos y condiciones del registro de nombres de dominio, el procedimiento de registro (que incluye el registro de un nuevo nombre, cambios, bajas) y las causas de anulación o baja de un registro (incluso contra la voluntad del titular del nombre de dominio registrado).

Esta regulación sólo rige para el registro de nombres de dominio de DNS de segundo nivel bajo «es» para su uso en Internet por organizaciones españolas, de tal manera que los Registros Delegados de Internet en los demás países también tienen esta capacidad «normativa» en relación con sus organizaciones nacionales (3).

(2) *Implicaciones jurídicas de Internet*, «Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», núm. 28, 1998, págs. 507 y ss.

(3) Incluso en algunos casos, como acontece con AFNIC en Francia, se practica por las Entidades Delegadas un control previo muy estricto sobre el derecho del solicitante a

Y cabría preguntarse si, atendida esta realidad, es correcto afirmar que Internet se mueve al margen del Derecho o si es más correcto sostener que, efectivamente, se mueve dentro del ámbito jurídico, sometiéndose a reglas que no son sólo de carácter meramente social, aunque no hayan sido establecidas por los Poderes Públicos, sino por la propia organización (o, mejor, por una minoría).

Si se admite que indudablemente nos movemos en un ámbito jurídico, con una regulación peculiar más o menos compleja, cabría preguntarse, por ejemplo, cuál es la legitimidad con que cuenta (que, desde luego, no lo es democrática) el Registro Delegado de Internet en cada país para adoptar unilateralmente las reglas que tenga por conveniente, y con ello aceptar o rechazar el registro de un nombre de dominio solicitado (e incluso expulsar a quien ya lo había obtenido).

Es cierto que podría argumentarse que, en definitiva, Internet no es más que una organización privada. Sin embargo, creo que es indiscutible que se está convirtiendo en una especie de «servicio de interés público», y que como tal puede justificar la intervención, con mayor o menor intensidad, de los Poderes Públicos, máxime si se observa que, a fin de cuentas, no siempre no son los «internautas» los que imponen tales reglas de manera espontánea, sino unos pocos. ¿Acaso las mencionadas normas adoptadas por el ES-NIC tienen su origen en la voluntad (directa o indirecta) de las organizaciones españolas afectadas por ellas?

Y no es excusa que dichas reglas sean bien intencionadas e incluso correctas en su formulación y congruentes con la libertad que pretende preservarse, pues, en definitiva, quien dicta las reglas (de obligada observancia si se quiere obtener el registro de un nombre de dominio) carece de la legitimidad de la que sí gozan los Poderes Públicos para dictar normas jurídicas.

No es extraño a nuestra realidad que una actividad que nace en el sector privado, sin regulación de los Poderes Públicos, sea objeto de regulación cuando llega un momento en que alcanza interés social o económico. A nadie debe escandalizar que los Poderes Públicos intervengan en organizaciones y actividades privadas, pues es algo perfectamente aceptado, asumido e incluso en ocasiones reclamado por la comunidad. No se duda de que sea aceptable (y conveniente) que exista una legislación de Fundaciones, de Deportes (que se estructura fundamentalmente a través de asociaciones privadas, como Federaciones, Ligas de Fútbol, etc.), de Asociaciones, que en definitiva son entidades de naturaleza privada; de igual manera se incide —y en ocasiones con una gran intensidad— en el ámbito contractual privado, limitando la libertad de pactos.

Podrá discutirse la conveniencia de intervenir o, en su caso, cuál deba ser el grado de la intervención pública, pero es indudable, a mi juicio, que

obtener un nombre de dominio, exigiéndose un documento acreditativo oficial como forma de preservar el derecho de propiedad intelectual, lo que disuade a numerosas empresas francesas de registrarse bajo «fr» (véase el aludido estudio del Consejo de Estado francés).

el auge y trascendencia social, económica y jurídica de Internet genera (o está generando) una conciencia social favorable a la adopción de normas por parte de los Poderes Públicos que eviten los abusos y actuaciones ilícitas que a través de la denominada red de redes se practica (4). No es extraño leer en los periódicos de nuestros días que un determinado sector (artistas, consumidores, etc.) reclama una regulación que preserve sus derechos, reiteradamente vulnerados a través de Internet. Y es que es insuficiente confiar en la bondad humana, pues siempre existirá una minoría que intentará aprovechar la ausencia de regulación (o al menos de una regulación suficiente) para obtener improcedentes ventajas.

En una época de desregularización como la presente, la citada intervención de los Poderes Públicos (utilizando su poder normativo) deberá quizá ser mínima, la estrictamente indispensable, pero no dudo que debe producirse, por ejemplo, en ámbitos tan sensibles como el penal. Y con ser importante el autocontrol (5), no es, a mi juicio, suficiente, autocontrol que a veces se materializa a través de técnicas discutibles y eventualmente abusivas, como la del bloqueo del usuario incumplidor, técnica que, con ser útil, puede ser insuficiente e insegura (tanto por exceso o por defecto). Señala VILLAR PALASÍ en este aspecto que «el autocontrol o la apelación a los *standars* de conducta razonables no debe suponer la abdicación de los Estados o de la soberanía internacional» (6).

Cuestión distinta es que la intervención pública —aprobando las correspondientes normas— se presenta como un problema de carácter transnacional, de manera que normalmente las medidas que se adopten no serán eficaces si no son fruto de los oportunos convenios internacionales (adoptando, a fin de cuentas, regulaciones homogéneas sobre el particular). Como destaca VILLAR PALASÍ, es necesaria una legislación básica internacional, costumbre, códigos de conducta universales e instrumentos técnicos nuevos (7).

II. Hechas estas reflexiones previas, quiero destacar que Internet tiene también importancia desde el punto de vista del Derecho Administrativo, no sólo por la incorporación de técnicas telemáticas a la actividad administrativa, sino también y específicamente por lo que ahora interesa, porque la Administración puede verse afectada por una eventual reclamación de daños y perjuicios.

Constituye éste un aspecto nuevo en el que, sin duda, VILLAR PALASÍ en-

(4) Todo ello sin perjuicio, además, de las modulaciones y limitaciones que en la utilización de Internet vengán impuestas por los fallos judiciales (por la jurisprudencia que, en definitiva, se forme al respecto), como puede observarse en países con más experiencia sobre la materia, como EE.UU.

(5) Destaca Alejandro RIBAS que por el momento, a falta de una legislación específica, en Internet existen unos códigos de ética cuyo incumplimiento está castigado con la censura popular, lo cual acaba siendo, en algunos casos, más eficaz que una norma de Derecho positivo (vid. «Internet: responsabilidades legales», en *Internet y Derecho...*, págs. 118 y ss.).

(6) *Implicaciones jurídicas de Internet*, ob. cit., págs. 513 y ss.

(7) *Implicaciones jurídicas de Internet*, ob. cit., pág. 515.

trará en su anunciado libro sobre el Derecho Administrativo e Internet, y que yo ahora quiero destacar por ser, salvo error por mi parte, el primer caso que se suscita ante el Consejo de Estado. Me estoy refiriendo al dictamen 4862/98, de 4 de febrero de 1999.

Como ya he destacado, el ES-NIC es el Registro Delegado de Internet en España. Por delegación de *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA), autoridad máxima del sistema de nombres de Internet (DNS), tiene encomendada, entre otras, la responsabilidad de gestión del dominio de DNS de primer nivel para España («es»), que tiene un componente geográfico (8).

A partir de esta responsabilidad, le corresponde el registro de nombres de dominio de DNS de segundo nivel bajo «es» para su uso en Internet por organizaciones españolas. Así se recoge en el apartado 2 del documento relativo a la descripción y funciones del ES-NIC (URL:ftp://ftp.nic.es/docs/es-nic-descripcion.txt).

Inicialmente podría preguntarse el lector cuál es la conexión entre las responsabilidades que se le asignan por IANA al ES-NIC y la viabilidad de articular una reclamación patrimonial contra el Estado al amparo de lo dispuesto en los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

Pues bien, dicha conexión se produce por el hecho de que el ES-NIC es en España (en virtud de la citada delegación del IANA) el Centro de Comunicaciones CSIC RedIRIS, integrado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, entidad de naturaleza pública. Esta última circunstancia (que quien otorga o deniega registros de nombres de dominio de segundo nivel bajo «es» sea una persona jurídico-pública) provoca la administrativización del régimen de su responsabilidad.

En efecto, sin necesidad de profundizar en este aspecto, se ha producido en nuestro país una publicación del régimen de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas, aun cuando actúen sometidas al Derecho privado. No se trata ya simplemente, por tanto, de establecer la unidad de jurisdicción en favor del orden contencioso-administrativo (unidad afirmada ya por el Auto de la Sala de Conflictos del Tribu-

(8) Dejo a un lado —porque no compete al ES-NIC y no interesa a los efectos de la reclamación de daños y perjuicios a la que me refiero— los DNS de primer nivel referidos a un campo genérico y que se denominan «gTLD» (*Generic Top Level Domain*), desarrollados en Estados Unidos y que han adquirido en la práctica un carácter internacional. No responden a un ámbito geográfico, sino que se establecen por razón de la actividad. Existen en la actualidad los siguientes gTLD: «com», para las empresas comerciales; «org», para los organismos sin fines de lucro; «net», para los organismos cuya propia existencia está relacionada con Internet; «int», reservada a organizaciones internacionales; y, finalmente —como recuerda el Consejo de Estado francés en su aludido estudio sobre «Internet y las redes digitales»—, existen tres «falsos» gTLD, que están reservados a organismos americanos y que deberían, por consiguiente, depender del campo nacional «us»: se trata de «edu» (educación), «gob» (Gobierno) y «mil» (defensa).

Existe, en cualquier caso, una clara corriente hacia la ampliación de los DNS genéricos.

nal Supremo en su Auto de 7 de julio de 1994 y confirmada —ante las discusiones que a pesar de todo se producían en el seno del propio Tribunal Supremo— por el artículo 2.º) de la nueva Ley de la Jurisdicción), sino de aplicar también el Derecho sustantivo administrativo en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, incluso cuando éstas actúen en relaciones de Derecho privado. Así lo confirma explícitamente —y pretende disipar cualquier duda al respecto— el artículo 144 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999.

En definitiva, también se ha producido la unificación desde la perspectiva del Derecho sustantivo aplicable, de tal manera que el perjudicado por la actuación de una Administración deberá reclamar al amparo de los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, ya actúe (y sea el origen del perjuicio) en relaciones de Derecho público o privado.

Aceptado lo anterior (y sin que ello signifique una crítica a dicho sistema), se provoca un efecto expansivo de la responsabilidad objetiva, pues las Administraciones Públicas se convierten en una especie de «Rey Midas» que administrativizan —al menos desde la óptica de la responsabilidad extracontractual— todo lo que tocan.

Así acontece también en lo que se refiere al registro de nombres de dominio de segundo nivel bajo «es», no porque constituya una actividad pública, sino porque su gestión corresponde a una persona jurídico-pública.

En el asunto informado por el Consejo de Estado en su citado dictamen 4862/98, de 4 de febrero de 1999, precisamente se suscitaba esta cuestión. Se trataba de una reclamación formulada por importe de 7.000.000 de pesetas como consecuencia de lo que el reclamante aducía haber sido una denegación discriminatoria de un dominio de segundo nivel bajo «es».

En su día, el reclamante había solicitado que se le registrara un nombre de dominio determinado, lo que le fue denegado fundamentalmente porque el nombre propuesto no identificaba adecuadamente a la organización que lo solicitaba. Sin embargo, posteriormente pudo percatarse el reclamante que le había sido otorgado a otra organización el mismo dominio que a él le había sido denegado. Aducía en este sentido que tal denegación del registro del nombre de dominio fue discriminatoria, lo que le provocó daños y perjuicios cuya cuantificación justificaba con un informe elaborado por un empresa consultora en comunicación.

Sin entrar en otros pormenores de la reclamación, me interesa destacar que el primer problema que había que resolver era el de determinar si el cauce elegido (reclamación de responsabilidad al amparo de los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992) era o no el adecuado.

El reclamante justificaba la procedencia de dicha vía en el hecho de que el ES-NIC que le denegó el registro del nombre de dominio constituye un «servicio público» adscrito al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que es un organismo autónomo perteneciente a la Administración Pública y adscrito al Ministerio de Educación y Cultura.

El Consejo de Estado sale, sin embargo, al paso de la citada calificación de la actividad que realiza el ES-NIC, pues considera improcedente su calificación como «servicio público», al menos en sentido estricto.

Es cierto que en el documento relativo a la «Descripción y funciones» del Registro Delegado de Internet en España (URL:ftp://ftp.nic.es/docs/es-nic-descripcion.txt) se alude a que «se trata de un servicio público prestado en condiciones de igualdad a cualquier organización o proveedor de servicios Internet en España que lo requiera». Sin embargo, de la propia auto-calificación del ES-NIC no cabe derivar sin más consecuencias jurídicas, menos aún que pueda calificarse como un servicio público *de iure* (que exige la previa *publicatio* como tal).

No obstante lo cual —afirma el Consejo de Estado—, «teniendo en cuenta que la gestión de dicho registro ha sido asumida por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (entidad de naturaleza pública) y teniendo en cuenta además que la Ley 30/1992 ha pretendido unificar el régimen de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas ya actúen en su faceta pública o privada (así se recoge explícitamente en el art. 144 de dicho texto legal, según la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, próxima a entrar en vigor), procede entrar —como hace la propia Administración instructora— a examinar la cuestión desde la óptica de las normas reguladoras del régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».

Examinado el asunto desde esta perspectiva, finalmente se llega a una conclusión desestimatoria de la reclamación, por considerar —obviando la necesidad de entrar en el examen de otros requisitos exigidos para poder declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas— que el daño alegado no era efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

En efecto, los daños materiales aducidos (6.000.000 de pesetas) se justificaban mediante simples alusiones genéricas a supuestos perjuicios comerciales, en ningún momento probados. Y en cuanto a los daños morales (1.000.000 de pesetas), únicamente se cuantifican sin aducir nada al respecto. Recuerda el Consejo de Estado que no basta para acreditar la efectividad de un daño aducir meras hipótesis o especulaciones en modo alguno acreditadas. Además, debe producirse una evaluación económica de tales daños, que obviamente deberá estar justificada por relación a los concretos perjuicios efectivamente causados. Nada de esto concurría, además de que el reclamante pudo operar (como así lo hizo) con otros nombres de dominio bajo «es» y «net».

Pero, dejando aparte la conclusión a la que se llega en la citada concreta reclamación, el Consejo de Estado incluye en su dictamen dos afirmaciones que creo de interés, que se formulan —y así se resalta en el dictamen— teniendo en cuenta que el ámbito en el que se plantea la reclamación es nuevo y, como tal, se encuentra en una constante e intensa evolución:

— En primer lugar, se destaca que no es técnicamente correcto, ni jurídicamente aceptable, calificar como normas jurídicas (y colocarlas en un mismo plano junto con la Ley 30/1992 o la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, como de hecho se hacía en la propuesta de resolución) las denominadas «Normas y Procedimientos para el Registro de un Nombre de Dominio de DNS bajo “es”» (9).

Y ello porque no constituyen verdaderas normas jurídicas en sentido estricto, sino simples reglas internas que el propio ES-NIC se ha dado para determinar en qué casos procederá o no otorgar el registro de dominio solicitado. Cuestión distinta es que pueda aludirse —como de hecho se hacía en la propuesta de resolución— a tales reglas internas para argumentar o justificar las razones que avalaron en su día la denegación del registro del nombre de dominio objeto de conflicto.

Insisto, no obstante, en que negar la condición de verdaderas normas jurídicas a tales reglas internas no está reñido con que dichas reglas se sitúen en el ámbito jurídico y sean potencialmente productoras de consecuencias y efectos jurídicos.

— El segundo aspecto que se destaca en el dictamen consiste en resaltar que el solicitante de un registro de un nombre de dominio (aunque la solicitud se formule o resuelva por una entidad pública) se somete a las reglas del juego marcadas por el ES-NIC no porque se le impongan al solicitante, sino porque se somete voluntariamente al régimen establecido por la propia organización en la que pretende operar.

Basta para percatarse de esta realidad observar la solicitud-tipo que habitualmente se utiliza en estos casos, y de la que se deduce —así se resalta en el mencionado dictamen— que al formularse la petición se somete voluntariamente el peticionario al régimen de reglas establecidas por ES-NIC; entre otras, a las «Normas y Procedimientos para el Registro de un Nombre de Dominio de DNS bajo “es”». Y precisamente en estas «normas» se dispone (2.12) que el nombre de dominio deberá coincidir con el nombre completo de la organización, o podrá admitirse un acrónimo del nombre completo de la organización lo más cualificado posible, de forma que sea directa y fácilmente asociable al nombre oficial de la organización solicitante, regla en la que precisamente se apoyó el ES-NIC para denegar la solicitud del nombre de dominio formulada en su día por el reclamante, pues no identificaba adecuadamente el nombre completo de la organización solicitante.

Por último, para concluir quiero llamar la atención sobre la trascendencia y efectos jurídicos que tiene el hecho de que una entidad pública asuma determinadas actividades o funciones, aunque sean de carácter privado. Tras la modificación del artículo 144 de la Ley 30/1992 se ha disipado ya cualquier duda acerca del hecho de que la intervención de una Ad-

(9) URL:<ftp://ftp.nic.es/docs/es-dom-normas.txt>.

ministración implica *ipso iure* la administrativización del régimen de la responsabilidad extracontractual (10), y no sólo desde la perspectiva de la jurisdicción competente, sino también, como se ha destacado, desde la óptica del Derecho sustantivo aplicable.

(10) Dejo a un lado ahora la problemática relativa a la responsabilidad concurrente (Administración y sujeto privado), que abordo en un artículo de próxima publicación titulado *Ambito de la jurisdicción contencioso-administrativa*, aunque sí debo destacar ahora que el artículo 9.4 de la LOPJ sólo se refiere al aspecto de la competencia de la jurisdicción, y no al derecho sustantivo aplicable cuando un particular haya concurrido a la producción del daño junto con una Administración (es decir, cuando sean corresponsables). La responsabilidad del particular deberá ser observada desde la perspectiva del derecho privado, aunque la competente para conocer de la litis sea la jurisdicción contencioso-administrativa.

