

Derecho e Informática

ÉTICA Y
LEGISLACIÓN

Juan Carlos Menéndez Mato

M^a Eugenia Gayo Santa Cecilia



JIB
BOSCH EDITOR

La presente obra nace con la pretensión de ofrecer un estudio genérico de las principales relaciones que median entre la Informática y el Derecho, sin renunciar, en algunas ocasiones, a realizar una mayor profundización en el análisis. Se abordarán cuestiones relacionadas con Internet, la Sociedad de la Información, el comercio electrónico, la contratación desde Internet, las firmas electrónicas, los documentos electrónicos y su valor probatorio, los códigos deontológicos o de conducta, la protección de los datos personales, la protección jurídica del software y otras creaciones electrónicas, y la criminalidad informática y los principales tipos delictivos en este ámbito. Resulta evidente que el entorno informático evoluciona mucho más rápido que el jurídico, desborda el ámbito territorial estatal y alcanza una neta vocación internacional y multidisciplinar. Por estos motivos, las relaciones que median entre el Derecho y la Informática han sido estudiadas teniendo presentes, además de las normas nacionales, la regulación europea e internacional al uso; asimismo, se han abordado cuestiones propias del derecho público, del derecho privado o del ámbito de la ética jurídica.

Juan Carlos Menéndez Mato

es Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo y Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), formación completada en la Universidad de Pisa (*Dottore in Giurisprudenza*) y en la Universidad Católica de Lovaina (Máster en Derecho internacional y europeo). En la actualidad es Profesor Titular de Universidad de Derecho civil en la UNED, y entre sus líneas de investigación destacan la formación de contratos, la oferta contractual, la contratación desde Internet o los derechos sucesorios legitimarios.

Ma Eugenia Gayo Santa

Cecilia cursó sus estudios de Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, tras los que se diplomó con el Número Uno de la Promoción en la Escuela de Práctica Jurídica de dicha Universidad. En la actualidad es Profesora Titular E.U. en el Departamento de Filosofía Jurídica de la Facultad de Derecho de la UNED. En dicha Universidad ha desempeñado los cargos de Vicedecana de la Facultad de Derecho, Vicesecretaria General de la Universidad y Directora del Departamento de Filosofía Jurídica. Sus líneas de investigación se desarrollan fundamentalmente en el ámbito de la Teoría del Derecho, las relaciones entre Derecho e Informática, las repercusiones de la globalización sobre los Derechos Humanos o las nuevas metodologías de aprendizaje del Derecho.

Juan Carlos Menéndez Mato
M^a Eugenia Gayo Santa Cecilia

AUTORES

Derecho e Informática: Ética y Legislación

2014


BOSCH EDITOR

● Enero ● 2014 JUAN CARLOS MENÉNDEZ MATO
M^a EUGENIA GAY ● SANTA CECILIA

© Enero 2014

JIB BOSCH
EDITOR

Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com, 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN: 978-84-941435-7-1

● L... ● 253 ● 2014

Diseño portada y maquetación: Cristina Payá (cspaya@sbeditorialdesign.com)

Printed in Spain - Impreso en España

Índice

ABREVIATURAS	19
PRÓLOGO	23
CAPÍTULO PRIMERO	
EL IMPACTO DE INTERNET EN LA SOCIEDAD Y EN EL FENÓMENO CONTRACTUAL	25
I. Internet: hacia la conquista del mercado	25
A. Internet y la revolución tecnológica	25
B. Análisis apriorístico sobre el concepto de Internet ...	27
C. Definiciones y funcionamiento	29
D. Síntesis de la evolución histórica de Internet.....	30
E. Características de Internet: red abierta y sin propietario. Internet y las redes cerradas: <i>Electronic Data Interchange, Intranets y Extranets</i>	34
F. Internet y el mercado.....	38
II. La contratación a través de Internet: pasado reciente y futuro próximo. Los relevantes datos estadísticos	39
III. Una aproximación al fenómeno contractual en Internet	41
A. Un ejemplo de contrato por Internet: su conclusión desde una página <i>web</i>	41
B. Beneficios que aporta Internet a la contratación	42
1. Reducción del coste de los productos y servicios y de su precio de adquisición	42
2. Ampliación del abanico de ofertas y mejora de la competencia	43
3. Celeridad en el acceso a la información en todo el fenómeno contractual	43

4.	Superación del factor geográfico en la contratación	44
5.	Inexistencia de horarios en la adquisición de productos y servicios.....	45
6.	Aparición en el mercado de nuevos agentes y sectores: empleo	45
7.	Otros beneficios	47
C.	Debilidades que plantea esta forma de contratación...	47
1.	Internacionalidad	48
2.	Carácter transversal e interdisciplinariedad jurídica	49
3.	Problemas objetivamente vinculados a la relación contractual.....	50
a.	La identificación de los contratantes.....	50
b.	Protección de los datos de carácter personal	50
c.	El uso de la informática como factor de estandarización	51
d.	Determinación del momento y lugar de perfección del contrato.....	51
e.	El correcto envío del producto adquirido ..	52
f.	Telepago y seguridad en las transacciones ..	52
g.	Derecho de prueba y valor de los documentos informáticos.....	52
h.	La efectiva tutela de los consumidores y usuarios	53
D.	Distintos modos de contratar en Internet	54
IV.	El fomento institucional del uso de Internet en la contratación y su regulación	55
A.	La discutida necesidad de una regulación especial ...	55
B.	Intentos de dotar a la materia de una normativa internacional.....	58
C.	Regulación en la Unión Europea	59

D.	Regulación en España	63
CAPÍTULO SEGUNDO		
SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO		65
I.	Sociedad de la Información y sus servicios	65
A.	Nacimiento de la expresión «Sociedad de la Información»	66
B.	Significado de la «Sociedad de la Información» en el Informe <i>Bangemann</i> : redes, servicios básicos y aplicaciones	66
C.	La «Sociedad de la Información» a la luz de posteriores trabajos de la Unión Europea. Elementos de la sociedad de la información: infraestructura y servicios..	69
D.	Internet y el comercio electrónico en la «Sociedad de la Información»	70
E.	Las redes y la desmaterialización de la información..	71
F.	La «Sociedad de la Información» y la «Sociedad del Conocimiento»	76
G.	La «Sociedad de la Información» y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	77
H.	Tendencia a la identificación: «Sociedad de la Información» – Internet	79
II.	Comercio electrónico	79
A.	Origen del término	79
B.	Definición	80
C.	Contenido, elementos y extensión	84
1.	Vertiente instrumental o tecnológica	85
2.	Vertiente objetiva	91
3.	Vertiente subjetiva	94
D.	Comercio electrónico e Internet	95
E.	Posibles clasificaciones del comercio electrónico	96
III.	Ámbito de aplicación objetivo de la Directiva sobre comercio electrónico	97

CAPÍTULO TERCERO

CONCEPTO, VALIDEZ Y CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS VÍA INTERNET

105

I.	Concepto de contrato realizado a través de Internet	105
A.	Distinción frente a otras denominaciones.....	105
1.	Contrato informático	106
2.	Contrato electrónico	107
3.	Contrato telemático	110
4.	Contrato <i>on line</i>	110
5.	Contrato digital	111
B.	Contrato vía Internet: definición y características.....	112
II.	Validez de la contratación por Internet	116
III.	Criterios clasificatorios de los contratos celebrados en la red..	123
A.	Por el modo de alcanzarse el acuerdo desde Internet .	124
B.	Teniendo en cuenta el tipo de ejecución del contrato...	126
C.	Dependiendo de los sujetos participantes	126
D.	Según la técnica empleada en la comunicación del consentimiento	127
1.	Contratos celebrados desde una página web...	128
2.	Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia	131
3.	Contratos concluidos por medio de correo electrónico (e-mail)	132
4.	Contratos celebrados a través de una subasta electrónica.....	133
E.	De acuerdo a la forma en que se recoge el contrato y su fuerza probatoria	136
F.	Desde la perspectiva de su consideración o no como contrato concluido en tiempo real: problemática clasificación de contratos a distancia o entre partes presentes..	137
G.	A tenor de la presencia o ausencia de condiciones generales de la contratación	137

CAPÍTULO CUARTO

LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN DESDE INTERNET: EL EMPLEO DE FIRMAS ELECTRÓNICAS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES	139
I. El criterio subjetivo de determinación del régimen jurídico aplicable al contrato	139
II. Ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva sobre comercio electrónico	140
A. Las partes en una relación derivada de un servicio de la sociedad de la información: prestador de servicios y destinatario	140
B. Régimen de establecimiento del prestador de servicios	142
C. Régimen de información del prestador de servicios.. ..	145
D. El concepto de consumidor en las relaciones derivadas de un servicio de la sociedad de la información ..	148
E. Posibilidad de que un particular desempeñe el papel de prestador de servicios. Supuestos y requisitos	149
III. Vigencia de las normas del Código Civil relativas a la capacidad contractual de las partes	152
IV. Importancia del conocimiento previo a la conclusión del contrato de las circunstancias personales de las partes: capacidad contractual y localización del hipotético incumplidor	154
V. Situación del conocimiento de los datos personales de las partes en los diferentes contratos concluidos desde Internet: la identificación o identificabilidad de las partes.....	158
A. Contratos celebrados desde una página web	158
B. Contratos a través de subasta electrónica	160
C. Contratos perfeccionados mediante correo electrónico	162
D. Contratos para cuya conclusión se ha utilizado chat o videoconferencia	164
VI. Las firmas electrónicas y los beneficios de la existencia de un documento de identidad electrónico	164

A.	Las firmas electrónicas: regulación, tipos y funciones en la contratación	164
B.	El documento de identidad electrónico: regulación, características y utilidad	167
VII.	Protección de los datos personales: anonimato y seguridad en la contratación.....	171

CAPÍTULO QUINTO

MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO: DERECHO APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE	179
--	-----

I.	Perfección del contrato entre partes no presentes: ausencia o distancia.....	179
A.	Clasificación general de los contratos en atención al modo de perfeccionarse: formación instantánea y formación <i>ex intervallo temporis</i>	179
B.	Utilidad de la distinción: contrato entre presentes y contrato entre ausentes frente al concepto de contrato a distancia.....	183
C.	Clasificación de los contratos vía Internet según su proceso de formación.....	185
D.	El concepto de «contrato a distancia» recogido en la normativa comunitaria dirigida a la protección de los consumidores y en el Real Decreto Legislativo español 1/2007	188
E.	Referencia a la Ley española de Condiciones Generales de Contratación y su desarrollo reglamentario: ámbito subjetivo de aplicación y concepto de «contrato a distancia».....	191
F.	El contrato a distancia y el contrato entre ausentes son categorías diferentes	193
II.	Momento y lugar de perfección del contrato en Internet ...	195
A.	Relevancia jurídica del tema.....	195
B.	Normativa aplicable.....	196

C.	Los criterios generales de determinación del instante y lugar de nacimiento de los contratos en el ordenamiento español	197
D.	La regulación recogida en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y en la norma española de trasposición.....	200
1.	Los artículos 10 y 11 de la Directiva sobre comercio electrónico: información previa exigida y realización de un pedido	200
2.	Los artículos 26 a 29 de Ley española sobre comercio electrónico: ley aplicable, obligaciones previas a la contratación, información posterior a la celebración del contrato y lugar de celebración del contrato.....	206
E.	Interpretación conjunta del criterio tradicional español, de las previsiones comunitarias en materia de comercio electrónico y de iniciativas de carácter internacional.....	210
1.	Momento de nacimiento del contrato en Internet	210
2.	Lugar de nacimiento del contrato en Internet	212
F.	Derecho aplicable y jurisdicción competente en el contrato vía Internet de carácter internacional: observaciones	214

CAPÍTULO SEXTO

CONTENIDO, EJECUCIÓN Y PRUEBA DEL CONTRATO VÍA INTERNET: VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO	219
I. El contenido del contrato vía Internet	219
A. La presencia de condiciones generales de contratación...	220
B. Los códigos de conducta y su integración en el contenido contractual.....	222
C. Las comunicaciones comerciales: su regulación y su posible repercusión en el contrato	223
II. La ejecución del contrato y su prueba	227

A.	La entrega del bien o la realización del servicio pactado .	227
B.	Problemas vinculados al pago	230
1.	La búsqueda de un sistema seguro de pago	230
2.	El dinero electrónico	232
3.	Las tarjetas bancarias clásicas.....	233
a.	Solución imperfecta y <i>a posteriori</i>	233
b.	Soluciones <i>a priori</i>	234
C.	El incumplimiento del contrato: la prueba de su existencia y contenido.....	237
1.	La firma electrónica en el fenómeno contractual: paternidad e integridad del documento firmado	239
2.	El documento electrónico en el fenómeno documental	242
a.	Concepto legal de «documento electrónico»: artículo 3.5 de Ley española de firma electrónica	242
b.	La figura genérica de «documento»: elementos y clases	242
c.	Definición de «documento en sentido estricto»	246
3.	La prueba de los contratos concluidos en Internet con firma electrónica	247
a.	La Directiva sobre firma electrónica.....	247
b.	La transposición en España de la Directiva sobre firma electrónica.....	249
c.	Aspectos generales del artículo 3 de la Ley española de firma electrónica.....	249
a'.	Concepto amplio de «documento electrónico» (art. 3.5)	250
b'.	Documentos electrónicos públicos, oficiales o privados: los dos primeros requieren firma electrónica (art. 3.6).....	250

c'.	Normativa aplicable en materia de prueba a los documentos electrónicos (art. 3.7).....	250
d'.	Valor de «prueba documental» del documento electrónico acompañado de firma electrónica reconocida o avanzada (art. 3.8).....	251
e'.	Eficacia jurídica de otras firmas electrónicas (arts. 3.9 y 3.10).....	252
4.	La prueba de los contratos concluidos en Internet sin firma electrónica	252
III.	Síntesis de los específicos regímenes jurídicos en atención a las partes contratantes	254
A.	Consideraciones comunes sobre la normativa de comercio electrónico	254
B.	Contratos con consumidores	256
C.	Contratación entre profesionales.....	259
1.	La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales vía web.....	259
2.	La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales por correo electrónico, chat o videoconferencia	260
3.	Otras normas de aplicación a la contratación vía Internet entre profesionales.....	260
4.	¿Es aplicable el artículo 5.4 LCGC y el Real Decreto 1906/1999 que lo desarrolla a la contratación B2B?	261
D.	Contratos entre particulares.....	263
CAPÍTULO SÉPTIMO		
	EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: CODIGOS DEONTOLÓGICOS Y AUTORREGULACIÓN	265
I.	Informática y Derecho: El Derecho Informático y la Informática Jurídica	265

A.	La Informática Jurídica	266
1.	Informática Jurídica documental	266
2.	Informática Jurídica decisional	268
3.	Informática Jurídica de Gestión	269
B.	El Derecho Informático	270
II.	La Protección de los datos frente a la Informática. La Libertad Informática y el Habeas Data	270
A.	La Libertad Informática	270
B.	El <i>Habeas Data</i>	273
C.	El Derecho a la Protección de Datos como derecho autónomo	274
III.	Ética y Deontología Profesional: Los Códigos Deontológicos y la Autorregulación	275
CAPÍTULO OCTAVO		
	LA PROTECCIÓN DE DATOS	281
I.	Principios y Normativa sobre Protección de Datos en el ámbito europeo	281
A.	Evolución histórica de la normativa sobre protección de datos	281
B.	Principios rectores en materia de protección de datos de carácter personal	285
1.	La Calidad de los Datos	285
2.	Principio de Información	285
3.	El Consentimiento del interesado	286
4.	La seguridad de los datos	286
5.	Principio de protección especial	287
6.	Comunicación o cesión de los datos	287
II.	La regulación en el Derecho español de la Protección de Datos de Carácter Personal	288
A.	La Ley Orgánica 5/1992 Reguladora del Tratamiento de Datos de Carácter Personal	288

B.	La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal	290
1.	Ámbito de aplicación.....	291
2.	Sujetos.....	292
3.	Derechos de los afectados	292
4.	Obligaciones de los responsables de los ficheros	294
a.	El deber de secreto	295
b.	Deber de Inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de datos	295
c.	Deber de establecer medidas de seguridad	295
5.	Transferencia Internacional de datos	297
6.	La Agencia de Protección de Datos	298
7.	Infracciones y Régimen sancionador	298
a.	Infracciones leves	299
b.	Infracciones graves	299
c.	Infracciones muy graves	300

CAPÍTULO NOVENO

	LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE.....	301
I.	La Protección del software y los Derechos de Autor.....	302
A.	Análisis del derecho a la propiedad intelectual en la legislación española	302
B.	La protección de los programas de ordenador en el Derecho español	305
1.	Objeto de la protección: concepto y requisitos de los programas de ordenador	305
2.	Ámbito subjetivo de protección.....	306
3.	Las licencias de uso de los programas de orde- nador.....	307
4.	Contenido de los derechos de explotación.....	308
5.	Límites a los derechos de explotación.....	309
6.	Protección de los programas de ordenador	310
II.	La Protección jurídica de las Bases de Datos.....	312

A.	Las bases de datos y los derechos de autor	314
B.	Las bases de datos y el derecho «sui generis»	315
a.	Objeto de Protección	315
b.	Sujetos	316
c.	Contenido del derecho «sui generis»	317
d.	Plazos de protección del derecho «sui generis» ..	317

CAPÍTULO DÉCIMO

LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA Y LOS DELITOS INFORMÁTICOS	319
--	-----

I.	Delitos contra la Intimidad y la Inviolabilidad del domicilio	322
II.	Delitos contra el patrimonio y contra el orden económico: Estafas, Defraudaciones y Daños	327
III.	Delitos contra la Propiedad Intelectual	329
IV.	Las nuevas Tecnologías como medios de realización de otros tipos delictivos	332
A.	Las falsedades	332
B.	Los Delitos contra el Honor	333
C.	La Pornografía infantil	333

BIBLIOGRAFÍA	335
--------------------	-----

Los capítulos primero a sexto (pp. 25-264) son obra de Juan Carlos MENÉNDEZ MATO (Profesor Titular de Derecho Civil, UNED) y los capítulos séptimo a décimo (pp. 265-334) son obra de M^a Eugenia GAYO SANTA CECILIA (Profesora Titular E.U. de Filosofía Jurídica, UNED)

Índice de abreviaturas

AA.VV.	Autores varios
ADSL	Asymmetric Digital Subscriber Line
AECE	Agencia Española de Comercio Electrónico
AP	Audiencia Provincial
APD	Agencia de Protección de Datos
APEC	Asia Pacific Economic Cooperation
ARPA	Advanced Research Projects Network
art(s).	Artículo(s)
ATM	Asynchronous Transfer Mode
BCE	Banco Central Europeo
BIAC	Business and Industry Advisory Committee
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
cc.	Concordantes
CC	Código Civil
CCI	Cámara de Comercio Internacional
CCom	Código de Comercio
CD-ROM	Compact Disk Read Only Memory
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CERN	Centre Européen de Recherche Nucléaire
cfr.	Confróntese
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CNRI	Corporation for National Research Initiatives

CRID	Centre de Recherches Informatique et Droit
CP	Código Penal
Dº	Derecho
Dir.	Directiva
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DNI	Documento nacional de identidad
DO	Diario Oficial
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DVD	Digital Video Disk
EAU	Emiratos Árabes Unidos
EBIP	Electronic commerce Business Impacts Project
ed.	Edición
EDI	Electronic Data Interchange
EDIFACT	Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos
EITO	European Information Technology Observatory
ej.	Ejemplo
EWG	EDIFACT Working Group
fasc.	Fascículo
FD	Fundamento de Derecho
FNC	Federal Networking Council
GUI	Graphic User Interface
ICT	Information and communication technology
IP	Internet Protocol
IRC	Internet Relay Chat
ISDN	Integrated Services Digital Network (vid. RDSI)
ISO	International Standard Organization
ISOC	Internet Society
IT	Information Technology
JACUDI	Japan Computer Usage Development Institute

LAN	Local Area Network
LCGC	Ley de Condiciones Generales de la Contratación
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.O.	Ley Orgánica
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
loc. cit.	Lugar citado
LORTAD	Ley Orgánica del Tratamiento Automatizado de Datos
LOPD	Ley Orgánica de Protección de datos
LPI	Ley de Propiedad Intelectual.
MPEG	Moving Pictures Experts Group
n.	Nota a pie de página
nº	Número
NIF	Número de identificación fiscal
NII	National Information Infrastructure
NSFNET	National Science Foundation Network
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.	Obra citada
op. y loc. cit.	Obra y lugar citados
p.	Página
párr.	Párrafo
PDA	Personal Digital Assistant
p. ej.	Por ejemplo
pp.	Páginas
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RDSI	Red Digital de Servicios Integrados (vid. ISDN)
Res.	Resolución
RSC	Responsabilidad Social Corporativa

SET	Secure Electronic Transactions
ss.	Siguientes
S(S)	Sentencia(s)
S(S)AP	Sentencia(s) de la Audiencia Provincial
S(S)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TICs	Tecnologías de la Información y Comunicación
TCP	Transmission Control Protocol
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TV	Televisión
UE	Unión Europea
UIT	Unión Internacional de Telecomunicaciones
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
vid.	Véase
voc.	Vocablo
vol.	Volumen
WAP	Wireless Application Protocol
WPIE	Working Party on the Information Economy
www	World Wide Web

Prólogo

El presente estudio titulado: *Derecho e informática: ética y legislación* aborda las principales cuestiones jurídicas que, en tiempos recientes, se han visto afectadas por la constante evolución de la informática y de los medios de comunicación a distancia. Sin lugar a dudas, en esta materia se involucran cuestiones tanto de Derecho público como privado, sin perder de vista aspectos más profundos que afectan directamente a valores éticos fundamentales.

La obra se estructura en diez capítulos que persiguen ofrecer una visión sintética y conjunta de aspectos tan relevantes como: el impacto de Internet en la sociedad y en la contratación, la aparición de la denominada «Sociedad de la Información» y sus servicios, el comercio electrónico, los contratos vía Internet, las firmas electrónicas, los problemas asociados a la determinación del derecho aplicable y la jurisdicción competente a una relación inter partes surgida en Internet, el valor probatorio del «documento electrónico», las comunicaciones comerciales, el documento de identidad electrónico, la seguridad en las transacciones comerciales en la red y el empleo de «dinero electrónico», la emanación de «códigos de conducta» y la autorregulación por parte de determinados colectivos de la sociedad de la información, la protección de los datos de carácter personal en este nuevo entorno inmaterial, la regulación del software o la delincuencia informática.

En su elaboración se han manejado materiales normativos comunitarios y nacionales, pues en esta materia la Unión Europea desempeña un rol fundamental en la organización y tutela de la sociedad de la información y del conocimiento. Finalmente, es necesario recordar que el Derecho siempre se sitúa por detrás de la evolución política, económica y tecnológica de la sociedad a la que sirve; por esta razón, los instrumentos de tutela de los derechos de los ciudadanos se encuentran sometidos a constante revisión. En definitiva, se debe estar atento a los numerosos cambios de política legislativa que sufre una materia tan dinámica como lo es la asociada a la informática.

Juan Carlos Menéndez Mato y M^a Eugenia Gayo Santa Cecilia

El impacto de internet en la sociedad y en el fenómeno contractual

I. INTERNET: HACIA LA CONQUISTA DEL MERCADO

A. Internet y la revolución tecnológica

La sociedad actual continúa experimentando una auténtica revolución tecnológica, específicamente asociada a los ámbitos de las telecomunicaciones y de la informática. Las consecuencias de este evento alcanzan de forma más o menos directa a prácticamente todas las esferas de desarrollo de la persona. La electrónica irrumpe con fuerza como medio de comunicación, herramienta de trabajo o instrumento de acceso a la información más variada a través de la red abierta internacional por excelencia: Internet. Este importante paso adelante en la evolución de nuestra sociedad, que adquiere genuinos tintes de revolución, ha sido resaltado tanto por la doctrina como por diversas iniciativas e instrumentos normativos de carácter supranacional. Entre estos últimos destacan especialmente dos trabajos por sus fechas de realización y sus respectivos ámbitos. En el seno de las Naciones Unidas, íntimamente vinculado al tema que da título a este libro, sobresale la «Ley Modelo sobre Comercio Electrónico» de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1996; y, en el contexto de la Unión Europea, el denominado «Informe Bangemann» de 1994.

El apartado 124 de la Guía para la incorporación en el Derecho interno de la citada Ley Modelo sobre Comercio Electrónico señala que esta norma, en cuanto a su origen e historia, «fue preparada en respuesta al cambio fundamental que se había operado en las comunicaciones entre las partes (denominadas en ocasiones «socios comerciales») que recurrían a las modernas técnicas informáticas o de otra índole para sus relaciones de negocios. La Ley Modelo ofrece a los países un texto normativo ejemplar para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, y demás técnicas de comunicación modernas, en las relaciones comerciales».

Por su parte, el «Informe *Bangemann*» hace referencia expresa en distintos momentos de su capítulo primero a esta revolución de carácter mundial, generada por las tecnologías de la información y las comunicaciones, a la que define de «nueva revolución industrial tan importante y profunda como sus predecesoras. Es una revolución basada en la información, la cual es en sí misma expresión del conocimiento humano. Hoy en día, el progreso tecnológico nos permite procesar, almacenar, recuperar y comunicar información en cualquiera de sus formas –oral, escrita o visual–, con independencia de la distancia, el tiempo y el volumen. Esta revolución dota a la inteligencia humana de nuevas e ingentes capacidades, y constituye un recurso que altera el modo en que trabajamos y convivimos».

De la lectura de estos documentos y otros similares, así como de los distintos trabajos de la doctrina, se aprecia que el nuevo giro producido se asienta básicamente en los enormes avances tecnológicos experimentados en las telecomunicaciones y la informática, que permiten mediante su integración un acceso a todas las personas y desde cualquier parte del mundo a la información producida por otros, sin necesidad de que ésta venga recogida en soporte de papel, ni se encuentre vinculada a un determinado país. En definitiva, este importante cambio presenta como características definitorias la «desmaterialización» y la «descentralización» de la información y de sus fuentes, respectivamente. Todo ello se traduce en importantes ventajas para los ciudadanos, las empresas, las administraciones, las organizaciones, etc., en sus trabajos, funciones, negocios, formación o, simplemente, diversión.

Esta revolución, que encuentra su punto inicial en la generación de nuevas infraestructuras de telecomunicaciones e informática, se ve acentuada, acelerada y fomentada por la intervención de los agentes políticos a nivel internacional, comunitario o nacional. Fruto de la misma es el surgimiento de una nueva sociedad, denominada «sociedad de la información», en la que desempeña un papel privilegiado Internet; precisamente por representar la máxima síntesis de la estrecha colaboración entre medios de comunicación modernos y tecnología informática. Ahora bien, a menudo, cuando se habla de «sociedad de la información» en diversos documentos jurídicos –por ejemplo de distintos órganos de la Unión Europea– no se le hace una referencia expresa; ni siquiera se sabe muy bien dónde se ubica Internet cuando se analizan los distintos elementos de que se compone dicha nueva sociedad.

B. Análisis apriorístico sobre el concepto de Internet

El término Internet es una síntesis de la expresión *INTERconnected NETworks*, que podría traducirse literalmente como «redes interconectadas», y precisamente en eso consiste, en un conjunto de redes que globalmente constituyen la red abierta de comunicación por excelencia, en clara contraposición al concepto de red cerrada. Ejemplo de este último tipo de red sería, por ejemplo, *Electronic Data Interchange* (EDI). Antes de hacer referencia a definiciones técnicas y expresas existentes sobre Internet, resulta interesante analizar cuáles son las principales ideas que inicialmente sugiere el término. En principio, pueden señalarse las siguientes acepciones asociadas *a priori* con Internet:

- 1) Internet representa un nuevo medio de comunicación a distancia. En este sentido, representaría una evolución más frente a otros medios de comunicación preexistentes como el fax, el télex, el teléfono, etc. En cuanto tal, permite vencer la distancia que separa a dos sujetos gracias a la rapidez de la comunicación, pero además presenta un claro matiz interactivo. Hoy en día, gracias a la combinación de Internet y la telefonía móvil, representa una realidad común las denominadas comunicaciones «nómadas».
- 2) Internet es fruto de la combinación de tecnologías informáticas y de telecomunicaciones. Los importantes desarrollos operados en los últimos años en materia informática (tanto en *hardware* como en *software*), combinados con los avances en telecomunicaciones (telefonía, satélites, etc.), han permitido la construcción de esta red operativa y su crecimiento.
- 3) Internet es un «ambiente» o «lugar» en el cual se navega, más que un medio de comunicación; puede así hablarse de un nuevo «mundo virtual».
- 4) Internet permite el intercambio de ficheros y sus contenidos, y compartir recursos en general. Obviamente estas características anteriores conllevan de forma inmediata otra: gracias a la electrónica es posible convertir textos, imágenes o sonidos en datos informáticos –que no requieren ser recogidos en soporte de papel– para ser transmitidos posteriormente a través de la red a otro receptor. En definitiva, permite la desmaterialización de la información y su comunicación a distancia a través de la red.

- 5) Internet constituye la red por excelencia, de carácter abierto y sin propietario. Recibe el nombre de «red de redes». Esto es así, porque su funcionamiento se basa en un conjunto de redes interconectadas que llegan a configurar globalmente una red mundial; la cual, a su vez, se encuentra integrada por redes nacionales, regionales y locales. Al mismo tiempo, presenta dos características definitorias: es una red abierta y carece de propietario, a diferencia de las denominadas redes cerradas.
- 6) Internet es sinónimo de una serie de aplicaciones. Puede así hablarse de un conjunto de aplicaciones (transferencia de ficheros, *World Wide Web* [www], correo electrónico, *chat*, videoconferencia, etc.) dirigidas a cumplir funciones diversas: compartir ficheros y recursos, acceso remoto y colaboración, comunicación de mensajes escritos, hablados o también mediante imágenes, etc.
- 7) Internet es una «infraestructura informática». Con esta expresión se pretende plasmar el hecho de que Internet representa una plataforma desde la cual pueden practicarse una infinidad de aplicaciones. Por esta razón, su función o finalidad no es única (como, por ejemplo, sería la de comunicación en la telefonía tradicional), sino que progresivamente ha sido capaz de integrar otras potenciales aplicaciones o servicios. Además, se trata de una infraestructura de gran adaptabilidad que permite la integración de todas las nuevas tecnologías de los más diversos campos: radio, TV, vídeo, DVD, telefonía móvil, etc. Gracias a esta cualidad su futuro es muy prometedor.
- 8) Internet se asienta en el sistema de protocolos TCP/IP. Los ordenadores –que se encuentran conectados entre sí generando una red, la cual a su vez se conecta con otra infinidad de redes dando lugar al fenómeno Internet– pueden comunicarse entre sí gracias a un lenguaje común (TCP: *Transmission Control Protocol*) y son identificados por una dirección única (dirección IP: *Internet Protocol*). Este sistema se denomina TCP/IP. También emplean este mismo sistema de protocolos las redes de tipo *Intranet* o *Extranet*. La diferencia es que Internet es abierta, mientras la *Intranet* permanece cerrada a una determinada organización y su acceso es restringido a sus miembros. Por su parte, una *Extranet* permite la conexión entre dos o más organizaciones, pero no consiente el acceso al público en general.
- 9) Internet se articula sobre una triple realidad: red, lenguaje técnico (combinación de protocolos) y conjunto enorme de servicios.

- 10) Internet representa un símbolo y estímulo de la denominada «Sociedad de la Información». Ha transformado la visión de multitud de sectores económicos, políticos y sociales. A título de ejemplo, podrían señalarse, entre otros, los vinculados a la difusión de información en general, el comercio electrónico y la comunicación interpersonal. Por su parte, el propio Informe *Bangemann* hacía referencia en 1994 a las posibles aplicaciones de la «Sociedad de la Información»; en todas ellas, Internet jugaría un papel fundamental.

C. Definiciones y funcionamiento

De la combinación de todas estas ideas iniciales se aprecia claramente que Internet no se reduce simplemente a ser otro medio de comunicación moderno, como podría serlo en su momento el fax o el télex. Por el contrario, podría definirse como una infraestructura informática —una red de redes—, asentada en un lenguaje técnico basado en el conjunto de protocolos TCP/IP, que permite la integración de todas las nuevas tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones (radio, TV, vídeo, DVD, móviles, etc.) y que, mediante el empleo de un conjunto de aplicaciones (*www*, correo electrónico, intercambio de ficheros, *chat*, videoconferencia...), permite acceder a una variedad de servicios y utilidades: medio de comunicación, obtención de información, comercio electrónico, formación y educación, diversión, acción en comunidad, sanidad, etc.

Puede señalarse que la definición de Internet entre los distintos autores suele ser homogénea. A ello ha contribuido la resolución de 24 de octubre de 1995 del *Federal Networking Council* (FNC) en la que se aceptó de forma unánime un concepto de Internet, según el cual «Internet hace referencia a un sistema global de información que está relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global basado en el protocolo de Internet (IP) o en sus extensiones, es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones u otros protocolos compatibles con IP, y emplea, provee, o hace accesible, privada o públicamente, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas aquí descritas».

En cuanto a su funcionamiento, indicar que, si bien la evolución en el desarrollo de nuevas tecnologías es impresionante, en principio, se requiere un ordenador que desempeñaría la función de emisor/receptor o terminal (podría tratarse también una TV digital o un teléfono móvil); un módem

que permite al ordenador realizar las funciones de teléfono (su modalidad dependerá del tipo de red a que se conecte el receptor); una red de telecomunicación en sentido estricto a la que conectarse (podría ser la misma línea telefónica, una red vía satélite, el cableado de fibra óptica semejante a la TV por cable o una *Integrated Services Digital Network* [ISDN] que permite en un solo canal integrar datos, voz y vídeo); un servidor o proveedor de servicios de Internet (*Internet Service Provider*); y, finalmente, un programa navegador o *browser* (por ejemplo, *Netscape* o *Microsoft Internet Explorer*, entre otros).

D. Síntesis de la evolución histórica de Internet

El presente epígrafe pretende plasmar de forma sintética y cronológica los principales avances tecnológicos dirigidos a la creación, perfección y evolución de Internet. Además, procura resaltar los principales logros normativos que han aparecido respecto a la regulación de la red, con especial atención a la situación de la Unión Europea y España, en particular. Para su realización se ha acudido a diversas fuentes, unas recogidas en revistas, manuales y libros, y otras en páginas *web* ubicadas en Internet. Simplemente señalar que el inicio de lo que con posterioridad será Internet suele datarse en 1969. Asimismo, en cuanto a los orígenes militares de la idea que finalmente desembocó en Internet, ha de decirse que los propios autores involucrados en su realización la desmienten, mientras resulta casi aceptada por la mayor parte de analistas ajenos a su creación. En cuanto a los demás acontecimientos, me limitaré a señalar los más relevantes, sin detenerme a comentarlos.

- 1961: Primer documento sobre la conmutación de paquetes.
- 1962: Debut del proyecto estadounidense *Advanced Research Projects Agency* (ARPA).
- 1969: Nace en Estados Unidos la red de ordenadores denominada ARPANET, mediante la conexión de cuatro ordenadores, apareciendo por vez primera la embrionaria Internet.
- 1972: Se crea el primer programa de correo electrónico.
- 1973: Conexión de los primeros ordenadores fuera de Estados Unidos.
- 1974: Se publica el funcionamiento de un nuevo protocolo: *Transmission Control Protocol* (TCP).
- 1975-1976: En estos años se fundan *Microsoft* (1975) y *Apple* (1976).
- 1977: Se comprueba la fiabilidad de los protocolos TCP/IP entre cuatro redes gubernamentales de Estados Unidos.

- 1981: Un nuevo ordenador se conecta a la red aproximadamente cada tres semanas.
- 1982: Aparece el término «Internet».
- 1983: ARPANET se separa de la red militar que la originó. En este mismo año se anuncia la primera versión de *Windows* de *Microsoft*, que saldría dos años más tarde.
- 1983: Los protocolos TCP/IP se convierten en estándar, generalizándose su uso, y sustituyendo a los anteriores protocolos NCP. Asimismo, las comunidades de investigación militar y civil estadounidenses se separan también en este año.
- 1984: Mil ordenadores están conectados a la red.
- 1986: Primer *Freenet*.
- 1986: En este año, NSFNET interconecta seis centros de supercomputación, constituyéndose hoy en la red troncal o *backbone*, como nivel más alto de jerarquía, seguido por las redes intermedias o por enlaces entre redes (*Frame Relay* o punto a punto), llegando en el nivel más bajo a las redes locales, donde están los proveedores de servicio. Para evitar que todos los datos pasen por la red troncal de EEUU, se han creado otras redes troncales en otros países.
- 1987: Diez mil ordenadores están conectados.
- 1988: Se crea el *Internet Relay Chat* (IRC) (programa que permite la conversación a dos o más personas en directo, a través de la red de Internet).
- 1989: Interconexión de redes académicas en todo el mundo.
- 1990-1991: En 1990, liberalización en el control del tráfico, disminución de la presencia del gobierno de EEUU, desaparición de ARPANET y NFSNET (1991), y nacimiento de Internet.
- 1991: Preparación del *world wide web* (*www*) por Tim Berners-Lee, en el *Centre Européen de Recherche Nucléaire* (CERN) en Ginebra.
- 1991: La NSF permite la utilización comercial de Internet.
- 1992: Más de un millón de ordenadores están conectados a la red.
- 1992-93: *Internet Society* (ISOC) comienza a cobrar importancia en la gestión de la red; en la misma época, en la Universidad de Minnesota se comienza con el desarrollo del sistema *Gopher*, inicio de los sistemas de información en Internet.

- 1993: Informe Gore: NII (*National Information Infrastructure*), Estados Unidos.
- 1993: Debut del desarrollo de «Mosaic».
- 1994: Desarrollo del *world wide web* (*www*) por el *Centre Européen de Recherche Nucléaire* (CERN) de Ginebra. La *Net* deviene accesible a todos.
- 1994: «*Streamlining Procurement Through Electronic Commerce*», *Final Report* de 13 octubre 1994 del «*Federal Electronic Commerce Acquisition Team*» (EEUU).
- 1995: En el seno de la Unión Europea aparece el Informe *Bangemann*: «Europa en marcha hacia la Sociedad de la Información», y le sigue la conferencia mixta G7-UE en Bruselas (febrero 1995).
- 1996: 10 millones de ordenadores conectados. Se crea la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (en 1998 se le añade el art. 5 bis). Se aprueba en España la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
- 1997: el 1 de Julio de este año, se aprueba «*A Framework for Global Electronic Commerce*», White House, EEUU. En el ámbito comunitario europeo es aprobada la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.
- 1998: Se aprueba en España la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación.
- 1999: Se aprueba el Real Decreto-Ley español 14/1999 sobre firma electrónica; posteriormente, también lo es en el ámbito europeo la Directiva 1999/93/CE relativa a un marco comunitario para las firmas electrónicas.
- 2000: Es aprobada la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.
- 2001: Se crea la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas.
- 2002: Se aprueban las siguientes normas en los ámbitos comunitario y nacionales: Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de

comunicaciones electrónicas; Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que traspone la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico a su respectivo ordenamiento nacional; Ley española 47/2002 de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.

- 2003: Son aprobadas, en España, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que dota de una nueva regulación a esta materia – entra en vigor en marzo de 2004 y deroga al anterior Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica– con el fin de ajustarse a los dictados de la Directiva 1999/93/CE.
- 2004: Se crea la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información por medio de la aprobación del Reglamento (CE) nº 460/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004.
- 2007: Se aprueban en España la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; y la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información.
- 2009: Se aprueba la Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores que, al derogar la Directiva 98/27/CE, deroga el apartado segundo del artículo 18 de la Directiva 2000/31/CE. También es aprobada la Directiva 2009/140/CE por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Asimismo se aprueba la Directiva 2009/136/CE por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales

y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección a los consumidores.

- 2010: Se aprueba en España la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista.
- 2011: Es aprobada en España la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que afecta a diferentes normas internas en diversas materias, entre ellas telecomunicaciones, sociedad de la información y comercio electrónico. En el ámbito de la Unión Europea se aprueba la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CEE y se derogan la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE (estas directivas se entenderán derogadas a partir del 13 de junio de 2014).
- 2012: Es aprobado en España el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas.
- 2013: Se aprueban el Reglamento (UE) N° 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE; el Reglamento (UE) N° 526/2013 relativo a la Agencia de Seguridad de las Redes de la Información de la Unión Europea (ENISA) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 460/2004; y el Reglamento (UE) N° 611/2013 relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. En España es aprobada la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (entre cuyas funciones se encuentra la supervisión y control de las comunicaciones electrónicas).

E. Características de Internet: red abierta y sin propietario. Internet y las redes cerradas: *Electronic Data Interchange*. *Intranets* y *Extranets*

En síntesis, existe una permanente conexión entre los términos Internet y globalización. Puede definirse a Internet como una red global desde las diferentes perspectivas de la libertad del tráfico, de la interactividad que genera, de la internacionalidad en que opera, de la integración de servicios y, por último, desde la vertiente del fenómeno contractual. Se puede indicar por ello que Internet es la red de redes que presenta como características

principales: a) ser una red abierta y sin propietario; b) poder proporcionar servicios interactivos; c) ser internacional, mundial o global; d) ser una red o plataforma o infraestructura integradora de multitud de servicios y aplicaciones, y de sus operadores; y, e) ser una red que, desde la perspectiva contractual, permite la conclusión de contratos, y su ejecución de forma íntegra en determinados supuestos.

A esta última característica se hará referencia más adelante. En este momento interesa detenerse en el carácter abierto de la red Internet, y la diferencia que presenta con otras redes telemáticas, como es el caso más conocido del *Electronic Data Interchange* (EDI). Se ha calificado a Internet de red abierta, es el momento de señalar, pues, qué significa este calificativo y, en contraposición, qué sería una línea cerrada. Como bien indica el término, «abierta» quiere decir que no se restringe a nadie el acceso a la red; por el contrario, cuando una red es cerrada, sólo podrán acceder a ella las personas que previamente tenga la autorización exigida para ello. A Internet, siempre que se cumplan con los requisitos mínimos para iniciar su funcionamiento, cualquier persona podrá conectarse; no sucederá así con una red cerrada, como pueda serlo *Electronic Data Interchange* (EDI) o una *Intranet*. En estas últimas se requerirá para su acceso del permiso de su propietario o del gestor de la misma.

En cuanto a EDI, ha de indicarse que su concepto se encuentra duplicado debido a la labor de la CNUDMI al crear la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, por lo que habrá que distinguir sendas acepciones. La primera de ellas –precisamente empleada en este epígrafe en contraposición a Internet– se refiere a EDI como una red cerrada y con propietario, basada en un estándar tecnológico aceptado previamente por las partes, mediante la cual éstas (en general, entidades mercantiles o de crédito de grandes dimensiones por los elevados costes que conllevaba) –sobre todo con antelación a Internet– efectuaban de forma telemática y sin intervención humana una serie de operaciones económicas de gran importancia para su eficaz funcionamiento (consistentes en el intercambio de datos, principalmente órdenes comerciales o facturas, o realización de contratos de aprovisionamiento), caracterizadas por su rapidez y seguridad, precisamente al encontrarse restringido su acceso sólo a las personas autorizadas.

Así entendido, EDI representa –como más adelante se subrayará– una actividad en red propia del comercio electrónico, practicado inicialmente entre las empresas (*Business to Business* o B2B en la acepción estadounidense), que, con la aparición de Internet, tiende a ser sustituida por esta última. Ha de añadirse que en esta acepción las partes confían entre sí y se conocen previa-

mente, y el lenguaje empleado es cifrado, por ello no accesible a otras partes. Asimismo, si bien antes se empleaba normalmente la línea telefónica o redes de empresas que conectaban sus ordenadores para la comunicación EDI, hoy en día la tendencia es hacerlo compatible con Internet. En cuanto a sus diferencias frente a ésta –en lo que a materia contractual se refiere–, indicar que en EDI las partes se encuentran perfectamente identificadas, sus relaciones están regidas por acuerdos marco previos, y la seguridad de las transacciones se encuentra asegurada precisamente por el carácter cerrado y propietario de la red. Todo lo anterior, en principio, no tiene lugar en Internet.

La segunda de las acepciones deriva no de la definición que de EDI recoge expresamente la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, sino de lo que ésta tácitamente entiende por comercio electrónico. El concepto estricto de EDI, recogido en la definición b), del artículo 2 de la Ley Modelo, que conceptúa el «intercambio electrónico de datos (EDI)» como «la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto» o, de acuerdo al apartado 7 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, como «la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado», se identificaría con la definición a la que anteriormente se ha hecho referencia. Frente a ésta, existe otra definición amplia y tácita de EDI, que resulta accesible gracias a la lectura del primer *Observando* de la Ley Modelo y de los apartados 2, 3, 7, 8, 33, 34 y nota 13 del 138 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, y que la vincula directamente con el concepto intrínseco que de comercio electrónico tiene dicha Comisión.

De este modo, esta acepción amplia de EDI englobaría –como recoge el apartado 7 de la Guía– «la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la Internet». Esta interpretación se halla asimismo ratificada por la nota 13 que aparece en el apartado 138 de la Guía. Por el momento, interesa simplemente centrarse sobre la primera de las acepciones. Respecto a la segunda, se volverá a tratar más adelante cuando se analice el concepto de comercio electrónico.

Finalmente, señalar que la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico a menudo hace referencia a EDI como un moderno medio o técnica de comunicación como lo es el correo electrónico. En contraposición, parece hablar de Internet como un soporte técnico o vía de comunicación. Con ello se pretende señalar que, al margen de las dos acepciones de EDI indicadas, podría decirse que la CNUDMI auspiciaba la existencia de una futura tercera acepción o relación entre EDI e Internet, siendo la primera una aplicación más –al igual que el correo electrónico– que puede practicarse a través de Internet.

En definitiva, habría que señalar las siguientes acepciones de EDI recogidas de forma expresa o tácita en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico: 1) En sentido estricto: red cerrada, contrapuesta y previa a Internet. 2) En sentido amplio o EDI y otros medios de comunicación de datos: se identificaría de forma simple con el acto de intercambiar electrónicamente datos, ya sea a través de redes cerradas (como la estricta EDI) o abiertas (por Internet). 3) En cuanto aplicación o medio de comunicación semejante al correo electrónico, que puede practicarse en el soporte técnico de Internet. No obstante, este último sentido o consideración de EDI no se recoge en ningún instrumento de la Unión Europea.

Entre las consecuencias directas del paso de una comunicación a través de redes cerradas –como el estricto EDI– a la comunicación abierta y global vía Internet destaca la ampliación del número y tipo de los sujetos participantes. En la actualidad, participan en la comunicación una infinidad de personas, conocidas y desconocidas, entre las que se dan cita un número cada vez mayor de consumidores. Asimismo, el uso de Internet permite a los usuarios practicar una serie de operaciones o servicios comunes a otros medios de comunicación (por ejemplo, el correo), pero también otras novedosas y vinculadas íntimamente a este nuevo sistema, como es el caso de los vídeos interactivos, los grupos de discusión a través de *chat* o las videoconferencias.

No obstante, si bien resulta evidente este paso de las redes cerradas a las abiertas, al mismo tiempo se ha experimentado en los últimos años un nuevo retorno hacia las redes de naturaleza cerrada pero, eso sí, dentro de la propia red abierta por excelencia: Internet, y empleando sus mismos protocolos de comunicación. Este tipo de redes cerradas que operan dentro de Internet, y que han surgido en el intento de alcanzar mayor seguridad en la comunicación dentro del ámbito empresarial, son las denominadas *Intranets* y *Extranets*.

F. Internet y el mercado

Con el paso de los años, la finalidad originaria de Internet –supuestamente militar y claramente académica– ha dado paso a una vertiente comercial y económica cada vez más importante. Internet es una herramienta de trabajo realmente útil para mejorar distintos aspectos del mercado, como el *marketing*, la organización empresarial o la contratación con una rica variedad de sujetos. Este hecho –concebir a Internet como un instrumento de gran utilidad para el mercado– ha tenido lugar en una época relativamente reciente, si bien no cabe duda que esta comercialización ha permitido un mayor desarrollo y vigorización de la red.

La llegada de Internet al mercado, o del mercado a Internet, tiene lugar como consecuencia de la propia evolución de los acontecimientos derivados de la susodicha revolución tecnológica; pero, por otra parte, ha recibido un importante impulso de las instituciones nacionales y supranacionales, sobre todo en el ámbito del primer mundo. Respecto a este segundo aspecto de carácter netamente político, la participación directa de los agentes institucionales en el fenómeno Internet se traduce en un fomento de tales actividades básicamente desde tres planos.

Uno, el liberalizador, articulado sobre el rechazo expreso de los monopolios y el fomento de la iniciativa privada para que se haga cargo de la financiación del «nuevo negocio». En un segundo plano, la actividad institucional se dirige a abaratar los costes de las nuevas tecnologías a los usuarios, cuando tales costes pueden ser intervenidos directamente por las administraciones. Finalmente, podría señalarse una tercera vertiente de la intervención, de carácter normativa, dirigida directamente a tratar de regular aquellas cuestiones que, mediante las anteriores medidas, quedarían desasistidas, como por ejemplo la referencia obligada a la tutela de los consumidores y usuarios.

Así pues, esta constante interrelación «Internet – mercado» finalmente encontrará su plasmación también en el ámbito contractual. Entre las razones que avalan el éxito global de Internet se encuentra su utilidad comercial, a los efectos de captar una hipotética clientela mediante la transmisión de la pertinente publicidad e información, pues permite el contacto directo y abierto entre los productores y los consumidores sin necesidad de intermediarios que encarecerían el precio del producto o servicio ofertado, con lo que en teoría salen beneficiadas ambas partes contractuales.

En un principio, los contratos que se perfeccionaban a través de la red consistían en compraventas de productos informáticos (*software* o *hardware*) o bien en arrendamientos de servicios u obra de idéntica naturaleza. De este modo, se hablaba de «contratos informáticos» referidos de forma exclusiva a este tipo de operaciones. No obstante, pronto comenzó la oferta a través de Internet de una infinidad de productos y servicios comunes, cuya única relación con la informática consistía en su posible adquisición a través de un ordenador conectado a la red. Tal es el caso de la compra de libros, música, productos alimenticios, etc., e incluso la posibilidad de participar en subastas de todo tipo de bienes. Por todo ello, más adelante se tratará de delimitar el calificativo que más se ajuste a este tipo de contratos practicados a través de la red, además de resaltar otros relevantes problemas o dudas que su realización conlleva.

II. LA CONTRATACIÓN A TRAVÉS DE INTERNET: PASADO RECIENTE Y FUTURO PRÓXIMO. LOS RELEVANTES DATOS ESTADÍSTICOS

Resulta común en la mayor parte de los estudios sobre esta materia hacer referencia a previsiones estadísticas sobre el futuro del uso de Internet, así como a otros aspectos íntimamente vinculados como, por ejemplo, la evolución del comercio electrónico, la integración de la población en las nuevas tecnologías, etc. Esto sucede no sólo en estudios doctrinales, sino también en materiales jurídicos comunitarios. Por mi parte –pese al título del epígrafe– no pretendo actuar del mismo modo, y ello se debe a diversas razones.

Por un lado, porque las estadísticas sobre esta temática quedan rápidamente anticuadas, por lo que dejan de ser útiles y relevantes; pero sobre todo, porque en general las previsiones que recogían la mayoría de estas estadísticas de años anteriores en materia de Internet, y más en concreto de comercio electrónico, no se han cumplido. Puede incluso afirmarse que la euforia y, en algunos casos, la exageración de los pronósticos futuros han puesto hasta cierto punto en tela de juicio todo el fenómeno telemático. De hecho, puede indicarse que se ha pasado con suma rapidez de un extremo –el eufórico– al otro –el pesimista–; y en mi opinión ambos planteamientos son perjudiciales.

Entre los datos estadísticos obtenidos se hacía referencia entre otros a los siguientes aspectos: número de compras en red entre los usuarios de Internet (al menos una adquisición o adquirientes regulares); reparto del mercado electrónico mundial entre los distintos países (dominio de EEUU frente al resto del mundo); beneficios obtenidos por las empresas a través del comercio elec-

trónico; productos más adquiridos por Internet; número de sitios «clicables» y de *webs* comerciales; número de usuarios de Internet (mayores de 14 años); volumen de adquisiciones vía Internet; valor de las transacciones comerciales en Internet; volumen de venta en el comercio electrónico; número de compradores en la red según su nacionalidad y en relación a la población activa; tasa de crecimiento del valor de las ventas generadas por el comercio electrónico; niveles de uso de cajeros automáticos; niveles de contratación a distancia, etc.

Otras estadísticas analizan el fenómeno comparando la situación en la que se encuentra en los distintos países. En la actualidad, esta clase de operaciones telemáticas representa un porcentaje sumamente importante en los EEUU –muy superior a la media europea–, y, nos guste o no, este hecho constituye un dato a tener en cuenta para imaginar el futuro de las transacciones comerciales en nuestro propio entorno. Además, dentro de Europa, España constituye un país con un desarrollo de la contratación desde Internet bajo. En España aún no resultan numerosas este tipo de transacciones dentro del global de la contratación privada, comparándola con otros países comunitarios –el fenómeno Internet comenzó en nuestro país en 1993–; pese a todo, no cabe duda que según avancen los años tenderán irremediablemente a incrementarse.

Una comparación interesante de la posible evolución del comercio electrónico –en particular, el practicado desde Internet por los consumidores– es la de emplear la tabla evolutiva del comercio a distancia mediante otros procedimientos en los últimos años, y sobre todo detenerse en analizar qué puede presentar Internet que altere una perspectiva evolutiva ya confirmada durante años. También en esta escala debe señalarse que España es uno de los países comunitarios con una menor penetración de esta forma de contratación.

Está claro que todavía no se ha producido el pronosticado despegue definitivo del comercio electrónico por múltiples motivos. Entre otros se han señalado la ausencia de una alfabetización informática de la población en general, las barreras idiomáticas (dominio del inglés), la mejora de las redes y la infraestructura, la distinta regulación en los países, la desconfianza en el uso de las tarjetas de crédito en el pago. Por otro lado, una de las conclusiones que se alcanza es que el comercio electrónico entre profesionales (*B2B*) presenta mayores posibilidades de éxito que el operado frente a los consumidores (*B2C*). Como conclusión puede indicarse que la evolución del comercio electrónico no ha resultado tan acelerada como se pensaba fuese en el futuro;

por todo ello, la tendencia evolutiva de los próximos años en Europa –gracias a la ayuda de políticas eficaces dirigidas a este fin– sólo puede ser al alza. En cuanto a los datos estadísticos útiles para valorar este hipotético futuro desarrollo y al modo de hacerlo, habrá de tenerse muy presente la aplicación del Reglamento (CE) nº 808/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativo a estadísticas comunitarias de la sociedad de la información (Texto pertinente a efectos del EEE).

III. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO CONTRACTUAL EN INTERNET

A. Un ejemplo de contrato por Internet: su conclusión desde una página *web*

Entre los tipos contractuales más practicados en la red destacan las compraventas de bienes y los arrendamientos de servicios. Dentro de las más variadas páginas *web* de Internet se encuentran una multitud de actuaciones que se integran, todas ellas, dentro del fenómeno general de la contratación privada: publicidad, informaciones más precisas, invitaciones a realizar ofertas y auténticas ofertas de productos y servicios. En este último caso, las ofertas deben tener detalladas –en mayor o menor grado, pero siempre de forma completa– las características de los productos o servicios con la indicación de sus precios, como cualquier otra oferta; asimismo, recogerán de forma clara y visible los datos de identificación del prestador del servicio (normalmente titular de la página *web*), así como las condiciones generales de contratación si las hubiese.

Finalmente, el sujeto interesado en adquirir el producto o servicio tendrá solamente que seguir los pasos que la propia página le indica para concluir el contrato. Por lo general, éstos consisten en pulsar («clicar») con el ratón distintos iconos que conducen, tras seleccionar el producto deseado, a cumplimentar un formulario u hoja de pedido en la que se recogerán los datos de identificación del solicitante (nombre y apellidos, domicilio, dirección de correo electrónico, etc.), la referencia del producto que se pide y su cantidad, y se escogerá –siempre que lo permita el prestador del servicio– el sistema de pago y forma de envío del producto. Tras esta operación, se pulsará el icono correspondiente al envío de los datos de la hoja de pedido al prestador del servicio, concluyéndose el contrato. A continuación, el prestador del servicio enviará a la dirección de correo electrónico que se le ha dado un acuse de recibo de la transacción efectuada y de su contenido. De esta simple forma se habrá perfeccionado y, posteriormente, –bien por medio de

los cauces tradicionales de entrega o bien de modo enteramente electrónica—ejecutado el contrato. Si el producto o servicio adquirido o arrendado es de naturaleza informática o electrónica, puede ser transmitido directamente en unos minutos al ordenador receptor; si no es así, pasado un tiempo razonable, y dependiendo del país de procedencia del bien adquirido —si se trata de una compraventa—, éste será remitido a través de los procedimientos habituales (p. ej., correspondencia postal).

B. Beneficios que aporta Internet a la contratación

Al margen de los inconvenientes que presenta la contratación a través de Internet, y que serán puestos de relieve más adelante, no cabe duda que sus ventajas resultan numerosas. Entre ellas pueden citarse las siguientes:

1. *Reducción del coste de los productos y servicios y de su precio de adquisición*

En teoría, la contratación a través de Internet debería facilitar la reducción de los precios de los productos y servicios ofrecidos por este medio, ya que el coste final es menor debido, sobre todo, a la falta de necesidad de empleo de intermediarios comerciales en los nuevos mercados electrónicos. Aunque al mismo tiempo ha de señalarse la aparición e incorporación de nuevos intermediarios distintos a los tradicionales, en infraestructuras específicas dentro de Internet, como sucede por ejemplo en el campo de la publicidad.

Por otro lado, los costes de distribución desaparecen cuando el producto o servicio contratado posee una naturaleza inmaterial (p. ej., un programa de *software*), por lo que es posible realizar su entrega al adquiriente directamente a través de Internet, sin necesidad de acudir a los cauces ordinarios de consignación de la mercancía propios del comercio tradicional. No obstante, esto no tendrá lugar cuando el producto ofrecido sea de naturaleza material; es decir, bienes comunes al mercado tradicional, que requerirán para su consignación el empleo del servicio postal o mensajerías comunes. Debe puntualizarse este aspecto indicando que, un gran número de los negocios ubicados en la red, ejercen al mismo tiempo una actividad comercial de carácter tradicional.

Además, simplemente comparando el gasto que realiza una empresa adscrita al comercio tradicional sólo en el uso de medios de comunicación esenciales para su actividad cotidiana (p. ej., fax o teléfono), se puede apreciar que las nuevas empresas vinculadas exclusivamente al comercio vía In-

Internet ahorran en este concepto, sobre todo cuando las conexiones tienen lugar entre puntos a gran distancia. En definitiva, todos estos factores señalados deberían abaratar el precio de adquisición de los bienes y productos contratados a través de Internet; sin embargo, en la práctica no siempre sucede esto, y no es inusual que los precios de dichos productos sean equivalentes a los ofrecidos a través del comercio tradicional.

2. *Ampliación del abanico de ofertas y mejora de la competencia*

Debido al carácter global de Internet, se consigue aumentar el número de productos y servicios de semejantes características ofrecidos por una cantidad enorme de comerciantes ubicados en todo el mundo. Esto genera, en favor del hipotético futuro adquiriente, la posibilidad de llevar a cabo un estudio comparativo calidad/precio del producto o servicio que desea conseguir de forma rápida y clara, gracias al empleo de «buscadores» que permiten conocer el precio más económico de un mismo producto –o de similares características– entre los ofrecidos por los distintos prestadores de servicios. La calidad de la búsqueda dependerá de la potencia del «buscador», de las dimensiones del conjunto de índices, y de la periodicidad de su puesta al día. Todo ello produce como consecuencia última una optimización de la competencia del mercado, en el que jugarán un papel fundamental –de forma aún más patente si cabe– la publicidad y el *marketing*.

3. *Celeridad en el acceso a la información en todo el fenómeno contractual*

Uno de los principales logros del uso de Internet es la rapidez de acceso a un innumerable número de informaciones, entre las que se encuentran, obviamente, las de carácter comercial. Los beneficios que reportan los instrumentos o motores de búsqueda, accesibles de forma gratuita en la red, convierten a Internet en el principal medio de comunicación de la denominada «sociedad de la información».

La información accesible de este modo, con las características ya resaltadas, abarca todo el fenómeno de la contratación privada. Es decir, se darán cita informaciones precontractuales –relativas a las características de los prestadores de servicios y de los productos que ofrecen, en su mayoría, de carácter publicitario–; asimismo, informaciones estrictamente contractuales –con referencia al contenido obligacional generado para las partes con la conclusión del contrato, entre las que figurarán las habituales condiciones generales–; y por último,

además, informaciones de carácter postcontractual, basadas fundamentalmente en el interés del comerciante de mantener satisfecho a su cliente mediante una atención continua y que, a menudo, se manifiesta en las actualizaciones gratuitas del producto adquirido cuando éste posee naturaleza inmaterial.

Al mismo tiempo, si bien esta velocidad en el suministro de información ha de ser considerada una ventaja que aporta Internet, puede convertirse en un perjuicio cuando dicha información contenga contenidos ilícitos o perjudiciales, generando una ampliación del daño (vid. *Considerando* 52 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico). Asimismo, puede producir en el receptor –consumidor– un «efecto sorpresa» que, en ocasiones, puede conducirle a perfeccionar contratos de forma precipitada e irreflexiva. Lo cual, en último término, subraya la íntima y sutil frontera que separa en general a los beneficios de los perjuicios generados por el empleo de este medio. Debe señalarse también respecto a esta característica –la velocidad del sistema– que, en los últimos años, se ha producido una menor valoración de ella por parte de los usuarios que contratan en la red, privilegiando en su lugar otras ventajas como la calidad del producto, el precio, etc.

4. *Superación del factor geográfico en la contratación*

Íntimamente vinculado a los anteriores beneficios del empleo de Internet, se encuentra el hecho de que su uso permite en la práctica la superación del factor geográfico, entendido éste como un obstáculo a la contratación. Con esta expresión u otras similares, como la «muerte de la distancia», se pretende poner de relieve, en principio, la posibilidad de realizar contratos de forma sencilla y rápida entre partes situadas en distintos puntos en el espacio, que no se hallan físicamente presentes, tanto a nivel local, nacional o internacional.

De este modo, gracias a la utilización de este medio de comunicación se logra una auténtica «globalización contractual» que no había sido alcanzada mediante el empleo de otros instrumentos de comunicación a distancia, como pueden serlo el fax o el télex. Es precisamente esta cualidad, la que al mismo tiempo plantea numerosos problemas en materia de derecho y jurisdicción aplicables, en el caso en que surjan conflictos derivados de la contratación. En definitiva, se puede indicar que gracias al uso de Internet se ha logrado una superación del factor «espacio» en la contratación, entendido en su sentido estrictamente físico o geográfico; ahora bien, no en su sentido jurídico, íntimamente vinculado este último a la territorialidad del derecho como más adelante se analizará.

Este hecho de la superación del factor geográfico arrastra al mismo tiempo una serie de consecuencias no tan positivas. Entre ellas, la falta de contacto directo del usuario e hipotético contratante tanto con los bienes que han de ser objeto de los futuros contratos, como con las personas que han de ser su contraparte en el caso en que se concluyan. En definitiva, se da nacimiento a un mercado distinto al tradicional en el que la «confianza» juega un papel aun mayor si cabe, en un medio en el que precisamente resulta difícil garantizarla. Pese a todo, ha de recordarse que esta situación es consustancial a toda la contratación a distancia sea practicada o no por procedimientos electrónicos.

Por último indicar que este tipo específico de contratación a distancia permite, al mismo tiempo, la posibilidad de establecer procedimientos también a distancia de resolución de los litigios que se deriven. Esto es así debido a las especiales características de la comunicación practicada a través de Internet, y se encuentra expresamente previsto en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

5. *Inexistencia de horarios en la adquisición de productos y servicios*

No solamente se ve superado el factor geográfico mediante el empleo de Internet, sino que también se consigue vencer –gracias al permanente funcionamiento de programas informáticos de contratación incorporados a las páginas *web*– la barrera comercial asentada en la existencia de horarios fijos de apertura y cierre de los negocios tradicionales. Se permite así la contratación de determinados productos o servicios en horarios y días en los que las tiendas comunes se encuentran cerradas, con lo que se genera la posibilidad real de un mercado continuamente abierto las 24 horas de los 365 días del año. Gracias al empleo de programas informáticos de contratación presentes en las *webs* comerciales se alcanza un resultado similar al que en su día proporcionaron el uso de máquinas automáticas expendedoras de productos; con la ventaja, además, de la falta de necesidad de trasladarse a un lugar físico espacialmente localizado para la conclusión del contrato.

6. *Aparición en el mercado de nuevos agentes y sectores: empleo*

El reciente comercio generado en torno a Internet se asienta en la oferta de nuevos productos –junto a aquellos que se podrían denominar comunes al mercado tradicional– caracterizados por tener una naturaleza inmaterial y estar basados en el conocimiento (p. ej., los programas informáticos). Estos bienes son el resultado de la desmaterialización de la

información que ha tenido lugar con el desarrollo de la electrónica. Consecuencia directa del nacimiento de estos nuevos productos es, precisamente, la aparición de nuevos profesionales y de un nuevo sector económico y laboral junto a ellos. Es en este sector donde las pequeñas y medianas empresas están llamadas a desempeñar un importante papel. Las razones de ello se deben, en primer lugar, a las características específicas del medio desde el que se desarrolla la comercialización: Internet; y en segundo lugar, en ocasiones, por la propia naturaleza informática de los bienes y servicios comercializados. Es decir, si se practica la comercialización de un bien determinado en la red se emplearán técnicas informáticas de confección de *webs* comerciales, programas de contratación, vínculos, etc.

En definitiva, este sector novedoso por la tecnología y técnicas empleadas se asienta en un entorno de por sí inmaterial, pese a que el producto o servicio final ofrecido posea naturaleza material; más aún cuando además el producto sea de naturaleza informática, y se transmita desde la propia *web* comercial a su adquirente y destinatario. Todas estas labores resultan realizables de forma más eficiente mediante pequeñas empresas especializadas al efecto. La razón esencial de esta ventaja estriba en la «economicidad de las infraestructuras» necesarias para el ejercicio del comercio electrónico. Nuevamente se pone de relieve el hecho de que el coste de dichas infraestructuras será aún menor cuando el objeto de comercio sean bienes inmateriales, como el caso de programas informáticos o música digitalizada. En síntesis, gracias al predominio del inmaterial sobre el material, tanto en el producto como en el medio en el que se actúa el comercio, resulta un sector económico en el que las pequeñas y medianas empresas pueden actuar en paridad de condiciones a las grandes empresas, e incluso de un modo más eficaz. Este ha sido justamente uno de los temas debatidos en el ámbito de la OCDE bajo el título: «Internet y los rendimientos en las empresas», celebrado en Mons (Bélgica), el 25 de septiembre de 2001. En esta reunión se han destacado los beneficios que reporta Internet a las empresas, permitiéndoles conducir sus actividades e intercambiar y comunicar sus informaciones e ideas, haciéndolas más eficientes. Se ha resaltado precisamente que los beneficios en la propia organización interna de la empresa resultan evidentes; así como en las relaciones externas con sus proveedores, sus clientes, sus concurrentes y otros grupos de interés.

Junto a la teórica potencialidad que tienen las pequeñas y medianas empresas de incorporarse a este nuevo sector económico, suelen indicarse como otros beneficios íntimamente relacionados al fenómeno del comercio

electrónico operado desde Internet: la creación de empleo, y en particular de un empleo dotado además de unas características especiales. La principal de ellas se asienta en el cambio radical operado respecto al lugar de trabajo. En principio, ya no se requerirá desplazarse a un centro laboral físico específico para cumplir con las tareas asignadas; pudiéndose practicar éstas desde el propio domicilio y consignarse al mandante mediante los procedimientos telemáticos existentes: se habla así de «teletrabajo».

7. *Otros beneficios*

Se han resaltado además otras ventajas que presenta el uso de Internet, si bien —como el anterior— no se circunscriben directamente a la contratación. Así, por ejemplo, se ha señalado que el comercio electrónico contribuye a la mejora de la adaptabilidad y los procedimientos de rendición de cuentas. Otra ventaja que aporta Internet es la posibilidad de que un gran número de personas dotadas de algún tipo de discapacidad, así como las cada vez más numerosas personas de edad avanzada, puedan acceder al conjunto de informaciones y servicios que ofrece este nuevo medio de comunicación, que de otro modo no obtendrían.

C. *Debilidades que plantea esta forma de contratación*

La aparente simplicidad con que se concluye un contrato desde una *web* conlleva, sin embargo, un buen número de inconvenientes que pronto la doctrina ha tenido a bien en resaltar. En este tipo de contratos, y en general en todos los concluidos a través de Internet, se van a dar cita a un mismo tiempo el cúmulo de novedades que han definido al fenómeno general de la contratación en los últimos años (presencia del consumidor, condiciones generales y estandarización, contratación a distancia, intervención legislativa en la autonomía contractual, internacionalización del contrato, etc.) y, consecuentemente, todos sus problemas y debilidades. Este hecho es, además, la causa que justifica el gran número de normas aplicables contemporáneamente a este tipo de contratos. Representa por ello el ejemplo más patente de globalización normativa del fenómeno contractual.

En cuanto a los problemas señalados en este epígrafe podrían clasificarse atendiendo a la etapa del fenómeno contractual en que tienen lugar, o bien de acuerdo al carácter específico o no del problema respecto a Internet. En este último caso, cabría distinguir entre debilidades propias de toda contratación, propias de la contratación a distancia o propias de la contratación

vía Internet. Asimismo, debe señalarse que muchas de las debilidades indicadas representan el reverso de alguno de los beneficios que aporta este tipo de contratación, a los que previamente se ha hecho referencia; finalmente, indicar que la mayor parte de estos problemas serán estudiados con mayor detenimiento a lo largo los próximos capítulos.

1. *Internacionalidad*

El carácter transnacional del comercio electrónico y de Internet es evidente; simplemente el término Internet evoca internacionalidad. Por ello, la contratación practicada desde esta red es por definición una contratación que posee la virtualidad de ser internacional. Esta característica puede concebirse en un sentido positivo –tal y como ya ha sido tratado–, en cuanto apertura de fronteras o superación de factor geográfico; pero también en sentido negativo, en cuanto forma de evasión al control de los Estados, en este caso en materia contractual, y especialmente asociado a defraudar la tutela del consumidor.

Una vez que se produce un incumplimiento del contrato concluido en Internet, los problemas aparecen directamente vinculados al derecho aplicable y a la jurisdicción competente para resolverlo. Pero también pueden aparecer antes, incluso con antelación al nacimiento de la relación contractual, por ejemplo en materia de revocación y retirada de la oferta, determinación de la existencia de una mera invitación a hacer ofertas o una auténtica oferta, momento de conclusión del contrato, etc.

En definitiva, tanto desde la vertiente precontractual (publicidad) como contractual (incumplimiento) pueden verse defraudados los derechos y legítimas pretensiones de una de las partes involucradas en el genérico fenómeno contractual; y este ataque puede producirse desde otro país diferente al propio del perjudicado. El principal problema se localiza en el hecho de que muchos de los derechos que dicho sujeto tiene garantizados en su ordenamiento patrio pueden no estarlo en el ordenamiento del país del sujeto incumplidor, y que puede ser el aplicable al contrato. Precisamente la regulación ofrecida por la Unión Europea en materia de comercio electrónico busca unificar el régimen jurídico aplicable, al menos en sus aspectos fundamentales y en el ámbito territorial que le es propio. Esta finalidad es la que guía precisamente otras iniciativas de carácter supranacional, cuyo ejemplo más relevante es la Ley Modelo sobre comercio electrónico emanada en el seno de las Naciones Unidas. Asimismo, no debe olvidarse la aplicación de los convenios internacionales en

materia contractual, especialmente los relativos a la determinación del derecho aplicable y la jurisdicción competente, de los que el país –en el presente estudio: España– sea parte.

Puede apreciarse que este aspecto de la internacionalidad del contrato realizado desde Internet no representa en sí mismo una debilidad, sino que debido a él van a agravarse determinadas situaciones preexistentes o surgir debilidades específicas. Esta misma apreciación ha de realizarse respecto a su carácter interdisciplinario o transversal.

2. *Carácter transversal e interdiscipliniedad jurídica*

Cuando se hace referencia a estos aspectos, se pretende resaltar que la contratación practicada desde Internet involucra desde la perspectiva del derecho material a todas sus distintas vertientes. En definitiva, los problemas que pueden generarse en torno a este tipo de contratación no quedan reducidos exclusivamente a la vertiente contractual, ni siquiera a la parcela correspondiente al Derecho privado. Por el contrario, a menudo resulta difícil deslindar las fronteras correspondientes al Derecho público y al privado; en ocasiones, esta contratación puede generar cuestiones pertenecientes al Derecho penal, al Derecho fiscal o al civil y/o mercantil, entre otros.

Por otro lado, desde una perspectiva territorial pueden originarse dudas respecto a la aplicación de un determinado derecho material. Así, en nuestro ámbito pueden plantearse el dilema respecto a la aplicación del Derecho comunitario, interno e internacional. Finalmente, dentro del derecho específicamente privado van a combinarse cuestiones tan dispares pertenecientes a campos tan variados como los correspondientes al de la intimidad y la protección de datos personales, al de la propiedad intelectual e industrial, al contractual, imagen y honor, entre otros.

Este carácter transversal de los problemas que puede generar la contratación en Internet ha sido puesta de relieve por la doctrina y, en ocasiones, ha sido instrumentalizada con la finalidad de dotar a dicha contratación de una regulación específica. De todos modos, si se analiza la contratación a distancia a través de otros medios de comunicación –como la operada mediante correspondencia postal, fax o télex– se puede afirmar que, en el caso analizado, esta interdiscipliniedad se presenta asociada no tanto a la contratación, sino a Internet.

La propia Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en sus apartados 13 y 14,

resalta este carácter transversal del comercio electrónico en general, y asimismo señala que la finalidad de la citada Ley Modelo no es la de regular aspectos pertenecientes a otras disciplinas jurídicas, que se presentarían asociadas a cualquier contratación operada mediante procedimientos a distancia.

3. *Problemas objetivamente vinculados a la relación contractual*

a. La identificación de los contratantes

Un problema inicial y básico en este tipo de contratación a distancia es la seguridad que debe existir en el conocimiento de las identidades de los sujetos participantes en ella. De este hecho dependerá la constancia de la existencia de capacidad contractual de las partes, de su seriedad en la contratación, de sus datos en caso de reclamación y/o controversia judicial, de la profesionalidad acreditada de los comerciantes participantes en la operación, etc. En definitiva, todas las posteriores debilidades que se asientan en la seguridad de la operación, como el telepago, el correcto envío del producto adquirido, etc, encuentran precisamente en este estadio inicial su posible resolución. Con el fin precisamente de solventar este grave inconveniente del comercio electrónico han aparecido como principal respuesta, en los diferentes ámbitos nacionales e internacionales, las firmas y los documentos de identidad electrónicos.

b. Protección de los datos de carácter personal

Una vez que se logran conocer los datos de los contratantes no se resuelven todas las dificultades, sino que, por el contrario, se generan otras nuevas. Este es el caso, justamente, del correcto uso que de los datos personales de los contratantes hagan las partes que tienen conocimiento de ellos; y no sólo por parte de las personas involucradas en una previa contratación, sino también de otros sujetos que, mediante el empleo de conocimientos y medios tecnológicos apropiados, son capaces de violentar las posibles protecciones que rodean a las operaciones comerciales y hacerse con unos datos que pueden ser empleados de modo fraudulento con posterioridad. Esta posibilidad repercute directamente en la desconfianza que se genera frente a este tipo de contratación, por lo que constituye una de las causas determinantes de una no mayor difusión de la contratación a través de Internet.

En este sentido, Internet —en cuanto red abierta— hace posible que todos los datos vertidos sobre ella puedan ser de este modo accesibles. Esto afecta principalmente a dos aspectos fundamentales de la contratación: el

pago mediante tarjeta bancaria a través de la red, y la utilización por terceros indebida y no consentida de los datos personales de los sujetos contratantes. Precisamente en esta materia ha de resaltarse, en el ámbito comunitario, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, que trata de conjugar coherentemente el derecho a la privacidad de los datos personales y la seguridad en la contratación en Internet.

c. El uso de la informática como factor de estandarización

Si una característica se encuentra cada vez más acentuada en la contratación en masa tradicional —entre partes físicamente presentes— es la del empleo de formularios en los que se recogen innumerables condiciones generales y cláusulas de adhesión a las que normalmente el consumidor es llamado a aceptar para la conclusión del contrato; en definitiva, el recurso a los contratos estándar. Pues bien, es precisamente esta característica la que adquiere el valor de esencial o definitoria en la contratación desde Internet a través de páginas *web*. Resultará fundamental analizar el modo en que son recogidas tales cláusulas en un contrato perfeccionado desde Internet, especialmente cuando uno de los contratantes sea un consumidor; aunque también en la contratación entre profesionales este aspecto sigue siendo relevante. Asimismo, se señalará más adelante algunas opiniones encontradas de determinados autores acerca del papel que desempeñan los ordenadores en este tipo de contratación, caracterizada por su carácter sintético y tecnológico.

d. Determinación del momento y lugar de perfección del contrato

Entre los principales problemas que han surgido desde los orígenes de la contratación en Internet —y en general en la contratación electrónica— está el de la determinación de la normativa que rige el contrato, así como el fuero jurisdiccional competente para resolver un hipotético litigio entre las partes contratantes. La relevancia de ambos aspectos es un tema clásico en los estudios sobre la conclusión de contratos a distancia, y en particular adquiere nueva relevancia debido al empleo de técnicas de comunicación diversas dentro de la genérica comunicación vía Internet.

En cuanto a los diversos aspectos que han de ser abordados señalar que, además de la relevancia que posee la cuestión para el caso de incumplimiento contractual en general, la localización del lugar de nacimiento del contrato va a determinar la aplicación de una determinada normativa nacional que incidirá, precisamente, en el establecimiento del instante en que se

entiende concluido el contrato. Cuestión de gran importancia debido a la existencia de distintas orientaciones al respecto.

e. El correcto envío del producto adquirido

Un elemento fundamental del éxito en toda contratación operada a distancia es la mayor o menor eficiencia con la que actúa el suministrador en la puesta a disposición del producto a su adquirente. De nuevo ha de diferenciarse si el contrato es perfeccionado y ejecutado directamente desde Internet o si sólo es perfeccionado a través de este medio, reconduciéndose su ejecución –la consignación del producto– a los cauces ordinarios de entrega (mediante correspondencia postal). Cuando se trata del primer supuesto, queda excluida de la tutela del consumidor a distancia la posibilidad de desistimiento y devolución del producto dentro del período preestablecido por la normativa al uso, siempre y cuando la entrega haya sido operada de forma correcta. En cambio, en el segundo de los supuestos normalmente tendrán aplicación tales derechos en favor del consumidor.

f. Telepago y seguridad en las transacciones

Una de las razones fundamentales inhibitorias del efectivo auge de la contratación desde Internet, que destacan los estudios estadísticos, es la inseguridad que sienten los contratantes al momento de efectuar el pago del bien o servicio adquirido mediante cauces electrónicos a través de la propia red. Puede decirse que el crítico talón de Aquiles de este modo de contratar se localiza precisamente en este aspecto. Por esta razón, se trata de acudir a distintas vías para proteger los datos confidenciales de los contratantes relativos a sus tarjetas de crédito o débito, y que son comunicados, en principio, también a través de Internet. Entre ellos destacan recurrir a sistemas de cifrado del mensaje o a redes de carácter privado durante el instante en que se efectúa el pago; además de otros sistemas más simples, como pagar la mercancía solamente en el momento en que el adquirente la tenga a su disposición, gracias a los sistemas de entrega ordinarios.

g. Derecho de prueba y valor de los documentos informáticos

No podría analizarse la figura del contrato por Internet, sin hacer referencia al modo en que éste puede válidamente recogerse sin necesidad de recurrir a los clásicos sistemas asentados en soporte de papel. En definitiva, es fundamental tener en cuenta el valor probatorio que el ordenamiento asigna a un contrato recogido simplemente en forma informática, carente

por ello de un soporte en papel. Durante años, la doctrina ha tratado en los distintos ordenamientos europeos de responder a esta cuestión mediante la reinterpretación de la normativa existente en materia general de prueba. Finalmente, gracias a la emanación de normas específicas de carácter comunitario y nacional, se concede expresa validez al contrato perfeccionado mediante cauces telemáticos, y un especial valor probatorio al denominado «documento informático».

h. La efectiva tutea de los consumidores y usuarios

Por último, y quizá representando el primero de los puestos en relevancia material, debe señalarse como otra debilidad más de la contratación operada desde Internet las posibilidades que brinda la propia red para defraudar los legítimos derechos de los consumidores y usuarios durante todo el fenómeno contractual: antes, durante y con posterioridad a la perfección del contrato. Las materias a analizar son numerosas y muy variadas, y en ellas se involucrarán un gran número de normas comunitarias y nacionales relativas al Derecho de consumo en general: publicidad engañosa y comunicaciones comerciales no solicitadas (*spamming*), perfección de los contratos a distancia, condiciones generales de contratación, información precontractual, etc.

En algunas ocasiones, determinadas cuestiones vinculadas a la libre circulación y libre competencia en el sector de las telecomunicaciones pueden chocar con la correcta tutela de los consumidores; estos problemas tratan de ser atajados por la Directiva 2000/31/CE en materia de comercio electrónico. Además, es esta última Directiva la que hace referencia a la posibilidad de adaptar y modificar las normas preexistentes en materia de tutela del consumidor en la contratación privada, para mejorar su eficacia ante la aplicación de estas nuevas tecnologías.

Asimismo, esta nueva forma de contratar ha permitido alcanzar un hecho que hasta el momento ningún otro sistema había logrado: la directa integración del consumidor en el ámbito de la contratación internacional, con todas las consecuencias que ello entraña. Este evento podría conllevar el riesgo de dejar huérfano al consumidor de la tutela que, hasta el momento, le reservaba el ámbito nacional y, de forma menos frecuente en cuanto a la participación extranacional del consumidor, el comunitario. De este modo, así como es posible hablar de un mercado global generado por la irrupción de Internet, también es posible hablar de «consumidores globales». Y es aquí

donde surgen problemas íntimamente vinculados a la internacionalidad del fenómeno, ¿qué sucederá con los contratos concluidos por consumidores europeos con proveedores o prestadores de servicios de países que carecen de estos instrumentos de tutela? Para responder a esta cuestión, se analizará de forma detallada la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y la normativa de consumo al uso.

D. Distintos modos de contratar en Internet

Si bien el ejemplo de contratación antes indicado –contrato concluido directamente desde una determinada página *web*– entra de lleno en la categoría de contrato vía Internet, no deben olvidarse otras posibilidades que permite la red. En concreto, han de añadirse los siguientes supuestos: los contratos celebrados a través de correo electrónico (*e-mail*); aquellos perfeccionados por medio de *chat* o videoconferencia; los que nacen tras la celebración de una subasta electrónica; y, finalmente, los contratos concluidos empleando con este fin la firma electrónica.

Estas diferentes modalidades presentan en común la circunstancia de que su conclusión se realiza a través de la red. De momento, baste con señalar esta característica válida para todos ellos; no obstante, a lo largo de este análisis se indicarán sus diferencias, así como las peculiaridades de unos y otros, y se resaltarán las garantías que aporta la denominada «firma electrónica» a las partes involucradas en este peculiar comercio. Interesa, sin embargo, señalar desde este mismo instante los sujetos que pueden tomar parte en la contratación a través de Internet. La importancia de este hecho radica en la distinta calificación y régimen jurídico que corresponderá al contrato según quienes sean las partes contractuales intervinientes. Desde una perspectiva estrictamente iusprivatista puede tratarse de particulares y de profesionales. La combinación de unos u otros conllevará importantes consecuencias. De este modo, si las partes contratantes son profesionales que actúan como tales se estará en presencia de un contrato mercantil; cuando ambos son simples particulares, se estará en la esfera estricta del Derecho civil general. En cambio, cuando un particular contrata un determinado bien o servicio con un profesional que actúa dentro de su ámbito de actuación se estará en el contexto del Derecho de consumo; este último supuesto hace que la normativa aplicable a dicho contrato sea la propia dirigida a la tutela de los consumidores y usuarios, con las especiales garantías que ésta le reserva.

IV. EL FOMENTO INSTITUCIONAL DEL USO DE INTERNET, EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SU REGULACIÓN

Ya ha sido señalado el impulso que desde las distintas esferas políticas y ejecutivas nacionales, comunitarias e internacionales, se está dando a esta materia. Se está potenciando la participación en la nueva sociedad de la información de todos los agentes (administraciones públicas, organizaciones supranacionales, empresarios y profesionales del comercio y de los más variados servicios, y, como no podía ser de otro modo, consumidores), mediante un acceso a las redes –sobre todo a Internet– con un coste cada vez menor –gracias a la liberalización de las telecomunicaciones se consiguen tarifas progresivamente más económicas–, y por parte de unos usuarios cada vez más formados (debido a las políticas educativas dirigidas a tal fin).

Pero debe recordarse también que el fenómeno de Internet, y en particular del comercio electrónico realizado a través de este medio, viene caracterizado por su interdisciplinaridad y carácter transversal. Esto se traduce en que la regulación que ofrecen los diferentes Estados y organizaciones internacionales no suele ser cerrada, en cuanto recogida en un único cuerpo jurídico, sino que es construida en relación a los diferentes aspectos problemáticos que giran alrededor del fenómeno. Es decir, iniciativas y normas en materia de protección de datos, lucha contra los ilícitos informáticos, firma digital y autenticación, Derecho mercantil internacional, tutela del consumidor, conflictos jurisdiccionales y de ley aplicable, cuestiones financieras y fiscales, o propiedad intelectual e industrial, destacan entre los principales temas que se involucran en este tipo de contratación por Internet.

En definitiva, si bien el fenómeno Internet resulta de por sí evidente, así como sus importantes repercusiones, no cabe duda que se ha visto potenciado por las diversas políticas institucionales de carácter nacional e internacional. Asimismo, entre las funciones que han de desempeñar los entes institucionales se encuentra la de asegurarle un régimen jurídico claro y seguro, y de ámbito internacional. De todos modos, sigue presente la duda de si se requiere un nuevo derecho directo y específicamente destinado a regular este fenómeno.

A. La discutida necesidad de una regulación especial

Resulta esencial, por ello, plantearse hasta qué punto existe una imperiosa necesidad de crear normas nuevas sobre la materia vinculada a los contratos en Internet o si, por el contrario, éstas no son necesarias debido a la aplicación de normas ya existentes en materia contractual o, en todo caso, de su reinterpretación.

ción. En definitiva, debería responderse a la pregunta de si siguen siendo válidas para los contratos telemáticos las normas que en materia contractual han venido aplicándose hasta el momento. Al mismo tiempo surge otra cuestión, tal vez de una mayor trascendencia, que afecta a las propias bases del derecho contractual: ¿continúa siendo plenamente válido el esquema negocial tradicional frente a esta nueva contratación asentada en tan importantes novedades técnicas?

En cuanto a la primera de las cuestiones, en principio, ha de rechazarse la necesidad de una regulación especial, siempre y cuando que por tal se entienda una especie de código o cuerpo que se desgajara del tradicional derecho contractual, un cuadro jurídico completamente nuevo o una regulación de *status*. En este sentido, al mismo tiempo se hace una directa referencia a la segunda de las cuestiones, de este modo, la categoría tradicional del contrato sigue plenamente viva en esta nueva modalidad que emplea Internet como eje para la perfección, y en ocasiones ejecución, del contrato; por lo que su hipotética quiebra entiendo deba desecharse. Por otro lado, ha de reconocerse la existencia de determinados aspectos que, debido a las específicas características del medio técnico empleado (carácter interactivo, desmaterialización, internacionalización, etc.), representan una auténtica novedad al precedente derecho contractual; y que, en cuanto tales, no se hallan regulados por la normativa general, ni son ajustables a ella.

Es justo ante estas situaciones frente a las que se debe reaccionar; en este sentido, suele hablarse de al menos dos hipotéticas soluciones: regulación y autorregulación. La primera de ellas hace referencia a la producción de auténticas normas de ámbito general y con fuerza vinculante, emanadas del órgano legislativo o reglamentario competente a nivel nacional o supranacional. La segunda de las expresiones se centra en la autonomía o libertad de las partes para establecer el contenido específico del contrato –en este caso telemático–, que puede encontrar su manifestación en, al menos, dos modalidades: a) los pactos de las partes mediante los cuales determinan el derecho aplicable al contrato, o determinadas soluciones por ellos previamente convenidas; y, b) los denominados «códigos de conducta», mediante los cuales una de las partes, el profesional que realiza la oferta a través de Internet, se compromete en teoría unilateralmente a conceder determinadas prerrogativas más beneficiosas a favor de la otra parte, destinatario de la oferta e hipotético aceptante.

Respecto a esta segunda medida cabría señalar algunas observaciones. Podría considerarse simplemente como una parte más del contenido de la

oferta, si bien de carácter jurídico y regulador de la futura relación contractual que se creará. Pero al mismo tiempo, en cuanto tal contenido de la oferta, una vez que ésta viene aceptada por su destinatario, también el «código de conducta» resulta aceptado y como tal reintegrado en el contenido no ya de la oferta (unilateral), sino del contrato.

Pues bien, si estas son *a priori* las dos posibles soluciones que aparecen para resolver el problema, han de señalarse algunas preferencias. Primero entiendo que deba recurrirse a la directa aplicación de todas aquellas vertientes del derecho contractual que resultan plenamente válidas también frente al conjunto de contratos concluidos desde Internet. En este sentido, la mayor parte de la normativa al uso en materia general de contratos será plenamente aplicable, por lo que la categoría tradicional del contrato no ha sufrido en esencia ningún menoscabo por el uso de este nuevo medio. En ocasiones, bastará con realizar una reinterpretación de tales normas para que tenga cabida la nueva fenomenología. En segundo lugar, como posible respuesta a aquellos aspectos problemáticos que pudieran aparecer derivados de las novedades técnicas, y que no resultan directamente contemplados por las normas precedentes, deberá realizarse un reajuste de dicha normativa, mediante determinadas modificaciones parciales que permitan ampliar el espectro de aplicación de la norma al nuevo supuesto de hecho. En un tercer orden, y siempre y cuando no fuera posible ni aplicar directamente la normativa preexistente ni reajustarla mediante reformas parciales, deberá acudir a la opción de la nueva regulación. Obviamente esta vía tenderá a regular sólo aquellos aspectos problemáticos, y no perseguirá la creación de un código especial en el que se caiga en reiterar determinados preceptos ya preexistentes. Esta es la vía seguida precisamente por la Unión europea mediante la aprobación de la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), como expresamente reconoce su propio título.

La razón de privilegiar esta vía de la «regulación» en perjuicio de la «autorregulación» se localiza en la vocación netamente internacional de este tipo de contratos operados desde Internet, cuyo núcleo jurídico quedaría difuminado sin la existencia de una auténtica norma general marco sobre la materia (es decir, sobre sus aspectos problemáticos). Esta razón ya había sido puesta de manifiesto por la CNUDCI, en el propio texto de la Guía para la incorporación al Derecho interno de Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

co. Finalmente, indicar que el recurso a la autorregulación, si bien desde una perspectiva secundaria, será plenamente aplicable bajo la forma de códigos de conducta siempre y cuando respeten los derechos y obligaciones reconocidos por la legislación. Por lo que en la práctica tales códigos se reducirán a mejorar las condiciones previamente reguladas del destinatario, mediante las concesiones de nuevas prerrogativas por parte del profesional, sin que ello signifique la ausencia de una norma reguladora *ad hoc*.

B. Intentos de dotar a la materia de una normativa internacional

En el ámbito internacional ha de resaltarse el esfuerzo con el que determinadas organizaciones tratan de resolver las nuevas cuestiones controvertidas que les afectan, surgidas con la llegada de este nuevo medio de comunicación. Entre ellas destacan la Organización de las Naciones Unidas, sobre todo a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y la Organización Mundial del Comercio (OMC); además de otras que se centran más específicamente sobre algunos particulares aspectos problemáticos del fenómeno Internet que le afectan, como sucede con la Organización Mundial de la Propiedad intelectual (OMPI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), etc.

De todas estas organizaciones internacionales la más activa y con resultados más tangibles es la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en particular, con la creación de dos textos fundamentales adoptados en relación a la materia: la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico (1996) con la Guía para su incorporación al Derecho interno, y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas (2001) también acompañada de su correspondiente Guía de incorporación. Ambas leyes representan dos intentos de armonizar a nivel internacional –de forma no vinculante– la normativa existente al respecto.

Asimismo, no hay que olvidar la vigencia de importantes convenios internacionales que si bien creados con carácter general, y no centrados específicamente en el fenómeno electrónico, tienen plena aplicación en cuestiones tan relevantes como la determinación de la jurisdicción competente y del derecho aplicable, cuando la contratación adquiere una connotación internacional. A título de ejemplo, resaltar entre otros la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (ONU), de 11

abril 1980, o la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 junio 1980.

C. Regulación en la Unión Europea

Existe un enorme contingente de materiales realizados por la Unión Europea que inciden de forma directa o indirecta sobre los más variados aspectos de la informática y las telecomunicaciones y, además, están en constante actualización. Para hacer referencia a ellos, debe adoptarse algún tipo de criterio clasificatorio. En este caso, tras indicar los artículos más relevantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que pueden ser aplicables al fenómeno Internet, he optado por un criterio de contenido. Por lo que respecta a la fuerza vinculante de los instrumentos normativos comunitarios, simplemente recordar que los reglamentos son directamente aplicables en los Estados miembros, mientras que las directivas deben ser traspuestas al ordenamiento nacional mediante el instrumento legislativo oportuno de cada Estado miembro. Además, indicar que dentro de los órganos de la Unión destaca, por su importante labor sobre esta materia, la Comisión europea.

Pueden señalarse como base primaria de la política comunitaria en materia de «sociedad de la información»: los artículos 26-27 (mercado interior), 28-37 (sobre libre circulación de mercancías), 49-62 (en materia de derecho de establecimiento y libre prestación de servicios), 81-89 (cooperación judicial en materia civil y penal, y cooperación policial), 101-109 (normas sobre competencia), 110-113 (disposiciones fiscales), 114-118 (en cuanto aproximación de las legislaciones), 169 (protección de los consumidores), 170-172 (redes transeuropeas) y 179-190 (en materia de investigación y desarrollo tecnológico y espacio) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE consolidado según el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007).

La enorme variedad de materiales comunitarios derivados aplicables a la contratación desde Internet puede clasificarse distinguiendo entre:

- Aquellos dirigidos directamente a la tutela de los consumidores como, por ejemplo: Directiva 85/577/CEE referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/6/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofre-

cidos a los consumidores; Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Directiva 2009/22/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 1999/44/CEE y se derogan la Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE (estas directivas se entenderán derogadas a partir del 13 de junio de 2014); Reglamento (UE) N° 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

- Los destinados a regular algún aspecto objetivo vinculado a la contratación en general, y que puede resultar incidentalmente aplicable a este tipo específico de contratación a distancia. Así, señalar a título de ejemplo: Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos; Reglamento (CE) 44/2001 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia civil y mercantil; Directiva 2006/114/CE sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; Directiva 2013/36/UE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión (aplicable a partir del 1 de enero de 2014).
- Materiales dedicados a la genérica «sociedad de la información» en los que, en ocasiones, pueden obtenerse elementos interpretativos útiles para afrontar algunos conceptos fundamentales en la contratación desde Internet, como, por ejemplo: el denominado «Informe *Bangemann*» (realmente titulado: «Europa y la sociedad global de la información», recomendaciones del grupo de alto nivel sobre la sociedad de la información al Consejo Europeo de Corfú, Bruselas, 26 de mayo de 1994); la Comunicación de la Comisión, COM (97) 157 final, «Iniciativa europea sobre comercio electrónico»; el Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, de 3 de diciembre de 1997; o la Declaración conjunta UE-EEUU sobre el comercio electrónico de 5 diciembre 1997.

- Los instrumentos destinados a informar acerca de determinados aspectos del fenómeno electrónico que pueden estar relacionados con la contratación desde Internet, pero que responden a una finalidad más amplia. A título de ejemplo, resaltar los siguientes: Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas; Directiva 98/48/CE que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas; Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; Directiva 2000/46/CE sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico, su ejercicio y la supervisión cautelar de dichas actividades; Directiva 2002/19/CE sobre el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso); Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización); Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco); Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal); Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas); Directiva 2009/140/CE por la que se modifican las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE; Directiva 2009/136/CE por la que se modifican las Directivas 2002/22/CE y 2002/58/CE y el Reglamento (CE) n° 2006/2004; Reglamento (UE) N° 611/2013 relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.
- Finalmente, documentos que recogen contenidos aplicables de forma directa e inexcusable a la vertiente telemática de la contratación: la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

La Directiva sobre el comercio electrónico se compone de un total de 24 artículos, distribuidos en cuatro capítulos (titulados, respectivamente: «Disposiciones generales», «Principios», «Aplicación» y «Disposiciones finales»), que

están acompañados por 65 *Considerando* previos y un anexo final. El estudio de dichos *Considerando* va a resultar fundamental para precisar la voluntad del legislador en múltiples cuestiones, entre ellas, la de su ámbito subjetivo de aplicación. Por otra parte, será necesario tener presentes otras directivas previas, sobre todo a los efectos de concretar exactamente lo que deba entenderse por «servicios de la sociedad de la información», concepto que resulta esencial para la comprensión última de la finalidad de su ámbito objetivo de aplicación.

Tras las disposiciones generales recogidas en el capítulo I –en sus tres primeros artículos referidos respectivamente a *Objeto y ámbito de aplicación* (art. 1), *Definiciones* (art. 2) y *Mercado interior* (art. 3–, la Directiva sobre comercio electrónico incluye otros tres capítulos. El capítulo II, que lleva por título: *Principios*, se estructura en cuatro secciones: *Régimen de establecimiento y de información* (arts. 4 y 5), *Comunicaciones comerciales* (arts. 6, 7 y 8), *Contratos por vía electrónica* (arts. 9, 10 y 11) y *Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios* (arts. 12, 13, 14 y 15). El capítulo III, titulado: *Aplicación*, hace referencia, en sus artículos 16 a 20, respectivamente, a *Códigos de conducta*, *Solución extrajudicial de litigios*, *Recursos judiciales*, *Cooperación y Sanciones*. La Directiva concluye con un capítulo IV, denominado: *Disposiciones finales*, donde hace referencia a su «reexamen» futuro –previsto para antes del 17 de julio de 2003, y después cada dos años–, «trasposición», «entrada en vigor» y «destinatarios».

Dejando al margen los aspectos formales, puede decirse que la Unión Europea sigue el procedimiento de dictar directivas previas destinadas a homogeneizar la regulación sobre un tema concreto, en este caso el comercio electrónico, en todos los Estados miembros. La finalidad última es alcanzar un marco jurídico único y coherente en todo el espacio de la Unión. En cuanto al modo de llevar a efecto este proyecto ambicioso, la Unión ha optado por crear diversos instrumentos jurídicos destinados a regular aspectos puntuales, pero esenciales, del comercio electrónico. Entre ellos destacan los emanados en materia de firma electrónica, protección de datos personales, moneda electrónica y, finalmente, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, que pretende dotar de una cierta armonía al conjunto normativo disperso preseñalado.

En esta importante labor, ha tratado de respetar en todo caso materias ya reguladas con un fuerte arraigo por los distintos Estados miembros –como sucede con la contractual–, como indica la propia exposición de motivos de la Directiva sobre comercio electrónico. Por otro lado, se ha limitado a regular

sólo expresamente aquellas cuestiones que, por su importancia –como, por ejemplo, la tutela de los consumidores–, han de ser respetadas de forma homogénea y sin fisuras por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Así, por ejemplo, regula la conclusión del contrato que se perfecciona desde una página o sitio *web*, pero no cuando ésta tiene lugar mediante el simple intercambio de correos electrónicos entre particulares. Este modo de actuar se refleja también directamente cuando la propia Directiva hace referencia a los «códigos de conducta». La razón de la Directiva en este caso no es otra que la búsqueda de la compatibilidad entre el derecho imperativo expresamente recogido en ella y la lícita autorregulación de las partes contractuales.

Finalmente, ha tratado de ser compatible con el conjunto de normas de carácter multinacional que pudieran afectar a la materia, y a las que los Estados miembros de la Unión Europea deben sujetarse. Procura por ello no contradecir con sus prescripciones las ya existentes en un marco jurídico más amplio, como lo es el internacional y, en concreto, en relación a la existencia de una Ley Modelo sobre comercio electrónico en el ámbito de las Naciones Unidas. Esto justificaría el que se adopten sólo frente algunos aspectos medidas específicas. Así, es interesante indicar que la Directiva respeta el marco general de la Ley Modelo, pero en algunas cuestiones puntuales va más allá. Pero además de la Ley Modelo, también van a ser aplicables un conjunto de tratados o convenios internacionales centrados sobre todo en la determinación de la normativa aplicable y de la jurisdicción competente en caso de litigio sobre el contrato, en este supuesto, concluido vía Internet. Por otra parte, debido precisamente a la prudencia que mantiene al respecto, podría pensarse que la Directiva, en sí misma, podría constituir la base para la realización de una futura norma internacional reguladora de la materia.

D. Regulación en España

La Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico ha sido traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Respecto a la situación de España, hay que indicar que, además de los cuerpos generales de Derecho privado sustantivo y procesal, como el Código Civil o el Código de Comercio o la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pueden señalar los siguientes grupos normativos que hacen referencia al fenómeno:

- Conjunto de normas destinadas a la tutela del consumidor. Por ejemplo, cronológicamente, la Ley 26/1984 General para la Defensa de los

Consumidores y Usuarios, con sus modificaciones posteriores; la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; o el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (que incorpora, entre otras, a las leyes 26/1984 y 26/1991).

- Otro conjunto de normas dirigidas al público en general, y destinadas a regular específicas figuras negociales u otros aspectos que incidentalmente pueden afectar a los contratos, como sucede, por ejemplo, con la Ley 34/1988 General de Publicidad (con sus sucesivas modificaciones, entre ellas por la Ley 29/2009); la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (modificada por las leyes 47/2002 y 1/2010) y la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de Contratación, en lo que a cláusulas abusivas se refiere.
- Finalmente, normas especiales destinadas a regular en concreto el fenómeno telemático, como la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de medidas de impulso de la sociedad de la información; Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas; Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Sociedad de la información y comercio electrónico

Tras haber prefijado en el anterior capítulo distintas ideas fundamentales acerca de Internet, es necesario señalar cuál es la relación que media entre Internet, la denominada «sociedad de la información» y el «comercio electrónico»; para finalmente situar la específica contratación practicada desde Internet. Puede apreciarse ya *a priori* la relación entre estos términos. Por ello, se comenzará analizando la realidad que pretende plasmar la expresión «sociedad de la información». A su vez, dentro de esta última, como una vertiente o manifestación específica, se halla el comercio electrónico. Además, si bien la contratación en Internet representa en la actualidad la expresión cuantitativa y cualitativamente más representativa del comercio electrónico, ha de indicarse que este último no se ve restringido sólo a esto, sino que abarca también otras actividades: no solamente de contenido contractual, ni exclusivamente practicadas a través de la que se ha denominado «red de redes». Finalmente, se abordará el ámbito objetivo de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, con una particular referencia a lo que mediante remisión a otras directivas considera «servicios de la sociedad de la información».

I. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SUS SERVICIOS

En la actualidad resulta común y muy difundido el empleo de la expresión «sociedad de la información» siempre que alguna institución, organismo o autor pretende abordar la temática asociada a Internet o al comercio electrónico. Si bien su utilización ha sido consagrada en nuestro entorno jurídico por la Unión Europea durante los últimos años –gracias a sus recomendaciones, informes y directivas sobre la materia, en especial el Informe *Bangemann* y la labor de la Comisión europea–, ha de señalarse que su origen no tiene lugar en esta organización supranacional, sino que se remonta a años atrás gracias a la aportación de informes y estudios sobre todo de origen japonés y norteamericano.

A. Nacimiento de la expresión «Sociedad de la Información»

El término «Sociedad de la Información» aparece en Japón durante la crisis de inicios de los años 70, destacando en este período un estudio desarrollado por el instituto de prospectiva japonés JACUDI, en el que se hacía una especial referencia al valor económico de la información. Con posterioridad, el término fue haciéndose cada vez más conocido gracias a las aportaciones de otros autores. Por su parte, el proyecto europeo de la «Sociedad de la Información» —que arranca con el denominado: Informe *Bangemann*— nace como respuesta a la iniciativa estadounidense publicada en septiembre de 1993, titulada: «*The national information infrastructure: agenda for action*», en consonancia con las previas declaraciones del entonces Vice-presidente de los Estados Unidos Al Gore. Además, la idea de la «Sociedad de la Información» llevada a la práctica en el seno de la Unión Europea presentaba, sin lugar a dudas, interesantes perspectivas positivas para alcanzar a través de ella una mayor cohesión e integración entre los distintos Estados miembros —objetivos fundamentales de esta organización—, además de permitirle un acceso directo con todos sus agentes sociales —incluso con los ciudadanos— y de éstos con las instituciones.

B. Significado de la «Sociedad de la Información» en el Informe *Bangemann*: redes, servicios básicos y aplicaciones

Cuando los autores o la legislación hacen referencia al término «sociedad de la información» lo vinculan íntimamente a otra serie de expresiones como mercado de la información, mercado electrónico o comercio electrónico. Asimismo, a esta nueva sociedad de la información, generadora de dicho mercado, le incumbe al mismo tiempo la potencialidad de generar de forma efectiva nuevos empleos (teletrabajo, telemedicina, etc.). Finalmente, en términos más filosóficos que jurídicos, se le reconoce a la sociedad de la información un importante papel dirigido a garantizar y fomentar la democracia desde una perspectiva electrónica. Esta concatenación de ideas, no hace sino aumentar la necesidad de entender qué realidad pretende plasmar este término.

Puede afirmarse, para comenzar, que la «sociedad de la información» representa una etapa evolutiva más —que se está iniciando por el momento— dentro de la historia económica global de la sociedad. Tras las etapas correspondientes a la sociedad industrial y postindustrial se da paso a la sociedad de la información. Los rasgos caracterizadores de este nuevo estadio se asientan en dos conceptos: información y nueva tecnología. La nueva tecnolo-

gía –distinta a la industrial– se fundamenta en los avances y convergencia operados en los sectores de las telecomunicaciones y la informática. De este modo, también se denomina a esta nueva etapa «era digital». Por su parte, la información se distingue de la existente previamente debido al importante valor económico y social que ha adquirido.

Para tratar de aprehender el significado de esta expresión, en particular en el seno de la Unión Europea, es fundamental comenzar con una breve referencia al conocido comúnmente como «Informe *Bangemann*». Este estudio fue encargado por el Consejo Europeo a un grupo de expertos –entre los que se encontraba el entonces Ministro de Industria alemán Martin Bangemann– y concluido con fecha de 26 de mayo de 1994, presentando por título: «Europa y la sociedad global de la información: recomendaciones al Consejo Europeo».

El Informe propone un Plan de Acción para alcanzar en Europa la «sociedad de la información» mediante la combinación de las fuerzas de los sectores público y privado; lo que significa que este futuro nuevo estadio de la sociedad –asentado en la información– no es una consecuencia automática de la revolución tecnológica, sino que debe fomentarse, en este caso, a nivel comunitario. Asimismo, si bien el Plan de Acción se refiere al ámbito de la Unión Europea, no cabe duda que el fenómeno presenta una dimensión mundial. Tanto en el Plan de Acción recogido en el Informe, como en la propia sociedad de la información, están involucrados una pluralidad de agentes que, en mayor o menor medida, representan globalmente a toda la comunidad: ciudadanos, investigadores, empresarios e iniciativa privada, técnicos y expertos en telecomunicaciones e informática, regiones, gobiernos y administraciones.

El Plan propuesto se centra en tres frentes de acción íntimamente vinculados. En primer lugar, evitar el posible rechazo que pueda tener el uso de las nuevas tecnologías entre sus hipotéticos destinatarios, y convencerles de sus ventajas. En definitiva, consiste en fomentar entre la población y sus estructuras lo que el Informe denomina una «cultura de la información». El segundo campo de batalla se asienta en una triple función de garantía tecnológica. De este modo, tratarán de garantizarse un acceso equitativo a la infraestructura; la prestación de un servicio universal asentado en la evolución tecnológica; y, finalmente, una amplia aceptación pública y uso real de la nueva tecnología. Por último, mediante el control de los riesgos y la elevación de los beneficios de todo este proceso evolutivo, se alcanzarán importantes logros en campos tan diversos como la formación y educación continua de la población (educación a distancia), el ámbito laboral (aparición de

nuevas profesiones y capacidades, e inminente transformación del lugar de trabajo), el plano comercial, el sanitario, etc.

En definitiva, la «sociedad de la información» que se pretende alcanzar vincula distintos fines, esferas, sujetos y actividades iluminados y aglutinados todos ellos en torno a la «nueva tecnología». Los elementos constitutivos de esta sociedad de la información –que se encuentran desarrollados en el capítulo V del Informe– son tres: las redes, los servicios básicos y las aplicaciones.

1. *Las redes*: Permiten la transmisión de la información y, gracias a ellas, las limitaciones temporales y espaciales han desaparecido (p. ej., teléfonos, satélites, cables). De forma más específica, el Informe destaca más adelante entre ellas: a) la Red Digital de Servicios Integrados (RDSI), que representa el primer paso; b) la Banda Ancha, que constituye el futuro y el camino hacia los multimedia; c) las comunicaciones móviles, que representa un sector de importancia creciente; y d) los satélites, como garantía de comunicaciones de mayor alcance.
2. *Los servicios básicos*: Son aquellos servicios que permiten la utilización de las redes. Son ejemplos de ellos: el correo electrónico, la transferencia de ficheros, los multimedia interactivos o los servicios de vídeo. Cuando el Informe se refiere a este elemento, hace referencia a Internet como un sistema nuevo consistente en una red mundial de redes sin planificación central que no tienen propietario, que adolece de seguridad, pero que integra importantes servicios como correo electrónico, acceso a la información, etc.
3. *Las aplicaciones*: Éstas ofrecen soluciones específicas para grupos de usuarios. En el Informe destacan las siguientes: teletrabajo; educación a distancia; red de universidades y centros de investigación; servicios telemáticos para las PYMEs (entre ellos señala el correo electrónico, la transferencia de ficheros, la transferencia electrónica de datos [única vez que lo menciona en el Informe], las videoconferencias y la educación a distancia); gestión del tráfico por carretera; control del tráfico aéreo; redes de asistencia sanitaria; licitación electrónica; red transeuropea de administraciones públicas (se trata de un programa de intercambio de datos entre administraciones); y autopistas urbanas de la información.

A pesar de esta previa acotación del término «sociedad de la información» ofrecido por el Informe *Bangemann*, siguen presentes algunas dudas acerca de su extensión y significado, además de surgir otras de nuevo cuño.

Pueden señalarse, a título de ejemplo, algunos interrogantes. Se plantea así la cuestión de cómo encaja Internet en esta «sociedad de la información», y en cuál de sus elementos constitutivos se integraría. Esta misma duda se trasladaría a las *Intranets*, *Extranets*, y a EDI. Asimismo, cuando se citan las aplicaciones de la sociedad de la información aparece el problema de integrar en algunas de ellas al «comercio electrónico». También ha de matizarse si la expresión «servicios básicos de la sociedad de la información» –que recoge el Informe *Bangemann* y representa un elemento constitutivo de ésta, junto a las redes y las aplicaciones– se corresponde con la de «servicios de la sociedad de la información» que recogen otros trabajos y normas comunitarias como, por ejemplo, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

Para tratar de colmar estos interrogantes se han analizado en los siguientes epígrafes otros materiales y normas comunitarias, alcanzándose determinadas conclusiones que pretenden tener una utilidad meramente expositiva en este estudio. Esto se debe básicamente a dos razones. En primer lugar, es evidente que el concepto de «sociedad de la información» –como todos los vinculados a esta temática– se encuentra en continua evolución, por lo que resulta arriesgado y osado intentar cerrarlo. Por otro lado, no es una expresión estrictamente jurídica –pese a que sobre él se aplicarán importantes políticas legislativas por parte de la Unión Europea–; por lo que cuando se analizan sus elementos constitutivos –en los diferentes materiales comunitarios– se aprecia una falta de uniformidad terminológica, surgiendo a menudo nuevos problemas al intentar sintetizarlos.

C. La «Sociedad de la información» a la luz de posteriores trabajos de la Unión Europea. Elementos de la sociedad de la información: infraestructura y servicios

La sociedad de la información se asienta en la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones y de la informática; gracias a la cual, se dota a la información de un nuevo significado económico y social. En cuanto a los elementos constitutivos de la sociedad de la información, sigue siendo válida la enumeración realizada en el Informe *Bangemann*: redes, servicios básicos y aplicaciones. No obstante, se observa que en materiales comunitarios más recientes se prefiere distinguir entre: «infraestructura de la sociedad de la información» y «servicios de la sociedad de la información». Como ejemplo de estos últimos suele citarse al comercio electrónico. A su vez, la «infraestructura», o parte física que contribuye a

crear los servicios de la sociedad de la información y hacerlos llegar a los clientes, estaría integrada por: 1) Los sistemas de componentes. Sobre los que se ha operado una transformación importante mediante la aplicación de la tecnología digital, en particular: la microelectrónica digital (codificación digital de imágenes, sonidos y textos), la transmisión digital y el *software*. 2) Las redes. 3) Los servicios asociados a los sectores relevantes.

En definitiva, se puede apreciar que la «infraestructura» se correspondería con la combinación de las redes y los servicios básicos a que hacía referencia el Informe *Bangemann*. Por otro lado, lo que ahora se denominan en el «Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información», de 3 de diciembre de 1997, como «servicios de la sociedad de la información» se identificarían con las aplicaciones. De este modo, las aplicaciones o «servicios de la sociedad de la información» son el conjunto de actividades con unos contenidos propios, practicables gracias al empleo de redes y servicios básicos.

D. Internet y el comercio electrónico en la «Sociedad de la Información»

Ejemplos de tales actividades, aplicaciones o servicios de la sociedad de la información serían el teletrabajo, la telemedicina, la telecompra o la telecomunicación. El comercio electrónico representaría también una de estas posibles aplicaciones; aunque su concepto es más técnico y de nuevo cuño, no reduciéndose a la actividad, por ejemplo, de la telecompra, como más adelante se verá. Por el momento, puede apreciarse que «servicios básicos de la sociedad de la información» (Informe *Bangemann*) y «servicios de la sociedad de la información» (Libro Verde sobre la convergencia) hacen referencia a realidades diferentes.

En cuanto a Internet, ha de señalarse que si bien en sí misma ha de ser considerada como una red en sentido genérico, ha logrado integrar en su entorno la mayor parte de los servicios básicos de la sociedad de la información. Por esta razón, presenta unas características superiores a otras redes, representa el símbolo de la convergencia de los sectores de telecomunicaciones e informática y, a su vez, es un estímulo fundamental de la propia sociedad de la información. Respecto a *Intranet* y *Extranet*, decir que son variedades restringidas de redes —en sentido genérico— asentadas en el funcionamiento de Internet. A su vez, EDI representa, asimismo, otro tipo de red o infraestructura de la sociedad de la información, que se diferencia de Internet por ser cerrada, asentada en protocolos privados y dotada de propietario.

Otra importante puntualización que debe señalarse es que la expresión «servicios de la sociedad de la información» –empleada en algunos instrumentos comunitarios posteriores al Libro Verde sobre la convergencia– adquiere una significación más restrictiva, y se entenderá por tales sólo un tipo específico de aplicaciones o servicios, caracterizados por prestarse a distancia, mediante medios electrónicos, a petición individual y normalmente a cambio de contraprestación (cfr. Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 que modifica la Directiva 98/34/CE por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, y Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico). Debido a la fuerza normativa de estos materiales, ha de indicarse que el concepto de «servicios de la sociedad de la información» adquiere plenamente un significado jurídico.

E. Las redes y la desmaterialización de la información

Como se ha visto hasta el momento, en el Informe *Bangemann* se habla de las «redes» como la parte física y genérica de la sociedad de la información; por lo que parece equivaler a lo que los demás materiales comunitarios denominan «infraestructura». Sin embargo, en el Libro Verde sobre la convergencia, las redes constituyen una parte más de la infraestructura. Es el momento de intentar delimitar el significado de «red» con referencia a la sociedad de la información. Para ello se acudirá a diversos materiales comunitarios; no obstante, es fundamental tener presente que antes de hablar de redes es necesario referirse a la desmaterialización de la información mediante procedimientos electrónicos.

En este sentido, la gran evolución o elemento constitutivo de esta nueva sociedad es la superación del soporte de papel como base para recoger el contenido de la información, y la instauración del soporte electrónico. De este modo, la información, en lugar de plasmarse sobre papel, es convertida en *bits*, y sólo al final del proceso se convierte en texto, imagen o vídeo. En definitiva, esta desmaterialización –que se basa en el tratamiento, almacenamiento y transmisión de datos mediante procedimientos informáticos– afecta igualmente a todo el modo de entender el fenómeno contractual moderno. De la misma forma, si bien Internet no es el instrumento originario con el que se ha comenzado esta nueva ola de la desmaterialización de la información y la dislocación de los mercados, sí es –por sus especiales características– el que más está influyendo, no sólo en la perspectiva contractual.

Retomando el tema anterior, debe señalarse que si bien la información puede ser convertida a un lenguaje numérico y almacenada mediante el empleo de ordenadores y programas informáticos, su transmisión se asienta en la presencia de «redes» que interconectan tales ordenadores. Y es precisamente esta transmisión –internacional, rápida y abierta– la que acentúa la importancia de toda esta evolución.

En cuanto a la existencia de un concepto de «red» o «redes» en el ámbito comunitario, ha de acudir a una serie más reciente de documentos. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 6 junio 2001, titulada: «Seguridad de las redes y de la información: Propuesta para un enfoque político europeo», COM (2001) 298 final. En ella –aun cuando se refiere de modo específico a la seguridad– se recoge su concepto en el epígrafe 2.1, titulado: *Definición de la seguridad de las redes y de la información*. Así, «las redes son sistemas de almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos. Están compuestos de *elementos de transmisión* (cables, enlaces inalámbricos, satélites, encaminadores, pasarelas, conmutadores, etc.) y de *servicios de apoyo* (sistema de nombres de dominio incluidos los servidores raíz, servicio de identificación de llamadas, servicios de autenticación, etc.). Conectadas a las redes existe un número cada vez mayor de aplicaciones (sistemas de entrega de correo electrónico, navegadores, etc.) y de equipos terminales (teléfono, ordenadores centrales, ordenadores personales, teléfonos móviles, organizadores personales, aparatos electrodomésticos, máquinas industriales, etc.)». Interesa resaltar que la citada comunicación habla de «redes» en general, no sólo con relación a Internet, sino también con referencia al fax o a la conversación telefónica.

Pero para apreciar mejor el sentido de la expresión «red» y obtener determinadas conclusiones deben analizarse conjuntamente otras normas comunitarias posteriores emanadas sobre la materia, en concreto: la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso); la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización); la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); y la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). Todas

estas directivas citadas, junto a la Directiva 2002/77/CE relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y algunos aspectos de la Directiva 2002/58 relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, han sido transpuestas al ordenamiento español por medio de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Además, señalar que las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE han sido objeto de importantes modificaciones por la Directiva 2009/140/CE; y la Directiva 2002/22/CE por la Directiva 2009/136/CE.

De acuerdo con tales normas, puede indicarse que las «redes en un sentido genérico» constituyen la infraestructura o plataforma de la sociedad de la información. Términos estos últimos que en ocasiones son empleados en algunos materiales de la Unión para referirse a este elemento. A su vez, esta infraestructura se compone de «elementos de transmisión» y «elementos de apoyo».

Los «elementos de transmisión» representan las redes en sentido estricto o «redes de comunicaciones electrónicas», tal y como son definidas por el artículo 2.a) de la Directiva 2002/21/CE. Es de gran interés por su importante labor aclaratoria esta Directiva marco; en concreto, su artículo 2 titulado: «Definiciones», dispone que «a efectos de la presente Directiva, se entenderá por: a) red de comunicaciones electrónicas: los sistemas de transmisión y, cuando proceda, los equipos de conmutación o encaminamiento y demás recursos, incluidos los elementos de red que no son activos, que permitan el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos u otros medios electromagnéticos con inclusión de las redes de satélites, redes terrestres fijas (de conmutación de circuitos y de paquetes, incluido Internet) y móviles, sistemas de tendido eléctrico, en la medida en que se utilicen para la transmisión de señales, redes utilizadas para la radiodifusión sonora y televisiva y redes de televisión por cable, con independencia del tipo de información transportada».

El otro componente –junto a las estrictas redes– de las redes en sentido genérico son los «elementos de apoyo», también denominados, en ocasiones, servicios asociados a los sectores relevantes o recursos asociados. El artículo 2.e) de la Directiva 2002/21/CE (tras las modificaciones realizadas por la Directiva 2009/140/CE) define a los «recursos asociados», como «los servicios asociados, las infraestructuras físicas y otros recursos o elementos asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen el suministro de servi-

cios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello, e incluyan, entre otros, edificios o entradas de edificios, el cableado de edificios, antenas, torres y otras construcciones de soporte, conductos, mástiles, bocas de acceso y distribuidores». Por su parte, el artículo 2.e bis) de la Directiva 2002/21/CE (introducido *ex novo* por la Directiva 2009/140/CE) define los «servicios asociados» como «aquellos servicios asociados con una red de comunicaciones electrónicas o con un servicio de comunicaciones electrónicas que permitan o apoyen el suministro de servicios a través de dicha red o servicio o tengan potencial para ello, e incluyen, entre otros, la traducción de números o sistemas con una funcionalidad equivalente, los sistemas de acceso condicional y las guías electrónicas de programas, así como otros servicios tales como el servicio de identidad, localización y presencia».

La «redes en sentido estricto» o «redes de comunicaciones electrónicas» pueden ser redes de telecomunicaciones fijas o móviles, redes de televisión por cable, redes utilizadas para radiodifusión terrenal, redes satelitales y redes de Internet, independientemente de que se utilicen para la transmisión de voz, fax, datos o imágenes. Asimismo, también pueden distinguirse entre redes de comunicaciones públicas o no públicas.

Además, ha de añadirse un concepto que representa una novedad frente al de «redes» empleado en el Informe *Bangemann* y en el Libro Verde de la convergencia. Se trata del de «servicio de comunicaciones electrónicas». Este concepto está íntimamente relacionado con el de «servicio de la sociedad de la información» tal y como es empleado en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, para cuya definición se remite a la Directiva 98/34/CE tal y como ha quedado tras la modificación operada por la Directiva 98/48/CE. Para su delimitación se acude a un término que no había sido empleado hasta el momento en este contexto de forma explícita, no se trata ni de servicio, ni de aplicación, ni de red; es el de «contenido». De este modo, el *Considerando* 10 de la Directiva 2002/21/CE precisamente distingue de forma clara entre los «servicios de comunicaciones electrónicas» (p. ej., el acceso a Internet) y los «servicios de suministro de contenidos» (p. ej., en forma de páginas de Internet), y señala que –si bien ambos son «servicios de la sociedad de la información» de acuerdo con el concepto recogido en la Directiva 98/34/CE– sólo los primeros entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2002/21/CE o Directiva marco.

En síntesis, valorando los distintos materiales empleados hasta el momento e intentando conciliarlos, puede indicarse que la sociedad de la información se asienta sobre tres pilares:

- a) La plataforma, infraestructura o red en sentido genérico que permite transmitir a distancia entre terminales un enorme contingente de información desmaterializada. Está compuesta por las redes en sentido estricto o redes de comunicaciones electrónicas (elementos de transmisión) y los recursos asociados (elementos de apoyo).
- b) Los servicios básicos (correo electrónico, *www*, vídeo interactivo, buscadores, etc.) que puede operarse desde la red gracias a su conexión por medio de una terminal (ordenador, teléfono, TV digital, etc.).
- c) Los distintos contenidos de información transmitida y accesible a los usuarios gracias a la conjunción de las redes y de los servicios básicos que, por sus distintas vertientes, dan lugar a una importante variedad de aplicaciones: teletrabajo, educación a distancia, administración telemática, etc. El comercio electrónico representaría una de estas posibles aplicaciones; aunque su concepto es más técnico y de nuevo cuño, no reduciéndose –como ya se ha indicado– a la actividad de la telecompra.

Sobre esta estructura de la sociedad de la información se ha creado en el ámbito comunitario el concepto de «servicio de la sociedad de la información», entendiendo por tal el servicio prestado normalmente a cambio de remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Como ya se puede apreciar, esta definición posee un neto matiz instrumental y una clara finalidad reguladora, y será analizado en detalle más adelante. Por el momento basta señalar que, a su vez, los servicios de la sociedad de la información pueden consistir en un servicio de comunicación o de contenido, tal y como se ha visto previamente.

De esta aproximación al concepto de «sociedad de la información» interesa resaltar que lo realmente importante de la «red» es que, precisamente a través de ella, es posible realizar una transferencia de datos, informaciones, contenidos –ya se trate de textos, imágenes (fotos y vídeos) o sonidos–, gracias a la desmaterialización que se opera sobre todos ellos. Esta característica es la que en el fondo marca toda la nueva sociedad de la información, y encuentra su máxima en la superación del papel como soporte de la información. Además, el empleo de Internet como red por excelencia de comunicación no impide el uso de otras redes que permiten la desmaterialización de la información de forma semejante, como pueden serlo las de naturaleza cerrada (EDI), las reservadas a abonados o las de carácter público. Asimismo, e íntimamente vinculado a este último aspecto, ha de señalarse que una de las actividades que resultan practicables en esta nueva sociedad de la infor-

mación es el comercio electrónico, y, más específicamente, el comercio por Internet cuando la red de comunicación empleada es esta red abierta por excelencia.

Dicho esto, se puede afirmar que la sociedad de la información hace referencia a un fenómeno mucho más amplio que el mero comercio electrónico. Así, además de éste, tendrán lugar una serie variada de interrelaciones entre distintas personas de carácter público o privado, carentes en principio de contenido económico, como pueden serlo la tramitación por medios telemáticos de gestiones burocráticas entre las administraciones, entre éstas y los ciudadanos, entre las empresas y sus empleados, entre las sedes empresariales y sus sucursales, o simplemente relaciones entre particulares, como puede ser el caso del empleo del correo electrónico como mero instrumento de comunicación.

F. La «Sociedad de la Información» y la «Sociedad del Conocimiento»

Frente a la expresión «sociedad de la información» se contrapone en los últimos años la de «sociedad del conocimiento»; y esto se refleja tanto en distintos escritos de la doctrina como en diversos materiales comunitarios. En principio, puede señalarse que ambas expresiones hacen referencia a la misma realidad que ha sido analizada hasta el momento, si bien enfocada desde distintas perspectivas. La primera, externa u objetiva, consiste en poner a disposición de la masa el acceso a una información cuantitativamente ilimitada. La segunda, subjetiva o interna, se circunscribe al aprovechamiento que de dicha información obtenga el individuo.

En esta evolución terminológica se pretenden vincular los diferentes estadios de la revolución tecnológica actual. En primer lugar, el informático, que permite –mediante el tratamiento, procesamiento y almacenamiento de datos– una desmaterialización de la información que la desvincula definitivamente del soporte de papel. El segundo, el de los modernos medios de comunicación asentados en redes digitales –y en particular Internet como red por excelencia–, que permiten el acceso a una información de carácter ilimitado, internacional y abierto gracias a la transmisión cuasi-instantánea de los datos procesados. Y en tercer lugar, el de los propios sujetos destinatarios de esta información y formados desde la perspectiva telemática que, gracias a su preparación, son autosuficientes para seleccionar y asimilar internamente el inmenso conjunto de variados contenidos que le son accesibles a distancia, y transformarlos en conocimiento.

- G. La «Sociedad de la Información» y la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

En la Ley Modelo sobre comercio electrónico no se hace referencia expresa en momento alguno a la «sociedad de la información», ni a términos similares. En su artículo 2 se recogen las definiciones básicas sobre las que articula su esquema ideal en materia de comercio electrónico. En concreto, define: mensaje de datos, intercambio electrónico de datos, iniciador, destinatario, intermediario y, finalmente, sistema de información.

Es interesante reproducir el artículo 2 (*Definiciones*) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI. «Para los fines de la presente Ley: a) Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax; b) Por «intercambio electrónico de datos (EDI)» se entenderá la transmisión electrónica de información de una computadora a otra, estando estructurada la información conforme a alguna norma técnica convenida al efecto; c) Por «iniciador» de un mensaje de datos se entenderá toda persona que, a tenor del mensaje, haya actuado por su cuenta o en cuyo nombre se haya actuado para enviar o generar ese mensaje antes de ser archivado, si éste es el caso, pero que no haya actuado a título de intermediario con respecto a él; d) Por «destinatario» de un mensaje de datos se entenderá la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él; e) Por «intermediario», en relación con un determinado mensaje de datos, se entenderá toda persona que, actuando por cuenta de otra, envíe, reciba o archive dicho mensaje o preste algún otro servicio con respecto a él; f) Por «sistema de información» se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos».

De la lectura de estas nociones se aprecia claramente la referencia a las redes telemáticas, así como a los modernos medios de comunicación de datos (información); lo que confirma, en último término, que la citada Ley está haciendo referencia a la misma realidad analizada hasta el momento cuando se habla de «sociedad de la información». Es decir, se centra en la informática (capaz de desmaterializar la información y desvincularla del papel), los modernos medios de comunicación (asentados en redes que permiten la transmisión casi instantánea de tales datos) y los sujetos intervinientes en la comunicación (iniciador, destinatario e intermediario).

En particular, la Ley Modelo –finalmente denominada de comercio electrónico– fue configurada temporalmente en un período en el cual se estaba produciendo la transición de la hegemonía de EDI en favor de Internet.

Este hecho se puede apreciar, desde una perspectiva meramente formal, en la evolución de los títulos de los trabajos preparatorios de la citada Ley y en su título final: «comercio electrónico». La razón del cambio de denominación último de la norma se debe al hecho de que la expresión EDI –en sentido estricto– no podía incluir al comercio practicado desde Internet. Ha de señalarse que, si bien el título finalmente escogido de la Ley fue el de «comercio electrónico», en su contenido no define a esta última expresión. En su lugar, se limita a realizar una ampliación del significado de EDI, con la finalidad de incluir en ella toda posible transacción realizada de forma telemática mediante el intercambio de datos.

En definitiva, todo el engranaje sobre el que se articulan las expresiones «sociedad de la información» y «comercio electrónico» que emplean la Unión Europea y las Naciones Unidas, respectivamente, hace referencia a un mismo fenómeno –que se puede denominar revolución tecnológica asentada en la informática y las telecomunicaciones– pero analizado desde diferentes vertientes, perspectivas o puntos de vista.

La CNUDMI aborda el tema desde lo que constituiría el elemento nuclear de todo el fenómeno: la transferencia electrónica de datos. Este elemento sería el ladrillo o piedra básica sobre la que se articula la mayor parte del esquema o estructura que recibe el nombre de «comercio electrónico», expresión que hasta cierto punto es desafortunada al referirse –como bien reconoce la propia Ley Modelo– incluso a aspectos no comerciales (relaciones usuarios-autoridades públicas).

Al margen de esta crítica terminológica, está la versión del fenómeno desde la visión de la Unión Europea, que prefiere analizarlo desde un nivel superior que se estructuraría en los tres elementos anteriormente señalados: redes, servicios básicos y aplicaciones. La finalidad de este análisis es sobre todo política y económica; y si bien en principio son plausibles gran parte de sus manifestaciones, se va a encontrar en algunas ocasiones con problemas específicos al catalogar como redes o servicios algunos de los elementos que se presentan en esta específica revolución tecnológica. Así sucede con Internet y con el comercio electrónico tal y como lo aborda el Libro Verde sobre convergencia, cuyas precisiones conceptuales desorientan más que aclaran. Por el contrario, sí va a aclarar más la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico cuando intenta precisar cuáles son los servicios de la sociedad de la información, e integrar de forma más o menos coherente aquello que la Unión Europea entiende –o quiere entender– por «comercio electrónico».

H. Tendencia a la identificación: «Sociedad de la Información» – Internet

Otro aspecto importante que debe señalarse –dentro de la vertiginosa evolución del fenómeno– es la cada vez más común identificación entre «sociedad de la información» e Internet. Como ya se ha indicado en el anterior epígrafe, en el momento actual se aprecia una clara hegemonía de Internet sobre cualquier otro sistema de comunicación electrónico; precisamente ésta es la razón de igualar ambas categorías.

A pesar de que hoy en día Internet constituye el principal representante de la convergencia de las tecnologías modernas y, en síntesis, de la sociedad de la información, debe decirse que esta última categoría abarca una realidad mucho más amplia que no se limita exclusivamente a Internet, pese a que éste cubre una relevante parte de su contenido. Esta misma propensión simplificadora tiene lugar –como se verá– cuando se habla de «comercio electrónico», al que en muchas ocasiones algunos documentos y autores suelen identificar solamente con el efectuado desde Internet.

II. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Origen del término

El empleo de expresiones como «comercio electrónico», «*e-commerce*», «comercio telemático» u otras similares resulta cada vez más común en todos los ámbitos, y no sólo en entornos que se podrían definir como técnicos o jurídicos. En particular, entre estos últimos destaca su utilización en importantes instrumentos normativos supranacionales, cuyos ejemplos más relevantes son la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI y la denominada Directiva sobre comercio electrónico.

Entre los primeros documentos de cierto carácter oficial en que se comienza a emplear la expresión «comercio electrónico» destaca el Memorando ejecutivo, de 26 octubre 1993, del entonces Presidente de los EEUU Bill Clinton, titulado: «*Streamlining Procurement Through Electronic Commerce*». Con posterioridad, se elaboran por el *Federal Electronic Commerce Acquisition Team* un conjunto de trabajos que completan el anterior Memorando, y que concluyen con el «*Streamlining Procurement Through Electronic Commerce, Final Report*» de 13 octubre 1994. Precisamente en este último se hace expresa referencia a los conceptos de comercio electrónico y de *Electronic Data Interchange* (EDI).

B. Definición

En cuanto a su significado, extensión o elementos surgen mayores problemas. Antes de intentar centrarse sobre estos particulares, ha de precisarse que se trata de un término cambiante y no maduro –como lo es toda la realidad a que hace referencia–, por lo que debe analizarse con mucha prudencia.

A título de ejemplo, la OMC –en el apartado 1.3 de su Programa de trabajo sobre comercio electrónico, adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998– entiende por la expresión «comercio electrónico» –exclusivamente a los efectos de citado programa de trabajo y sin perjuicio de sus resultados– «la producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos». De esta forma, podría afirmarse que el «comercio electrónico» haría referencia al conjunto de actividades comerciales que son efectuadas mediante procedimientos electrónicos. Sin embargo, poco aporta esta definición inicial; ya que los problemas se plantean precisamente sobre los dos pilares en los que se asienta: actividades «comerciales» y procedimientos «electrónicos».

En primer lugar, surgen dudas profundas acerca de lo que deba considerarse o no como procedimientos electrónicos. Para entender el adjetivo «electrónico» puede servir de punto de inicio la siguiente frase: «el desarrollo tecnológico gira en torno a los dos sectores claves de la electrónica, la informática y las telecomunicaciones». Cabría por ello pensar que tales procedimientos electrónicos están referidos directamente a las nuevas tecnologías de la comunicación, íntimamente vinculadas a los avances informáticos, como lo son el correo electrónico, el intercambio de datos en línea, la transferencia electrónica de pago, etc.

En otro sentido, la OCDE y la EITO proporcionan una definición del comercio electrónico aproximándolo a toda aquella actividad de intercambio generadora de valor para la empresa, sus proveedores o sus clientes, efectuada a través de las redes. El dato del comercio practicado en red o en línea parece restringir el significado de comercio electrónico a las actividades comerciales practicadas por vía electrónica, a distancia y en masa. Pero esta conclusión tan general deberá ser precisada; de hecho, más adelante se analizará este matiz.

Por su parte, ni la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ni la Guía para su incorporación al Derecho interno contienen una definición de la expresión que le da nombre, pero la ponen íntimamente en relación con una definición amplia de EDI. No obstante, puede indicarse que tácitamente

recoge una acepción amplia del comercio electrónico sobre la base de una definición igualmente amplia de EDI, que abarcaría «toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podría designarse con el término comercio electrónico».

En definitiva, la Ley Modelo no recoge un concepto de comercio electrónico, y ello es así porque, como ya se ha indicado, inicialmente ni la propia Ley Modelo llevaba en su título la expresión «comercio electrónico», sino EDI, como evidencian sus trabajos preparatorios. No obstante, la Guía para la aplicación de la Ley Modelo resulta útil para individuar el uso de qué tipo de medios de comunicación convierten al comercio —precisamente— en electrónico. En particular, se tratarían de vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas como, por ejemplo, la comunicación mediante EDI en sentido estricto —la transmisión de datos de una terminal informática a otra en formato normalizado—, la transmisión de mensajes electrónicos mediante normas patentadas o normas de libre acceso, la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre (p. ej., desde Internet) y, en ocasiones, el télex y la telecopia (fax). Técnicas todas ellas de transmisión electrónica de datos a distancia.

Pese a todo, en mi opinión, la Ley Modelo no persigue restringir el concepto de comercio electrónico a aquél practicado a distancia, simplemente se limita a poner ciertas bases jurídicas aplicables al comercio que se practica a través de mensajes de datos generados, archivados o comunicados electrónicamente. Cuando se analice la vertiente o elemento tecnológico del comercio electrónico se volverá sobre este particular. En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva sobre comercio electrónico hace también referencia a qué medios son considerados electrónicos; pero esta cuestión será analizada en exclusiva también más adelante.

Si en principio se logran posponer por el momento los problemas derivados de los procedimientos o técnicas electrónicas, éstos se plantean ahora respecto al calificativo de «comercio» o actividades «comerciales». Inicialmente, debería acudir al concepto clásico de «comercio», «acto de comercio» o semejante existente en cada ordenamiento interno para zanjar la cuestión; pero no va a resultar tan fácil. Nuevamente resulta útil a este respecto la definición que de comercio electrónico ofrecen la OCDE y la EITO, en cuanto toda actividad de intercambio generadora de valor para la empresa, sus proveedores o sus clientes, efectuada a través de las redes. De este modo, podría definirse el «comercio» como el conjunto de transacciones, comunicaciones e intercambios de bienes y servicios operados entre empresas y sus

socios, o entre aquellas y sus destinatarios finales. En definitiva, en el corazón del comercio se encontraría la iniciativa privada, ya se tratase de un comercio entre empresas, entre empresas y consumidores o entre particulares.

El problema que se plantea es que precisamente cuando se habla de «comercio electrónico» se emplea una acepción demasiado amplia de «comercio» que acaba desbordando el concepto de comercio tradicional, para transformarse en otra cosa, más próxima a la definición de «sociedad de la información» que a la del estricto comercio electrónico. Este hecho resulta fácilmente apreciable en la propia Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, cuando permite a los países firmantes ampliar la Ley Modelo a aplicaciones no comerciales del llamado «comercio electrónico». También en la normativa comunitaria puede apreciarse que el término «comercio electrónico» hace referencia a cuestiones comerciales y no comerciales, como sería en este último caso las relaciones electrónicas entre las Administraciones y los administrados.

De acuerdo con lo desarrollado hasta el momento, el comercio electrónico sería, en primer lugar, algo más que comercio; además, no conlleva necesariamente la práctica de actividades comerciales –entendidas de forma imperfecta– a distancia, sino solamente aquellas en las que se emplean procedimientos electrónicos sean o no de comunicación a distancia.

En cuanto a la inclusión de un conjunto de actividades no comerciales y otras de carácter público o administrativas dentro del concepto de comercio electrónico, ha de señalarse que desde los orígenes del empleo de esta expresión en el «*Streamlining Procurement Through Electronic Commerce*», *Final Report* de 13 octubre 1994 del «*Federal Electronic Commerce Acquisition Team*» de los EEUU, se aprecia claramente su vinculación con las administraciones, en este caso específico con su *Federal Government*. De su lectura se aprecia que el comercio electrónico –tal como lo entiende este documento– hace referencia tanto al sector privado como al público; proporciona importantes beneficios a la función de gobierno; y en su promoción juega un papel sumamente activo la administración.

Por el momento, puede indicarse que existen numerosas definiciones de «comercio electrónico» en la doctrina, pero no existe en sí misma una definición estrictamente jurídica. Asimismo, puede también afirmarse que el comercio electrónico engloba todo el complejo entramado que rodea o puede rodear a la conclusión de un contrato; en definitiva, todo el fenómeno contractual privado en su globalidad: publicidad, comunicaciones comerciales, ofertas de

contrato, contratos, etc. Pero, además, la definición de comercio electrónico (tácitamente presente en la UE y en la ONU) va aún más allá de la esfera estrictamente vinculada al comercio privado tradicional; y no sólo eso, sino que además supera –como ya se ha señalado– tanto la frontera de lo estrictamente privado (por ejemplo, subastas públicas) como de lo específicamente comercial (relaciones con las administraciones de carácter extracontractual).

Si bien esta puede ser la conclusión sintética que se extrae del análisis de las principales normas supranacionales, la situación en los contextos nacionales no es muy distinta. En la normativa española no existe una definición jurídica del «comercio electrónico». Tampoco existe en Italia, sin embargo su ordenamiento se remite a la noción que de comercio electrónico contiene la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 15 abril 1997, «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico», COM (97) 157 final. En la práctica, puede apreciarse que la definición de comercio electrónico que recoge la citada Comunicación de la Comisión –gracias a las remisiones que le hacen diferentes normas nacionales y comunitarias– adquiere una relevancia tal, que, en mi opinión, no era esa su finalidad. No obstante, es la única aproximación al concepto de comercio electrónico más o menos nítida en el ámbito normativo comunitario; por esta razón, ha de analizarse con cierto detalle.

La citada Comunicación titulada «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico», COM (97) 157 final, recoge en su capítulo primero, titulado: «*La revolución del comercio electrónico*», interesantes puntualizaciones. En concreto, de la lectura de sus apartados 5 a 8 pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el «comercio electrónico»:

- a) Consiste en la práctica de actividades comerciales mediante el procesamiento y/o la transmisión electrónica de datos (texto, sonido o imagen).
- b) No es un fenómeno nuevo que se inicia con la aparición de Internet. Con anterioridad a esta red abierta y sin propietario, la transmisión electrónica de datos con fines comerciales era practicada a través de otras redes de carácter cerrado y dotadas de propietario. Así era como se venían efectuando, por ejemplo, las transferencias electrónicas de fondos y otras actividades bancarias.
- c) El comercio electrónico comprende, además de la realización de actividades comerciales en las que media una comunicación directa y

a distancia entre los sujetos involucrados (mediante la transferencia electrónica de datos a través de las redes –cerradas o abiertas– al uso), otra serie de actividades en las que no existe una comunicación directa entre las partes (como tiene lugar con el uso de catálogos recogidos en un CD-ROM y consultados por su destinatario), así como, en mi opinión, otra serie de actividades en las que, si bien media una comunicación directa entre las partes mediante procedimientos electrónicos, no se encuentran a distancia (por ejemplo, comunicación mediante procedimientos electrónicos –a través de correo electrónico– entre sujetos ubicados en una misma sala).

- d) El comercio electrónico abarca, en fin, una serie de actividades comerciales muy variadas operadas mediante el procesamiento y/o la transmisión electrónica de datos. Unas son efectuadas *on line*, algunas *off line*, y otras en forma híbrida, es decir, combinando las dos anteriores.
- e) El comercio electrónico puede dividirse en comercio electrónico directo e indirecto. La primera de las modalidades tendrá lugar cuando el bien o servicio objeto de comercio es solicitado, pagado y entregado mediante procedimientos exclusivamente electrónicos. De no ser así –es decir, no abarcar todo el ciclo negocial–, se tratará de comercio electrónico indirecto.
- f) Internet ha aportado al comercio electrónico un mayor desarrollo, así como una generalización y ampliación de los sujetos que lo practican. Con anterioridad, el comercio electrónico estaba reservado exclusivamente a las relaciones entre sujetos profesionales –y normalmente de alto nivel (bancos, aseguradoras, etc.)–; en cambio, con la llegada de Internet, los propios consumidores pueden participar activamente en el comercio electrónico.

C. Contenido, elementos y extensión

El comercio electrónico se articula sobre tres elementos o, lo que sería lo mismo, puede analizarse contemporáneamente desde una triple perspectiva: a) tecnológica o instrumental; b) objetiva; y c) subjetiva.

El primero de ellos –el tecnológico– es el elemento más importante, ya que define precisamente como «electrónico» a cada uno de los actos que forman parte de la categoría. El segundo de los elementos, el objetivo, se identifica con el conjunto de actividades materiales que integran el comercio electrónico. Como se verá, planteará problemas delimitar su verdadera

extensión. En cuanto al último de los elementos o vertientes del comercio electrónico, el subjetivo, no representa un papel tan relevante como los dos anteriores, y en la práctica sirve para llevar a cabo un tipo específico de clasificación del comercio electrónico en atención a los sujetos participantes.

Si bien lo ideal sería tener claramente acotado cada uno de los tres elementos para comprensivamente cerrar su extensión, a menudo no sucede así. De hecho, algunos materiales normativos, así como escritos de la doctrina, se limitarán a acentuar el significado de uno de tales elementos en detrimento de los demás.

1. *Vertiente instrumental o tecnológica*

Para que un determinado acto o actividad se englobe dentro de la categoría de «comercio electrónico» previamente ha de calificarse de «electrónico»; esto quiere decir que dicho acto se asiente en un procedimiento electrónico de procesamiento y/o transmisión de datos. Se plantea aquí la primera de las cuestiones centrales para acotar la expresión «comercio electrónico»: ¿es suficiente para calificar a un acto como electrónico el que consista simplemente en datos procesados electrónicamente, sin intervenir ningún tipo de transmisión a distancia a través de redes de comunicación? Por ejemplo, la entrega de un disco informático en el que se recogen datos electrónicamente procesados y que reflejan en forma de texto el contenido de una oferta de contrato, ¿es un acto propio del comercio electrónico? Otro ejemplo más próximo sería el siguiente: la entrega de un CD-ROM, junto a una revista de carácter informático que se adquiere en una librería, en el que recogen distintas promociones de *software* y otros productos informáticos ¿se trataría de comercio electrónico?

En mi opinión, y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 15 abril 1997: «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico», COM (97) 157 final, a la que anteriormente se ha hecho referencia, la respuesta debe ser afirmativa. Es decir, basta con que el acto —ya se trate de una oferta contractual, una mera publicidad, y cualquier otra actividad que objetivamente pueda incluirse dentro del concepto de comercio— venga recogido en forma electrónica. Pero además de venir recogido en forma electrónica, el acto que forma parte del comercio electrónico puede ser transmitido también mediante procedimientos electrónicos gracias al empleo de las redes. Ahora bien, de nuevo ha de resaltarse que, si bien un acto puede

venir recogido en forma electrónica y no ser enviado mediante un medio de comunicación a distancia electrónico, si el acto consiste en una transmisión electrónica necesariamente tendrá que ser procesado en forma electrónica previamente para su envío.

Esta primera conclusión, que se localiza en el elemento tecnológico del comercio electrónico, sitúa a Internet en un lugar perfectamente acotado: el de la perspectiva de la transmisión electrónica de datos. Todo ello acentúa aún más la amplitud del ámbito o campo del comercio electrónico desde esta vertiente tecnológica; y reduce a Internet a ser un medio más (si bien el más empleado) que permite la transmisión electrónica de datos, como pueden serlo otras redes de carácter cerrado como EDI. Sin embargo, ha de precisarse que numéricamente los actos pertenecientes al comercio electrónico consisten en su mayor parte en la transmisión electrónica de datos a distancia mediante el empleo de redes; en concreto, de Internet.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que esta conclusión va a chocar directamente con una serie de afirmaciones presentes en algunos autores, e incluso en algún material de cierto carácter normativo, que parecen reducir el comercio electrónico a aquel practicado a través de redes, o lo que es lo mismo: *on line*. De este modo, ha de recordarse que el adjetivo «telemático» no se corresponde con «electrónico», al exigir el primero precisamente una comunicación a distancia consistente en la transmisión de datos en forma electrónica; por lo que más que definir el comercio electrónico parecen definir el comercio telemático. Obviamente, este primer e importante preliminar ha de ponerse en relación directa con la siguiente serie de ideas:

- a) El concepto de documento electrónico o informático; en particular, teniendo presente la normativa comunitaria y nacional que le hacen referencia. Este aspecto será tratado más adelante (vid. *infra*, capítulo sexto, II, C).
- b) La distinción que puede apreciarse entre comercio electrónico e intercambio electrónico de datos en un sentido amplio (EDI), recogidos tanto en la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la CNUDMI, como en el «*Streamlining Procurement Through Electronic Commerce*», *Final Report* de 13 octubre 1994 del «*Federal Electronic Commerce Acquisition Team*» (EEUU). La ausencia de una definición clara de comercio electrónico arranca precisamente de la falta de decisión a la hora de afirmar que un acto recogido en forma informática es comercio electrónico si cumple con el segundo de sus elementos (el objetivo), al

margen que se envíe o no por medios electrónicos. La justificación se encuentra en el hecho de que la denominada Ley Modelo sobre comercio electrónico únicamente está dirigida a regular un tipo específico de actos –desde la perspectiva tecnológica– pertenecientes al comercio electrónico: aquellos que consisten en el intercambio electrónico de datos (en un sentido genérico) o, lo que es lo mismo, la transmisión electrónica de datos o mensajes de datos.

Ley Modelo sobre comercio electrónico y la Guía para su aplicación y problemas respecto al concepto de «mensajes de datos». Relación expresa con la Ley Modelo sobre las firmas electrónicas y el concepto que recoge de comercio electrónico (...). Parece que la Ley Modelo sobre comercio electrónico sólo analiza lo que denomina como «mensajes de datos», que podrían definirse como mensajes electrónicos, con lo que parece sugerir un envío o transmisión obligatorios de tales datos electrónicos. De este modo, podrían distinguirse entre los siguientes conceptos: mensaje de datos (comunicación electrónica a distancia), acto electrónico y documento electrónico (estos últimos simplemente harían referencia a la forma electrónica en que viene recogida una determinada información, es decir, mediante un lenguaje numérico y sin necesidad de venir recogidos en papel). Retomando la cuestión, debe señalarse que la principal duda que se plantea es la de si un «mensaje de datos» requiere obligatoriamente ser enviado, es decir, ser a distancia. La respuesta parece afirmativa desde el momento en que la Ley Modelo sobre comercio electrónico habla de iniciador y destinatario, como principales sujetos involucrados en su desarrollo; además, el punto 7 de la Guía para su aplicación identifica prácticamente «comercio electrónico» y «modernos medios de comunicación» (hecho que reitera en la Guía para la aplicación de la Ley Modelo sobre las firmas electrónicas). Sin embargo, en otros casos parece emplear la expresión «mensaje de datos» con referencia solamente al hecho de que la información venga recogida en forma electrónica, con independencia de su envío; de este modo, en el apartado 17 de la Guía parece que habla de «mensaje de datos» como equivalente a documento electrónico. Acerca del concepto amplio de EDI, cfr. supra, capítulo primero, I, E.

- c) Inmediatamente vinculado con el anterior aspecto, surge el problema de la relación que existe entre los conceptos de comercio electrónico, intercambio electrónico de datos, Internet y la sociedad de la información.

La sociedad de la información es un macro concepto que, como se ha analizado, se asienta sobre todo, además de en otros elementos, en el concepto de redes y de transmisión electrónica de datos a través de estas. La sociedad de la información no se limita a las actividades comerciales, también forman parte de ella actividades de otro tipo, como la educación, las comunicaciones interpersonales, la sanidad, y todo tipo de información que procesada electrónicamente es accesible a través de las redes. Dentro de estas redes, hoy en día –mañana no se sabe– ocupa un lugar privilegiado Internet.

En general, puede afirmarse que todo el conjunto de actividades variadas que tienen lugar a través de Internet pertenecen a la sociedad de la información; algunas de ellas tienen contenido comercial, por lo que pueden calificarse de actos propios del comercio electrónico, y en cuanto practicados a través de Internet también pertenecerán a la esfera de la sociedad de la información.

En cuanto al comercio electrónico, existen actividades que desde la perspectiva tecnológica consisten en la transmisión electrónica de datos de contenido comercial, transmisión de datos que se efectúa a través de redes, y que dentro de éstas destacan los transmitidos vía Internet. Estos actos del comercio electrónico que consisten en la transmisión electrónica de datos a través de redes formarían parte de la sociedad de la información. Pero en el comercio electrónico existen otros actos que se limitan a recoger en forma electrónica determinados contenidos de naturaleza comercial, sin que sean transmitidos mediante procedimientos electrónicos (p. ej., la simple entrega de un CD-ROM, DVD o un disco informático en el que se recogen contenidos publicitarios, o incluso los términos de una auténtica oferta contractual). En estos últimos casos se puede seguir hablando coherentemente de comercio electrónico, pero tales actos no son de naturaleza transmisiva, nada tienen que ver con las redes ni por ello con Internet, y por tanto no podrían calificarse de actividades pertenecientes a la sociedad de la información.

Una vez acotado el elemento tecnológico de la definición de comercio electrónico, ha de ponerse de nuevo énfasis en su importancia. Al margen de su mayor o menor extensión (permitiendo englobar tanto la transmisión electrónica de datos como el mero tratamiento o procesamiento), resulta evidente que su valoración no ha pasado desapercibida en la propia Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. La Guía para su aplicación, por ejemplo, en su apartado 7 ya comentado, realmente está haciendo referencia al elemento tecnológico de la definición del comercio electrónico. Nada prejuzga acerca de su naturaleza comercial o extra comercial, pública o privada, contractual o extra contractual del acto, simplemente trata de conciliar los distintos sistemas de transmisión y tratamiento de datos en forma electrónica como elemento definidor del comercio bien llamado electrónico.

El apartado 7 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico indica: «El título de la Ley Modelo habla de «comercio electrónico». Si bien en el artículo 2 se da una definición de «intercambio electrónico de datos (EDI)», la Ley Modelo no especifica lo que se entiende por «comercio electrónico». Al preparar la Ley Modelo, la Comisión decidió que, al ocuparse del tema que tenía ante sí, se atendería a una

concepción amplia del EDI que abarcara toda una gama de aplicaciones del mismo relacionadas con el comercio que podrían designarse por el amplio término de «comercio electrónico» (véase A/CN.9/360, párrs. 28 y 29), aunque otros términos descriptivos sirvieran igual de bien. Entre los medios de comunicación recogidos en el concepto de «comercio electrónico» cabe citar las siguientes vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas de electrónicas: la comunicación por medio del EDI definida en sentido estricto como la transmisión de datos de una terminal informática a otra efectuada en formato normalizado; la transmisión de mensajes electrónicos utilizando normas patentadas o normas de libre acceso; y la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre, por ejemplo, a través de la INTERNET. Se señaló también que, en algunos casos, la noción de «comercio electrónico» sería utilizada para referirse al empleo de técnicas como el télex y la telecopia o fax». Al respecto, ha de señalarse que la relación entre comercio electrónico (que no queda definido) y EDI (del que da un concepto amplio y otro estricto) es interesante.

Este hecho lo confirma más adelante como se ha indicado, y señala como elemento esencial la generación, archivo o comunicación de mensajes de datos mediante procedimientos electrónicos.

De acuerdo con el apartado 26 de la Guía para la incorporación al Derecho interno de la Ley Modelo sobre comercio electrónico, «la Ley Modelo es aplicable a todos los tipos de mensajes de datos que puedan generarse, archivarse o comunicarse, y nada en la Ley Modelo debería impedir a un Estado que al aplicarla ampliara su alcance a aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, si bien la Ley Modelo no está especialmente concebida para regular las relaciones entre los usuarios del comercio electrónico y las autoridades públicas, ello no quiere decir que la Ley Modelo no sea aplicable a dichas relaciones. En la nota *** se sugieren algunas variantes que podrían utilizar los Estados que al incorporar la Ley Modelo estimen apropiado extender su ámbito de aplicación más allá de la esfera comercial». Mediante estas palabras, los autores de la Ley Modelo parecen destacar que el «comercio electrónico» constituye un macroconcepto que, si bien hace referencia principalmente a relaciones comerciales, no excluye de su contenido otras relaciones no comerciales como pudieran serlo las que median entre los usuarios y las autoridades públicas.

Además, están exagerada la valoración de esta perspectiva (tecnológica) como definitoria del comercio electrónico en la Ley Modelo, que llega a considerar a EDI como una forma de comercio electrónico al igual que el correo electrónico, pareciendo abstraerse en principio de cuál sea el contenido de tales mensajes; esto es, de carácter comercial o no. En el apartado 150 de la Guía se producen contradicciones al admitir como parte del comercio electrónico actividades que no pertenecerían al comercio tradicional o no electrónico; pero sobre todo en este apartado resalta nuevamente la preponderancia del elemento tecnológico al delimitar indirectamente el concepto de comercio electrónico.

También muchos autores optan por privilegiar este elemento como definitorio del comercio electrónico, lo cual en principio comparto decididamente, siempre y cuando se haga al mismo tiempo una referencia obligatoria a su elemento objetivo. De no hacerse así, como se verá más adelante al analizar el elemento objetivo, se llegan a integrar dentro del concepto «comercio electrónico» a un conjunto de actividades no comerciales; de hecho, esta opción viene casi a identificar el concepto de «comercio electrónico» con el genérico de «servicio de la sociedad de la información» de contenido económico.

Por otro lado, resulta interesante señalar distintas actividades comerciales practicadas mediante procedimientos electrónicos consistentes en el procesamiento de datos o en su procesamiento y transmisión a distancia. De este modo, puede apreciarse claramente la variedad de actos que desde la perspectiva tecnológica pueden integrarse en la categoría del comercio electrónico. Por lo que se refiere a las actividades comerciales basadas exclusivamente en el procesamiento electrónico de datos, sin transmisión a distancia a través de redes, estarían los CD-ROM's publicitarios que pueden entregarse con la adquisición mediante el comercio tradicional de una revista de contenido informático.

Respecto a las actividades del comercio electrónico basadas en la transmisión a distancia de datos, resaltar que lo que se lleva a cabo desde Internet es la mayor parte del comercio electrónico, pero no todo, también tiene lugar desde EDI, *Extranet*, etc. La Ley Modelo se limita a regular solamente estos actos de transmisión, y su Guía hace referencia a los medios de comunicación que permiten el procesamiento y transmisión electrónicos de datos que, una vez posean contenido comercial, pueden integrarse en el concepto de comercio electrónico. Así, señala como tales las «vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas», por ejemplo, lo serían: 1) la comunicación por EDI en sentido estricto (es decir, transmitir datos de una terminal informática a otra en formato normalizado); 2) la transmisión de mensajes electrónicos (ya lo sea mediante normas patentadas o normas de libre acceso); 3) la transmisión por vía electrónica de textos de formato libre (p. ej., desde Internet); y, 4) en ocasiones la transmisión desde télex y telecopia o fax.

Por último pueden señalarse actos de comercio electrónico que manejan técnicas mixtas: *off line* y *on line*.

Marini resalta el contenido de la Comunicación de la Comisión europea titulada «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico» COM (97) 157 final, del 15 abril 1997, cuando indica que ha de tenerse en cuenta, «todavía, que en el ámbito del comercio electrónico entran no sólo los intercambios realizados por medio de ordenadores conectados a una red telemática

abierta (como Internet, «Red» por antonomasia), sino también todas las operaciones comerciales que implican el uso de instrumentaciones electrónicas, independientemente de la modalidad y de los procedimientos seguidos. Éste es el caso de la televenta en radiodifusión, de las aplicaciones de la así denominada banda estrecha (videotext o, entre las más destacadas, Minitel), de las aplicaciones sobre las denominadas redes cerradas de tipo «propietario» (como los circuitos bancarios) y también de las denominadas ofertas off-line, realizadas por ejemplo a través de catálogos sobre CD-ROM. Con referencia a esta última figura, es incluso significativo resaltar que Internet está rápidamente dando vida a forma innovativas e híbridas de comercio electrónico, las cuales combinan catálogos en CD-ROM con conexiones en red (para actualizaciones sobre contenidos y precios) y sitios web con extensiones locales en CD-ROM (para demostraciones multimedia que requieren amplia capacidad de memoria)» («Profilo giuridico del commercio elettronico nel Diritto internazionale e comunitario», *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, pp. 330 y ss., n. 6).

En conclusión, hablar de comercio electrónico no conlleva inexorablemente hablar de comercio electrónico a distancia; de igual modo que cuando se habla de comercio tradicional, no se reduce éste al comercio a distancia.

2. *Vertiente objetiva*

La respuesta a la pregunta sobre qué actos o actividades comerciales o económicas (transacciones, comunicaciones y/o intercambios de bienes y servicios) forman parte del comercio electrónico, conformaría esta perspectiva de estudio. Es por ello que se debe analizar si todos los actos que lo integran son de contenido comercial o no, si todos ellos deben estar vinculados de forma directa o indirecta a una actividad contractual, y una vez resueltas las cuestiones anteriores sería necesario señalar algunos ejemplos de actuaciones pertenecientes al comercio electrónico. Es importante recordar que, como ya se ha resaltado previamente, no basta con que el acto sea calificado de electrónico para que se trate de comercio electrónico. Por ejemplo, si un sujeto se limita a enviar un *e-mail* a un amigo cuyo contenido se reduce al mero intercambio de saludos no realiza comercio electrónico. La conclusión parece evidente, y ciertamente lo es; sin embargo, se van a plantear algunos supuestos en los que la duda, al menos, parecerá legítima.

La primera perspectiva de análisis se centra en la necesidad o no de que un acto en forma electrónica posea un contenido comercial para entrar a formar parte de la categoría «comercio electrónico». En definitiva, si se integran en el comercio electrónico sólo los actos comerciales o también tienen cabida otros de naturaleza extra comercial. Previamente a pronunciarse

sobre esta cuestión, es necesario delimitar qué se entiende por «comercial». Esta misma cuestión se planteó, en su momento, cuando se elaboró la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico; resultado de ello fue la inclusión de una nota a pie de página a su artículo 1 (ámbito de aplicación de la Ley), que recoge lo siguiente: «El término «comercial» deberá ser interpretado ampliamente de forma que abarque las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; de «*factoring*»; de arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra («*leasing*»); de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera».

La Guía de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico señala, como ya se ha indicado, que los países destinatarios de esta norma pueden ampliar la citada Ley Modelo a aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico. Esto mismo podría decirse que ha sucedido con los instrumentos normativos de la Unión Europea (dirigido a usuarios y administraciones). Es fundamental reproducir además el modo en que lo dice la propia Guía; es decir, «aplicaciones no comerciales del llamado comercio electrónico», y que ejemplifica precisamente con «las relaciones entre los usuarios del comercio electrónico y las administraciones públicas». En conclusión, la Ley Modelo, pese a contener una definición de «comercial», permite a los Estados ampliar su aplicación a actos electrónicos *extra* comerciales.

En definitiva, si se parte de un concepto tan amplio del comercio electrónico que desborda la estricta parcela comercial se produce una quiebra o choque con el concepto de comercio tradicional. Tanto la Ley Modelo, como la normativa comunitaria e interna de Estados miembros de la Unión Europea como Italia o España, incluyen como parte del comercio electrónico actos *extra* comerciales. Unos por poseer naturaleza pública (relaciones entre las administraciones y los sujetos privados, por ejemplo, en la concesión de un servicio público, o en la realización de concursos o subastas públicas), y otros porque, además de poseer naturaleza pública, ni siquiera se refieren directamente a actividades comerciales (p. ej., la declaración de impuestos,

así como otras gestiones burocráticas entre los administrados y las administraciones). Esta es la razón por la que, de nuevo, algunas definiciones del comercio electrónico deben calificarse de insuficientes, por restringirse exclusivamente a los actos de empresa.

Con una cierta finalidad conciliadora, algún autor parece intentar distinguir entre «mercado electrónico» y «comercio electrónico». El primero se correspondería exactamente con los actos que objetivamente desde la perspectiva tradicional pueden calificarse de comerciales. En cambio, cuando hace referencia a la expresión «comercio electrónico» le dota de un significado nuevo y especializado, y por ello desvinculado de los significados individuales de los términos que lo componen; esto es, comercio y electrónico. En definitiva, desde la perspectiva objetiva incluye como actos del comercio electrónico actividades que no pertenecerían al comercio tradicional (cfr. Clemente Meoro, «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho patrimonial*, 2000-1, nº 4, p. 60).

De acuerdo con la anterior premisa, si como actos del comercio electrónico se van a incluir actos de contenido *extra* comercial, obviamente el comercio electrónico no se circunscribe exclusivamente al conjunto de actuaciones de carácter electrónico que rodean al fenómeno general de la contratación privada. Pese a ello, todos estos últimos pertenecen por su propia esencia al comercio, y en particular al comercio electrónico. Es por ello que el comercio electrónico incluirá todas las posibles actuaciones electrónicas previas, contemporáneas o posteriores a la conclusión y ejecución de un contrato; e independientemente de si éste venga concluido, sea ejecutado o resulte incumplido. Esta misma conclusión debe aplicarse, asimismo, a la contratación pública efectuada mediante procedimientos electrónicos.

Por otro lado, a los efectos de ejemplificar qué actos pertenecen al comercio electrónico, teniendo sobre todo en cuenta esta perspectiva objetiva, es fundamental tener presente la Comunicación de la Comisión europea, «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico», de 16 abril 1997, COM (97) 157 final. Su apartado 5 señala que «el comercio electrónico puede definirse como el desarrollo de actividades comerciales por vía electrónica. Se basa en el procesamiento y transmisión electrónicos de datos, incluidos texto, sonido y vídeo. Abarca muchas actividades distintas como la comercialización de bienes y servicios por vía electrónica; la distribución *on line* de contenidos digitales; la realización por vía electrónica de diversas operaciones como la transferencia de fondos, la compraventa de acciones mercantiles, la emisión de fletes de embarque, las subastas comerciales, diseño e ingeniería en colaboración, recursos *on line*, gestión pública, *marketing* directo al consumidor y servicio postventa. Implica a la vez productos (por

ejemplo, bienes de consumo, equipos médicos especializados) y servicios (por ejemplo, servicios informativos, servicios financieros y legales); actividades de tipo tradicional (por ejemplo, sanidad, educación) y de nuevo tipo (por ejemplo, centros comerciales virtuales)».

Finalmente, es sumamente expresiva, a tal fin, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, «Libro Blanco del comercio», de 27 de enero de 1999, COM (99), 6 final, cuando señala que «el comercio electrónico cubre todo tipo de negocio, transacción administrativa o intercambio de información que utilice cualquier tecnología de la información y las comunicaciones. Desde la perspectiva empresarial, va desde la simple compra diaria hasta los complejos sistemas que completan el ciclo comercial. Desde la perspectiva organizativa, permite operaciones continuas de comerciantes con consumidores, de comerciantes entre sí y de comerciantes con el sector público. Además, hace que surjan formas innovadoras de cooperación entre empresas que les ayudarán a enfrentarse con éxito a los retos de la mundialización».

3. *Vertiente subjetiva*

Como ya se ha indicado, el elemento subjetivo no resulta tan definitivo como los dos anteriores a la hora de delimitar el concepto y extensión del comercio electrónico. No obstante, debe destacarse la auténtica evolución que aporta Internet al comercio electrónico desde su perspectiva subjetiva, generalizando su práctica a todos los colectivos. Asimismo, si bien inicialmente el comercio electrónico practicado desde Internet se dirigía a los consumidores, con posterioridad se produce un predominio del comercio electrónico en Internet practicado entre profesionales.

De este modo, actualmente puede afirmarse que en todo este conjunto variado de actividades económicas realizadas mediante procedimientos electrónicos intervienen una pluralidad de sujetos de muy distinta naturaleza: profesionales, empresarios y/o comerciantes; particulares y consumidores; e incluso las administraciones públicas. De acuerdo con las distintas combinaciones de estos sujetos en la relación de comercio electrónico, éste puede ser calificado de: B2B [entre profesionales], B2C [entre profesionales y consumidores], C2C (P2P) [entre particulares no profesionales], B2A [entre profesionales y las Administraciones Públicas] y C2A [entre consumidores o particulares y las Administraciones Públicas].

Existe una clara interacción entre las vertientes objetiva y subjetiva del comercio electrónico. Precisamente la amplitud de los actos valorados objetivamente como pertenecientes al comercio electrónico permite incluir las relaciones B2A y C2A como propias del comercio electrónico. Esta misma interrelación entre los elementos objetivo y subjetivo se presenta dentro la normativa de la Unión Europea en otros campos, cuyo ejemplo más interesante en este momento es el del concepto de consumidor. En este contexto comunitario, la misma definición de consumidor es elaborada desde esta doble perspectiva; centrándose más en la práctica, el problema se plantea con actividades económicas que realizan los particulares entre sí, pero que no pueden estrictamente definirse ni como actos de comercio, ni como actos de consumo.

D. Comercio electrónico e Internet

Como ya se ha podido percibir, no todo lo que se realiza a través de Internet es comercio electrónico, ni todo el comercio electrónico se realiza desde Internet. No sólo eso, sino que el comercio electrónico puede efectuarse mediante el empleo de ordenadores o sin ellos; a distancia o no; en red o fuera de red; y si se hace en red puede ejercerse a través de la red abierta por excelencia: Internet, o mediante redes cerradas. La idea de la comunicación en red sobre la que se asienta Internet había sido ya iniciada antes por EDI. El comercio electrónico ya existía en B2B con EDI antes de la llegada de Internet.

Asimismo, a través Internet se realizan una multitud de actividades de naturaleza varia diferentes al comercio electrónico: actividades de simple intercomunicación, actividades gratuitas de información, etc. Es evidente que, pese a las matizaciones anteriores, hoy en día Internet representa el futuro del comercio electrónico, en cuanto medio de comunicación universal, global y abierto, que tiende a hacerse disponible a todas las colectividades. Internet juega en la sociedad de la información un papel crucial, precisamente por las características indicadas, y teniendo presente que esta sociedad de la información se asienta en las redes como elemento definitorio. Uno más de los servicios de la sociedad de la información es el comercio electrónico practicado en red. Pero se debe recordar que no todo el comercio electrónico se practica *on line*, también puede efectuarse *off line*; este último no pertenecería a la sociedad de la información.

En síntesis, Internet no es el único medio por el que se desliza la sociedad de la información, ni tampoco es el único instrumento desde el cual se practica el comercio electrónico. Pese a todo, numéricamente se está com-

probando que tanto la sociedad de la información como el comercio electrónico deben casi unánimemente sus avances a Internet.

Tal es así, que algún autor prefiere distinguir dos conceptos de comercio electrónico: uno amplio y otro estricto; sin embargo, el matiz distintivo no se centra en el carácter comercial o extracomercial del acto, sino en su realización a través de Internet (estricto) o mediante otros procedimientos electrónicos como, por ejemplo, los servicios de *teleshopping* o de vídeo a la carta. Lo que en última instancia resalta la importancia de Internet (cfr. SARZANA DI S. IPPOLITO, «Approvata la direttiva sul commercio elettronico», *Il Corriere Giuridico*, 2000, pp. 1289 y 1290).

Muchas han sido las cualidades que se han resaltado de Internet para hacerlo convertirse en el instrumento más idóneo para el ejercicio del comercio electrónico, entre otras, las siguientes:

- a) La peculiar modalidad técnica de presentación de bienes y servicios (el servicio hipertextual *world wide web* [www]) que permite la conversión de los sitios comerciales en auténticos escaparates telemáticos en los que, además, es posible perfeccionar una auténtica relación contractual.
- b) El particular modo de comunicación (transmisión telemática mediante los protocolos técnicos de Internet) que convierten a Internet en la red abierta por excelencia, accesible a cualquier usuario sin importar su condición, ni el lugar físico en que se sitúe.
- c) Permitir una comunicación en ambos sentidos, dotada de un alto carácter interactivo.

E. Posibles clasificaciones del comercio electrónico

Una primera clasificación se encuentra recogida expresamente en la Comunicación de la Comisión de 15 abril 1997, titulada: «Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico», COM (97), 157, y distingue entre comercio electrónico directo o indirecto, dependiendo de si la ordenación, el envío y el pago del bien o servicio contratados son efectuados enteramente en forma electrónica o no, respectivamente. Esta distinción resulta compartida por la doctrina.

Otra clasificación diferencia entre comercio electrónico tradicional y comercio electrónico vía Internet, por lo que se pone énfasis en este caso en el fenómeno específicamente asentado en Internet, al mismo tiempo que se respeta el uso del término «comercio electrónico» también para otro tipo de actividades comerciales que se practican de forma electrónica por otras vías, como, por ejemplo, EDI.

Adoptando una perspectiva subjetiva, la doctrina distingue entre comercio electrónico practicado entre empresarios (B2B o *B to B*), entre particulares (C2C, *C to C*), o con consumidores (B2C o *B to C*). Esta diferenciación es relevante ya que, como se verá, determinará la aplicación de un régimen jurídico u otro. Podría añadirse también a las indicadas, las relaciones entre las empresas y la administración, o entre ésta última y sus administrados.

Precisamente teniendo en cuenta este último aspecto, es decir, la presencia de la administración, podría diferenciarse entre un comercio electrónico privado y un comercio electrónico público. El primero haría referencia a las genéricas relaciones entre empresarios, entre particulares o entre un consumidor y un empresario; es decir, a las relaciones entre sujetos privados. Por el contrario, este denominado comercio electrónico público comprendería las relaciones de la administración con los particulares, las empresas, así como sus relaciones internas. En el fondo, como se aprecia claramente, la presente clasificación se asienta en la amplia extensión concedida por gran parte de la doctrina –y recogida en un importante número de instrumentos jurídicos– al término «comercio». Por esta razón podría hablarse de un comercio electrónico estrictamente comercial frente a otro comercio electrónico concebido en un sentido muy amplio.

Por último, podrían señalarse otras clasificaciones que poseen una relevancia menor, debido al carácter limitado de los supuestos que contemplan. Así, podría hablarse de un comercio electrónico en red (*on line*) o no (*off line*), en cuanto la entrega de un CD-ROM, por ejemplo, a cambio de un precio podría representar comercio electrónico; y comercio electrónico a distancia o no, dependiendo del hecho de si las partes que se encuentran comunicadas *on line* no están presentes físicamente, o sí lo están. Sobre estas dos posibles clasificaciones se volverá más adelante cuando se analice ya específicamente el concepto de contrato concluido desde Internet.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

Antes de nada, es interesante señalar por qué se analiza aquí esta cuestión. La respuesta es simple, precisamente porque se va a evidenciar que servicios de la sociedad de la información, sociedad de la información y actividades integradas dentro del concepto de comercio electrónico no tienen por qué coincidir.

Como su nombre indica, la Directiva 2000/31/CE hace referencia a lo que denomina «comercio electrónico». Por ello, es esencial localizar qué tipo de actos son regulados por su articulado; así como qué otras actividades se encuentran excluidas de su regulación. Esta norma se sitúa en un contexto normativo comunitario previo que tiene como trasfondo la «sociedad de la información», y, dentro de las distintas vertientes que esta sociedad presenta, regula específicamente la relativa al comercio electrónico.

En primer lugar, ha de señalarse que restringe su ámbito de aplicación a lo que califica, en su artículo 2. a), como «servicios de la sociedad de la información», para cuya definición se remite al apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE. A tenor de dicho precepto, por «servicio de la sociedad de la información» ha de entenderse «todo servicio prestado normalmente a cambio de remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios». A su vez, la Directiva 98/48/CE aclara los elementos principales de la definición precedente, de forma que se entenderá por:

- «A distancia»: un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente. De este modo, son excluidos como servicios de la sociedad de la información las actividades que, por su propia naturaleza, no pueden realizarse a distancia ni por medios electrónicos, tales como el control legal de la contabilidad de las empresas o el asesoramiento médico que requiere el reconocimiento físico de un paciente.
- «Por vía electrónica»: un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético. Ha de indicarse que, en su anexo V, excluye como «servicios de la sociedad de la información», entre otros, a los servicios de telefonía vocal, de fax y de télex, al no ser prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos.
- «A petición individual de un destinatario de servicios»: un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual. El *Considerando* 18 de la Directiva sobre comercio electrónico excluye como servicios de la sociedad de la información, por carecer de esta característica, a la radiodifusión televisiva y la radiodifusión telefónica.

Antes de continuar con el análisis del ámbito objetivo de la Directiva, ha de realizarse una previa reflexión. Como se aprecia, se está hablando en todo momento de «servicio de la sociedad de la información», y no de acto de comercio electrónico. En principio, cabe suponer que esta perspectiva adoptada responde a un planteamiento preliminar, para luego pasar a centrarse ya acerca de la regulación de específicos aspectos del comercio electrónico. Ahora bien, como se ha advertido en su lugar respecto al concepto de comercio electrónico, queda la duda omnipresente de hasta qué punto deba abarcar este tipo de comercio actividades extracomerciales. Se ha indicado que la respuesta a la cuestión era mayoritariamente afirmativa. Entonces, es ahora donde surge de nuevo el tema, justo cuando la Unión Europea matiza a través de sus directivas las características definitorias de tales servicios de la sociedad de la información, entre las que se halla la de tratarse de un servicio normalmente prestado a cambio de remuneración. La segunda cuestión que se plantea –dentro ya del comercio electrónico– es si la Directiva se centra en el comercio practicado sólo desde Internet o abarca también al operado desde otros medios electrónicos, así como el hecho de circunscribirse exclusivamente o no al comercio electrónico operado a distancia. La última de las cuestiones se resuelve directamente mediante la remisión que efectúa al concepto de «servicios de la sociedad de la información» y sus características recogido en sus predecesoras directivas, requisitos que se han reproducido anteriormente.

Por lo que se refiere al primero de los interrogantes suscitados, creo que el porqué se localiza en el mismo problema que se planteó respecto a la vertiente objetiva del comercio electrónico, y su relación con otros servicios de la sociedad de la información y la actividad económica en general. En síntesis, puede afirmarse que si se paga por el teletrabajo, por la información suministrada por los periódicos electrónicos o por la teleeducación se habrá pasado ya al ámbito propio del comercio electrónico y de sus específicos servicios. Pero las directivas señaladas, cuando fijan entre las características de los servicios de la sociedad de la información el de ser normalmente retribuidos, se circunscriben realmente a aquellos servicios propios del comercio electrónico, y no de la teleeducación, la información electrónica, etc. Todo el problema se debe al hecho de que parecen mezclarse los conceptos de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. En definitiva, vuelve a plantearse el dilema de que no todo el comercio electrónico se engloba en la sociedad de la información, ni la sociedad de la información –ni sus servicios– se reducen a comercio electrónico.

Dejando de momento a un lado la reflexión anterior, lo importante de este análisis es ubicar la contratación operada desde Internet. En principio, este tipo de contratación se integra dentro del concepto de comercio electrónico y, además, representa un ejemplo de servicio de la sociedad de la información tal y cómo se concibe en la normativa de la Unión Europea; es decir, servicio normalmente prestado a cambio de remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. No obstante, de nuevo ha de resaltarse que algunas actuaciones que forman parte del comercio electrónico no coinciden con la delimitación que realizan tales directivas, incluso a veces están expresamente excluidas de esta definición restrictiva de servicio de la sociedad de la información. Así sucede, por ejemplo, con la entrega física de un CD-ROM que recoge una oferta contractual o la contratación electrónica operada sin que las partes se hallen a distancia.

Retomando la perspectiva estrictamente contractual, como se puede apreciar claramente del concepto legal de «servicio de la sociedad de la información» precedente, en ningún momento hace referencia a los términos «contrato», «contratar» o similares. Prefiere optar por el empleo de «servicios» en general. Ello es así, porque el ámbito objetivo de aplicación de la presente Directiva es más amplio que el de la estricta contratación electrónica.

Ahora bien, de todas las posibilidades que permite la red para la conclusión de un contrato (desde una página *web*, por correo electrónico, *chat*, etc.), siguiendo esta definición de «servicios», todas estarían *a priori* reguladas por esta Directiva. Pero esto no sucede así, y para llegar a esta conclusión, además de analizar conjuntamente todo su articulado, es preciso acudir a sus *Considerando* previos, y en especial al 18. En su contenido se aprecia claramente que la Directiva sobre comercio electrónico a la hora de calificar los servicios como auténticos «servicios de la sociedad de la información» está pensando principalmente, aunque no de forma exclusiva, en un tipo de actividad: la que se lleva a cabo en red de forma masiva y que está prestada por profesionales.

De esta manera formarían parte de su ámbito de aplicación:

- 1.º Las venta de bienes y otros contratos de prestación de servicios que se desarrollan en línea entre profesionales o dirigidos por éstos al público en general.
- 2.º Algunos servicios no remunerados en línea, como son:
 - Ofrecer información o comunicaciones comerciales.

- Los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.
- 3.º También es un servicio transmitir información a través de una red de comunicación o albergar la información facilitada por el destinatario del servicio (servicios de comunicación electrónica).
- 4.º Asimismo, forman parte del concepto «servicio» el envío de vídeos a la carta o el envío –empleando correo electrónico– de comunicaciones comerciales.

En definitiva, están reguladas por la Directiva:

- El conjunto de actividades precontractuales varias (información general, comunicaciones comerciales, invitaciones a realizar ofertas y ofertas contractuales) que se lleva a cabo desde una página web (instrumento por excelencia que permite las actividades en línea o *on line*) y están dirigidas al público en general.
- Otra serie de actividades que se ofrecen desde una página web también al público en general y de forma no remunerada (p. ej., simple información accesible y/o descargable sobre los más variados temas, o los servicios que ofrecen gratuitamente los buscadores o motores de búsqueda [p. ej., Yahoo, Google, etc.], o el *software* que gratuitamente ofrece un prestador de servicios).
- También es un servicio de la sociedad de la información y como tal regulada por la Directiva el empleo del correo electrónico por los profesionales con una finalidad contractual directa (p. ej., el envío de ofertas contractuales o de los productos en soporte electrónico previamente adquiridos) o indirecta (p. ej., el envío de comunicaciones comerciales).
- Es un servicio de la sociedad de la información, asimismo, el servicio directamente dirigido a facilitar el acceso a la red y/o albergar hipotéticos contenidos del destinatario.

Ahora bien, la regulación que recoge la Directiva en sus preceptos hace referencia –en la materia que interesa a este estudio– a los siguientes distintos aspectos: la información general que exige en relación a los datos identificativos de todo prestador de servicios y acerca del precio de sus servicios, si existiese; las comunicaciones comerciales; y los contratos por vía electrónica. Es conveniente aplicar los principios de esta Directiva a los distintos instrumentos con los que puede, en su caso, perfeccionarse un contrato en la red.

No obstante, ha de resaltarse que en esta operación no se tienen en cuenta las circunstancias personales de las partes contratantes. Ello alterará muchas de estas conclusiones.

- a) *Web*: El prestador –ya se trate de un profesional o de un particular– de todo servicio accesible al público en general a través de una página *web* –ya esté relacionado con el fenómeno contractual o no, sin importar que esté remunerado– deberá cumplir con la información exigida en el artículo 5.1 (datos identificativos del prestador del servicio), y si además estos servicios son remunerados, informará acerca de sus precios de acuerdo con el artículo 5.2 (exigencia de claridad e indicación de si en el precio se incluyen o no impuestos y/o gastos de envío). Si el servicio que ofrece la *web* está dirigido al fenómeno contractual, deberá cumplir además con las exigencias de la Directiva en materia de «comunicaciones comerciales» (arts. 6-8 de la Directiva y arts. 19-22 de la Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que traspone dicha directiva a nuestro país, vid. *infra*, capítulo sexto, I, C) y «contratos por vía electrónica» (arts. 9-11 de la Directiva y arts. 23-29 de la Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico).
- b) *Correo electrónico*: Cuando el prestador del servicio –en este caso sólo el profesional– emplee el correo electrónico para llevar a cabo actividades vinculadas al fenómeno contractual (comunicaciones comerciales, invitaciones a realizar ofertas, ofertas) deberá cumplir con la información general exigida en el artículo 5, y además con las normas específicas en materia de «comunicaciones comerciales» y contratos electrónicos. Al respecto, debe resaltarse expresamente la afirmación del *Considerando* 18 de la Directiva sobre esta materia, cuando dice: «el uso del correo electrónico o, por ejemplo, de sistemas equivalentes de comunicación entre individuos, por parte de personas físicas que actúan fuera de su profesión, negocio o actividad profesional, incluso cuando los usan para celebrar contratos entre sí, no constituyen un servicio de la sociedad de la información». No se dice nada expresamente en la Directiva respecto al empleo de *chat*, videoconferencia o subasta electrónica como modos de llevar a cabo la conclusión de contratos en la red. No obstante, su régimen puede inferirse de las anteriores conclusiones.
- c) *Chat* y videoconferencia: Estos instrumentos, si pudiesen ser empleados desde una página *web* o de un modo análogo que permitiese un acceso

al público en general, tendrían el mismo régimen indicado para el uso de la página *web*. En caso contrario, en cuanto que sólo permitiesen una comunicación individual, únicamente si la otra parte es un profesional se aplicará el régimen que se ha indicado para el correo electrónico.

- d) Subasta electrónica: La subasta electrónica suele ser uno más de los servicios gratuitos que pueden ofrecer los buscadores o motores de búsqueda, por lo que se le aplicaría el contenido del artículo 5 relativo a la información general exigida al prestador de servicios y, en su caso, a los precios. Si la subasta fuese llevada a cabo entre particulares, su regulación quedaría al margen de la presente Directiva.

Finalmente, ha de indicarse que la Directiva sobre comercio electrónico lleva a cabo la exclusión de su ámbito objetivo de aplicación de una serie de actividades. Así, y pese a considerarlos como «servicios de la sociedad de la información», establece que la Directiva (art. 1.5.d) no se aplicará a:

- las actividades de los notarios o profesionales equivalentes, en la medida en que impliquen una conexión directa y específica con el ejercicio de la autoridad pública,
- la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales,
- las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario incluidas loterías y apuestas.

La Directiva tampoco se aplica:

- en materia de fiscalidad (art. 1.5.a);
- ni a cuestiones relacionadas con servicios de la sociedad de la información incluidas en las Directivas 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y 97/66/CE, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones. Debe actualizarse este mandato, teniendo en cuenta que la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas ha derogado y sustituido a la Directiva 97/66/CE;
- ni a cuestiones relacionadas con acuerdos o prácticas que se rijan por la legislación sobre carteles.

Interesa también indicar que la Directiva sobre comercio electrónico está dirigida al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros (art. 1.1). Esto provoca dos consecuencias, por un lado, se tratarán de aproximar las disposiciones nacionales aplicables al respecto (art. 1.2); y por otro, la Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia (art. 1.4). La Directiva continúa afirmando que, en cuanto a su ámbito de aplicación, tratará de alcanzar sus objetivos sin reducir el nivel de protección de la salud pública y de los intereses de los consumidores (art. 1.3), ni mermar el respeto de la diversidad cultural y lingüística propias de la Comunidad, ni su pluralismo (art. 1.6).

Concepto, validez y clasificación de los contratos vía internet

Un problema importante y previo al estudio general sobre la contratación concluida a través de Internet es precisamente la terminología a emplear, a los efectos de intentar cumplir con la máxima claridad y eficiencia expositiva que el tema exige. La justificación básica de este análisis estático del contrato a través de Internet, que realiza el presente capítulo, se asienta en la patente y extrema tecnicidad de gran parte de los términos a él vinculados.

Esta última característica se debe fundamentalmente a un doble origen. El primero, lógicamente tiene que ver con la revolución electrónica operada durante los últimos años, fuente de todo el fenómeno; por ello, no es de extrañar el empleo de calificativos como informático, telemático y, por supuesto, electrónico; al margen de otros que, por no considerarlos necesarios al objeto del presente estudio, tratarán de ser obviados. La segunda causa se asienta en el inevitable carácter inquieto y fugaz del funcionamiento del mercado y de la economía en general, que, por supuesto, no va a esperar a que el Derecho le dé su consentimiento para entrar en escena. De este modo, existen un buen número de conceptos y términos de profundo contenido económico, que se suman al ya en sí nutrido vocabulario técnico específico. En definitiva, el Derecho no puede hacer otra cosa que «juridificar» lo que la economía y la tecnología ya ha llevado a la práctica; es decir, aquello que ya es tangible y que, por supuesto, dará lugar a problemas y conflictos entre los sujetos implicados. Ésta es, ha sido y será la función del Derecho: regular situaciones jurídicas conflictivas asentadas en previas relaciones económicas, sociales y técnicas.

I. CONCEPTO DE CONTRATO REALIZADO A TRAVÉS DE INTERNET

A. Distinción frente a otras denominaciones

No cabe duda que, a menudo, existe cierta imprecisión en el empleo de todos estos términos, o, más que ello, una falta de uniformidad en el uso

de estas expresiones contractuales. Pero esto tiene lugar no sólo respecto a los distintos tipos de contratos, sino que, en general, es una característica común a toda la literatura jurídica que se produce en torno a la revolución tecnológica e informática de los últimos años. De este modo, así como es usual emplear como sinónimos contrato telemático y electrónico, también lo es la utilización equivalente de comercio electrónico, telemático, *on line* o *e-commerce*, por ejemplo. A menudo, se entremezclan distintos calificativos en pocas páginas de una misma obra, sin detenerse el autor a señalar las posibles diferencias. Pese a que algún jurista trata de detenerse en alguna distinción de las expresiones usadas, el hecho es que en general existe un empleo de todos ellos como sinónimos.

Por mi parte, insisto en que la diferenciación que se practicará a continuación es una opción más, de igual modo que lo es el empleo de los mismos como sinónimos. Desde esta perspectiva, se van a analizar los siguientes calificativos asociados a contrato: informático, electrónico, telemático, *on line* y digital. Todos ellos, salvo el denominado contrato informático, se encuentran en una relación más o menos concéntrica. Es decir, el más amplio de ellos, que englobaría a los restantes por su mayor especificidad, sería el de contrato electrónico; y así sucesivamente respetándose el orden en que han sido enunciados.

1. Contrato informático

Es evidente que la informática ha influido en los últimos años sobre diferentes frentes del Derecho, entre ellos el de la contratación, hasta llegarse a emplear la expresión «contratación informatizada». Inicialmente resultaba usual el empleo de la expresión «contrato informático» para referirse a aquel tipo de contratación en el que el objeto está representado por un bien o servicio de carácter informático. En cuanto al tipo contractual en sí mismo no resulta tan relevante, pudiendo tratarse de compraventas, arrendamientos, así como de otras figuras nuevas nacidas de la práctica más reciente. Por lo que respecta al objeto del contrato, podría tratarse de bienes —tanto de *hardware* como de *software*— o de servicios.

Sin embargo, pronto aparecieron autores que se centraron en distinguir entre contrato informático y contrato con objeto informático o contrato de informática. Este último se correspondería con el descrito en el párrafo precedente; en cuanto al primero, denominan como tal al contrato que se ha perfeccionado mediante la ayuda de medios informáticos. Por otra parte, existe otro sector de la doctrina que prefiere mantener el significado origi-

nal asignado al «contrato informático» —es decir, en cuanto poseedores de un objeto informático—, y decide calificar de «contrato electrónico» a aquél cuya conclusión se ha operado gracias a la intervención de procedimientos informáticos u otros medios electrónicos. Esta opción será la escogida en este trabajo, de modo que cuando se hable de contrato informático se hará referencia a aquel cuyo objeto es de naturaleza informática, por lo que se respeta el origen histórico de la denominación «contrato informático».

Existe otra cuestión que continúa abierta una vez adoptada esta perspectiva, es la de perfilar la auténtica definición de contrato informático en atención a su objeto cuando se trate de un bien. Caben varias acepciones: 1) Aplicarla genéricamente al que tenga por objeto un bien informático, sea de naturaleza material o inmaterial (p. ej., la compra de un ordenador sería un contrato informático). 2) Reducirla al que tenga por objeto un bien informático inmaterial (p. ej., la compra de un programa sería un contrato informático). 3) Restringirla más aún, para emplearla respecto a aquel contrato que, practicado por vía electrónica (p. ej., a través de Internet), posee un objeto informático de carácter inmaterial; con lo que es posible su consignación a través de la red (la compra de un programa informático que es recibido vía Internet es un contrato informático). Sin detenerme más al respecto, me referiré al contrato informático de acuerdo con la primera de las acepciones.

2. *Contrato electrónico*

Del anterior análisis —acerca del contrato informático— se deduce que se ha reservado la expresión «contrato electrónico» para referirse a aquel conjunto de contratos para cuya conclusión se emplean medios o procedimientos electrónicos. Pese a la aparente claridad de la definición, ha de hacerse referencia al menos a tres cuestiones respecto al calificativo «electrónico» aplicado a un contrato. En primer lugar, cabría plantearse si cuando se habla de «procedimientos informáticos» sería lo mismo que decir medios o «procedimientos electrónicos». La segunda de las cuestiones es la de si cabe ofrecer otra acepción del significado de la expresión, de acuerdo a la cual por «contrato electrónico» se haría referencia al «contrato propio del comercio electrónico». Es decir, sencillamente se trataría de poner en relación todo lo analizado hasta el momento en otros epígrafes acerca del concepto y extensión del «comercio electrónico», para concluir afirmando que cuando se contrate en el ámbito de dicho comercio se dará nacimiento a un contrato electrónico. Finalmente, la tercera de las cuestiones surge en relación a si

debe entenderse por contrato electrónico necesariamente un «contrato concluido a distancia».

Respecto a esta última puede ya responderse afirmando que una cosa no tiene por qué conllevar la otra. Es decir, existen contratos perfeccionados mediante procedimientos electrónicos entre partes que se encuentran físicamente presentes (p. ej., la contratación de bienes en una tienda mediante un catálogo electrónico o la compra de unos billetes de avión en una agencia de viajes estando presentes físicamente el cliente y el profesional o su empleado), y, por el contrario, otros contratos electrónicos se concluyen a distancia. A este último tipo de contrato se le aplicará la específica denominación de «contrato telemático». Además podría, incluso, hablarse de «contrato recogido en forma electrónica», pese a que su conclusión haya sido operada previamente mediante un intercambio verbal de la oferta y la aceptación entre partes físicamente presentes. De todos modos, cuando para la perfección de un contrato se recurre a técnicas electrónicas, normalmente es porque ésta tiene lugar entre partes que no se hallan físicamente presentes.

En cuanto al primer tema, el hecho es que cuando se habla de «procedimientos electrónicos» se está haciendo referencia a un fenómeno más amplio que el correspondiente a los «medios informáticos». De este modo, los últimos se englobarían dentro de la categoría medios electrónicos, en la que además de integrarse, por ejemplo, la comunicación entre ordenadores, también estarían presentes otros medios como el fax o el télex. Teniendo en cuenta esta matización, algún autor sostiene que es preferible restringir el calificativo «contrato electrónico» solamente a los que se perfeccionen mediante ordenadores –es decir, a través de medios informáticos–; pero incluso va más allá y exige además que la comunicación sea a distancia.

Para continuar con el análisis, es importante traer a colación la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico. Dicha norma emplea exclusivamente el calificativo contrato o contratación electrónica en sus *Considerando* 34, 35, 36, 37 y 38, así como en el artículo 1.2 (*Objeto y ámbito de aplicación de la Directiva*) y de forma especial en la Sección 3^a del Capítulo II (*Principios*), que lleva por título: *Contratos por vía electrónica*, y comprende los artículos 9-11. No obstante, en el artículo 2, titulado *Definiciones* no recoge precisamente la de «contrato por vía electrónica».

En cambio, la Ley española 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que traspone la Directiva 2000/31/CE, además de emplear exclusivamente la expresión «contra-

to o contratación electrónica» de forma reiterada, también va a definirla en su Anexo. En este último, es fundamental poner en relación sus apartados a) y h). El apartado h) recoge el concepto de «contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico», entendiendo por tal «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones». Se ha indicado la importancia del apartado a) del Anexo de la Ley española, y es así porque la contratación operada por fax o télex parece quedar excluida de la regulación sobre contratos electrónicos, no por no celebrarse a través de procedimientos electrónicos, sino porque la comunicación por estos medios no constituye un «servicio de la sociedad de la información». De esta forma, puede afirmarse que se restringe a los efectos de la presente ley el concepto que de por sí habría que dar de «contrato electrónico», y que incluiría al perfeccionado por fax o télex.

La opción adoptada por la Ley española 34/2002 es consecuencia de la aplicación de las directivas comunitarias vigentes sobre la materia. En particular, todo arranca del concepto de «servicio de la sociedad de la información», que la Directiva 2000/31/CE –por medio de su artículo 2, a)– remite al que recoge el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE modificada por la Directiva 98/48/CE que, a su vez, se remite a su Anexo V, en el que se recoge una lista indicativa de servicios que no tendrán la consideración de «servicios de la sociedad de la información». Así no serán tales, los «servicios no prestados por medio de sistemas electrónicos de tratamiento o almacenamiento de datos», como pueden ser: a) servicios de telefonía vocal; b) servicios de fax y télex; c) servicios prestados por medio de telefonía vocal o fax; d) consulta médica por teléfono o fax; e) consulta jurídica por teléfono o fax; f) marketing directo por teléfono o fax».

En conclusión, parece que el adjetivo «electrónico» finalmente reduce su aplicación a la existencia de tratamiento o almacenamiento de datos; y que esto no lo hace ni el fax ni el télex. Pero ello no quiere decir que no sean medios de comunicación electrónicos, por lo que en sentido genérico también ellos serían contratos electrónicos. En el presente estudio no se plantearán problemas sobre la aplicación de esta normativa, ya que se centrará específicamente sobre la «contratación vía Internet»; sin embargo, quedaría alguna duda acerca del régimen jurídico español aplicable a los contratos perfeccionados vía télex o fax después de la entrada en vigor de la citada Ley 34/2002. Es en esta materia en donde debe tenerse presente la *Disposición adicional*

cuarta, apartados uno y dos, que fija de forma homogénea para la contratación civil y mercantil el momento de nacimiento de los contratos concluidos a través de «dispositivos automáticos».

Asimismo, me manifiesto, en principio, en desacuerdo por lo que se refiere a concebir el contrato electrónico como aquél que tiene lugar en el seno del comercio electrónico. Por un lado, debido a los problemas que ha planteado, plantea y planteará el concepto de «comercio electrónico»; por lo que estos mismos problemas se trasladarían a esta acepción contractual. Por otro, un contrato sobre comercio electrónico podría concluirse mediante una contratación típica, entre partes presentes físicamente y tras meses de negociación; baste pensar, por ejemplo, en la adquisición de una empresa explotadora de recursos vía Internet. Es decir, de nuevo se caería en el empleo del calificativo –en este caso, contrato de comercio electrónico– exclusivamente teniendo en cuenta su objeto material.

3. *Contrato telemático*

Todo contrato electrónico cuya perfección es operada a distancia recibe la calificación de «contrato telemático». En cuanto al adjetivo «telemático», indicar que es el resultado de la contracción semántica de los términos de «telecomunicaciones» e «informática»; y serían ejemplos de contratos telemáticos los concluidos mediante el empleo de Internet o *Intranet* entre partes físicamente distantes. Sobre esta figura no importa tanto detenerse acerca de la determinación del momento exacto de la aparición de la telemática, sino, de nuevo, poner el énfasis en la duda de si es apropiado incluir todas las técnicas electrónicas (no sólo informáticas) de comunicación a distancia para la calificación del contrato como «telemático». En este caso, considero que el adjetivo telemático se circunscribe al empleo de medios de procesamiento de datos y al envío de estos datos directamente, siendo accesibles sus contenidos sin necesidad de ser reproducidos sobre papel, por lo que no lo serían ni los concluidos vía télex ni mediante fax.

4. *Contrato on line*

Pueden señalarse dos acepciones distintas respecto a este tipo de contratos. La primera, más genérica, entendería por contrato *on line* todo aquel cuya perfección ha tenido lugar en línea o red. De esta forma, lo serían todos los concluidos a través de Internet o desde una *Intranet*; por lo que de nuevo surgiría la repetida duda de si cabe incluir en tal categoría al contrato

concluido por télex o fax, e incluso al telefónico. Para tratar de resolver este dilema, no faltan autores que prefieren trasladar el problema de la definición del contrato *on line* a la identificación de los medios telemáticos asentados en protocolos técnicos de transmisión de datos. De este modo, aquella comunicación a distancia que emplee este tipo de medios para la perfección de un contrato podrá calificarse de *on line*, en caso contrario no. Así, Internet y EDI, por ejemplo, permitirían una contratación *on line*. Para la segunda acepción más restrictiva, un contrato *on line* sería aquél perfeccionado desde una página *web* y practicable en masa gracias a los programas informáticos de contratación. Podría de este modo decirse que un contrato concluido entre dos sujetos directamente mediante intercambio de sus respectivas oferta y aceptación mediante el uso de correo electrónico o videoconferencia o *chat* no serían contratos *on line*.

De nuevo ha de insistirse que una cosa es la normativa existente y su ámbito de aplicación a estos contratos en general –tanto a nivel comunitario como nacional–, y, otra, el concepto o significado de la categoría en sí misma considerada. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico sólo se aplicará a los contratos concluidos mediante sistemas electrónicos en línea. Por lo que determinados servicios ofrecidos fuera de línea u *off line* –como lo son la distribución de CD-ROM's o de programas informáticos en disquetes, ya sea a través de tiendas tradicionales o mediante catálogos en papel para su adquisición a distancia–, en caso de dar origen a un contrato, no sería calificado como contrato *on line*, ni telemático, ni electrónico; pero sí se calificaría como contrato informático por su contenido. No obstante, esta última categoría no está regulada por la Directiva sobre comercio electrónico.

5. Contrato digital

La expresión «contrato digital» quedará reservada en el presente estudio al contrato que para su conclusión se haya acudido al empleo de la firma digital, que en el lenguaje jurídico comunitario recibe el nombre de firma electrónica avanzada. No obstante, ha de recordarse nuevamente el constante empleo de todas estas expresiones como sinónimas, de la que ésta no es una excepción. Asimismo, quedaría la duda de valorar como digital tanto al contrato concluido mediante el empleo de este tipo de firma electrónica entre partes que están físicamente a distancia, como los que tienen lugar entre partes físicamente presentes. Por otro lado, algún autor define como contrato

digital a aquel contrato cuya conclusión mediante medios electrónicos es posible sin necesidad de recogerse materialmente en papel.

B. Contrato vía Internet: definición y características

Una vez analizadas las figuras anteriores, pueden ponerse en relación con la categoría específica de «contrato vía Internet», a los efectos de delimitar su extensión. De este modo, puede señalarse que el «contrato informático» es el que tiene como objeto un bien o servicio informático. En cambio, «contrato electrónico» es el concluido mediante el empleo de medios electrónicos, como por ejemplo lo son la comunicación mediante ordenadores en red —ya lo sea abierta o cerrada— o el empleo del télex o del fax. Un contrato informático puede ser también electrónico cuando es concluido por dichos procedimientos electrónicos. Los contratos electrónicos pueden perfeccionarse entre partes físicamente presentes o a distancia. Cuando los contratos electrónicos se perfeccionan a distancia mediante técnicas de procesamiento de datos y su envío, sin necesidad del empleo de papel para la comprensión del contenido del mensaje, reciben el nombre de «contratos telemáticos». Finalmente, un contrato será digital, cuando para su conclusión se haya empleado la firma digital. Un «contrato digital» será siempre un contrato electrónico, pero no viceversa; además, no tiene por qué ser un contrato a distancia, ni telemático, aunque siempre será un contrato *on line*, ya que este adjetivo no hace de por sí referencia a la presencia o ausencia de las partes, sino a su realización a través de una red de ordenadores, lo cual es un requisito indispensable para firmar electrónicamente un documento.

Con referencia al «contrato vía Internet», se trata de un contrato electrónico, además de ser el contrato *on line* o en línea por excelencia, cuyo objeto puede ser o no un bien o servicio informático —en el caso en que lo sea, también será un contrato informático—, que puede concluirse entre partes que están o no presentes —por lo que no necesariamente se tratará de un contrato a distancia, ni de un contrato telemático—, pero que si tiene lugar entre partes que no están presentes tendrá el calificativo de contrato telemático, y además si en su conclusión se emplea la firma digital será también un contrato digital.

De nuevo se debe poner énfasis en el hecho de que la normativa comunitaria sobre comercio electrónico no se aplica a todos los contratos electrónicos. A título de ejemplo, no se aplica al contrato que se perfecciona entre partes presentes mediante el empleo de correo electrónico; ni al contrato concluido entre partes no presentes mediante el empleo de correo electró-

nico, cuando ambos tienen la calificación de particulares –es decir, ninguno de ellos es un profesional o prestador de servicios–; ni tampoco se aplica al contrato que se perfecciona a distancia mediante el uso de fax o télex. Pero el que no se aplique la normativa citada, no quiere decir que tales contratos no tengan la consideración de contratos electrónicos.

En principio, cabría pensar que esta afirmación resulta estéril, ya que la normativa comunitaria sobre comercio electrónico tendría aplicación siempre que se encontrase ante un contrato concluido por Internet. Pero no resulta tan sencillo, desde el momento en que, por ejemplo, la Ley 34/2002 española que traspone a este ordenamiento la Directiva sobre comercio electrónico define, en su Anexo, como «contrato electrónico» –categoría dentro de la cual como se ha indicado se incluye la contratación a través de Internet– «todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones». Por lo que, de hecho, exige que ambas declaraciones negociales –oferta y aceptación– viajen a través de Internet.

Por esta última razón, he optado por el uso de un concepto de contrato a través de Internet en un sentido amplio, entendiendo por tal a todo aquel contrato para cuya conclusión se ha empleado este medio moderno de comunicación, sin importar la calificación de los sujetos que lo hayan empleado (profesionales, particulares o un profesional y un consumidor), ni la normativa aplicable a cada uno de ellos. Ya que al margen de los regímenes jurídicos rectores de la relación, el dato realmente relevante para calificar al contrato de perfeccionado a través de Internet se localiza –en mi opinión– en que la aceptación contractual haya sido emitida, expedida, recibida o conocida a través de este instrumento. Esto significa que el medio (verbalmente o por escrito entre partes presentes, por correspondencia postal, télex, fax, etc.) a través del cual haya sido emitida, expedida, recibida o conocida la oferta, en nada condiciona su posterior calificación de contrato perfeccionado a través de Internet. Tema diferente es que la oferta haya de cumplir las prescripciones de normas específicas cuando esté dirigida y accesible al público en general a través de la red.

Pero de nuevo ha de resaltarse que esta opinión no está generalizada. De hecho, algunos autores parecen restringir todavía más este calificativo, reservándolo para aquellos contratos que tienen lugar en la red y que, dependiendo de la opinión de unos u otros, tanto la oferta como la aceptación han de manifestarse a través de este medio de comunicación, y/o cumplen con las características de tratarse de contratos que se efectúan en tiempo real,

y/o están dirigidos a los consumidores, y/o se hallan sometidos a condiciones generales de contratación. Frente a estas tendencias he preferido aplicar una definición de contrato a través de Internet que –si bien quede reservada al empleo de ordenadores con determinadas características que les permitan moverse en la red– no margine a aquellos otros perfeccionados a través de este medio en los que sólo sea transmitida vía Internet la aceptación a una oferta previa, o cuya ejecución –la entrega del producto o servicio adquirido o arrendado, o incluso su pago– no quepa realizarla directamente y en tiempo real también a través de la red; ni excluya a aquellos otros contratos vía Internet en los que las partes implicadas no sean consumidores y empresas, sino empresas o profesionales entre sí, o bien ambas partes sean simples particulares carentes de la condición de consumidor; ni tampoco se vean fuera de su definición aquellos contratos negociados directamente por las partes, que llegan a perfeccionarse por este medio.

Por todo ello, de este concepto amplio van a derivarse dos importantes consecuencias:

- 1^a) Que tal como sucede en otros ámbitos específicos del fenómeno contractual, va a resultar fundamental la perfecta determinación de la normativa aplicable al contrato concluido a través de Internet según se califique de contrato civil, mercantil o con consumidores.
- 2^a) Que a pesar de la novedad técnica del medio por el cual se perfecciona el contrato, en definitiva, se está en presencia de un contrato más, cuya principal peculiaridad reside en el hecho del empleo de un moderno procedimiento de comunicación para transmitirse, al menos, la aceptación contractual.

Las consecuencias señaladas, en conjunto, dan lugar a una conclusión desde la estricta perspectiva de la formación de los contratos. El contrato perfeccionado a través de Internet no constituye una nueva categoría de contratos, sino que, como todos, se concluye mediante el intercambio de una oferta y una aceptación, con la peculiaridad de que esta última es emitida, expedida, recibida o dada a conocer al oferente mediante el empleo de modernos medios de comunicación informáticos.

En definitiva, por contrato a través de Internet ha de entenderse aquél cuya perfección se ha alcanzado mediante el empleo de dos terminales conectadas a esta red abierta por excelencia. El contrato pertenece a la categoría de los contratos electrónicos y de forma más específica a la de los contratos

en línea u *on line*, y su perfección es posible gracias al empleo de los avances informáticos accesibles en nuestros días, y que en este tipo de contratación se identifican con: la existencia de al menos dos ordenadores conectados a la línea –correspondientes al emisor y al receptor de la aceptación contractual–, dotados de módem y de un programa de navegación, que les permite comunicarse entre sí a través de la red de Internet. Ha de indicarse que, no obstante, con los adelantos de la tecnología actual es posible conectarse mediante la telefonía móvil y, desde ella, concluir contratos a través de Internet. De todos modos, este tipo de contratación sigue respondiendo a este esquema expuesto de contratación mediante el empleo de ordenadores comunicados por Internet.

La novedad que presenta este tipo de contratos respecto a las directrices del Derecho contractual tradicionales es más de forma que de sustancia; por todo ello, se le aplicarán los preceptos del Código Civil relativos a contratos, salvo en lo expresamente regulado –de existir– por una ley especial. De este modo, en este análisis del contrato por vía Internet se hará referencia sobre todo a aquellas cuestiones específicas que alteren el régimen común aplicable a todo contrato, y que estarán asociadas al medio empleado y a la distancia que separa a las partes.

La idea esencial que orienta toda la materia relativa a los contratos, incluida ésta, se sustenta en un principio fundamental: la libertad contractual. Dicha libertad presenta dos vertientes fundamentales que resulta necesario recordar: a) libertad de conclusión del contrato (art. 1254 CC): las partes serán libres para determinar el momento de nacimiento de un determinado contrato, así como de elegir a la otra parte de la relación contractual, siempre y cuando tengan capacidad para contratar y su consentimiento no adolezca de vicios; y, b) libertad de configuración interna del contrato (art. 1255 CC): las partes podrán determinar el contenido del contrato, mediante el establecimiento de aquellas cláusulas y condiciones que consideren oportunas «siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público». El Código Civil español, en consonancia con la necesaria libertad contractual, establece el principio de libertad de forma de los contratos en su artículo 1278 (con las oportunas limitaciones recogidas en los artículos 1279 y 1280), «por lo que serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez».

Ahora bien, si todo Código Civil regula los contratos en su vertiente más general, ello no obsta para la existencia de determinadas normas especiales que, en atención a argumentos de fondo, en ocasiones alteran tales prescrip-

ciones. El caso más destacado está representado por el conjunto de normas –nacionales y comunitarias– destinadas a la tutela del consumidor en los más variados ámbitos, entre los que se incluye el contractual. También en esta materia, y fruto del esfuerzo de los legisladores nacionales y comunitario, la contratación con consumidores estará dotada de una normativa específica dirigida a su correcta protección, que manifestará importantes alteraciones en cuanto al régimen jurídico aplicable a todo contrato concluido a distancia con un consumidor, y no solamente cuando sea perfeccionado por vía Internet.

Esta misma aclaración resulta aplicable al régimen jurídico en materia de condiciones generales de la contratación cuando estén presentes en este tipo de contratos, con el matiz de que el ámbito subjetivo de su aplicación es más amplio: no se halla restringido a los consumidores. Finalmente, también en la materia específica de contratación electrónica habrán de analizarse las especialidades que presenta la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y las normas nacionales destinadas a trasponerla en cada ordenamiento, cuyo ámbito de aplicación no se restringe a los consumidores.

De acuerdo con todas estas premisas, por «contrato vía Internet» entiendo aquel contrato electrónico celebrado mediante el empleo de modernos equipos informáticos habilitados para la comunicación a través de la conocida red abierta de Internet, sin importar el hecho de que los sujetos contratantes sean simples particulares que actúan fuera del ámbito de su profesión, sean comerciantes o profesionales que actúan como tales, o inter venga un consumidor. La relevancia del carácter subjetivo de los contratantes se traducirá en la normativa aplicable en cada caso.

II. VALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN POR INTERNET

Una vez acotado el concepto de contrato concluido a través de Internet interesa centrarse en una cuestión previa esencial, como es la admisión de este tipo de contratos a la luz del ordenamiento jurídico vigente. En esta materia han de diferenciarse dos planos desde los cuales puede ser abordado: a) la validez del empleo de tales medios en la contratación actual, y la existencia y eficacia teórica del contrato concluido a través de ellos; y, b) la prueba de la existencia de dicho contrato, teniendo en cuenta ciertas limitaciones que presentan algunos de estos instrumentos.

En este momento interesa centrarse en el primero de ellos, al ser condición necesaria para plantearse el segundo de los temas. Por lo que el segundo será abordado más adelante (vid. *infra*, capítulo sexto, II, C). Para compren-

der la cuestión de la validez de los contratos perfeccionados por Internet resulta útil referirse a la evolución que han tenido otros medios de comunicación que han ido apareciendo a través del tiempo, según se desarrollaban los avances de la técnica. En el caso del ordenamiento español, las únicas referencias que hacían los códigos decimonónicos –civil y mercantil– al empleo de medios de comunicación a distancia, en cuanto instrumentos útiles para portar una declaración contractual, se limitaban a la utilización de la correspondencia postal (arts. 1262 CC y 54 CCom, en su redacción anterior a la reforma de 2002, respectivamente) y del telégrafo (art. 51 CCom). Con posterioridad, han ido apareciendo otros instrumentos que facilitaban una comunicación más rápida entre las partes (teléfono, télex y fax), y pronto han comenzado a ser empleados en la perfección de contratos. Finalmente, y en el contexto de la etapa actual de la informática, ha surgido la posibilidad de contratar utilizando la red telemática por excelencia: Internet, y, dentro de ella, de diferentes modos: correo electrónico, *chat* o videoconferencia.

La validez del empleo de todos estos medios en el fenómeno contractual, y en particular en la conclusión del contrato, deriva directamente de la correcta interpretación de dos de las vertientes de la libertad contractual a las que antes se ha hecho referencia. En particular, la libertad de conclusión del contrato (art. 1254 CC) y la libertad de forma (art. 1278 CC); principios aplicables tanto a los contratos civiles como a los mercantiles (art. 50 CCom).

Con relación a la validez del uso de estos medios se manifiestan expresamente algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo español y de otros órganos jurisdiccionales menores. Entre estos destacan las sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 4 febrero 1995 y (Sala 3ª, Sección 6ª) de 5 diciembre 1995, que reconocen la eficacia y validez de la aceptación transmitida por telégrafo; también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 3 enero 1948 hace lo mismo con relación al teléfono; y otros fallos reconocen la validez de la aceptación llevada a cabo a través de télex (cfr. SSTs de 31 mayo 1993 y 29 abril 1986, y SAP de Las Palmas de 14 enero 1994) o de fax (cfr. STS de 30 julio 1996) o de telefax (cfr. STS de 28 enero 2000). Respecto al empleo de Internet como medio de transmisión de la aceptación contractual, indicar que con antelación al año 2004 no existía un pronunciamiento jurisprudencial que analizara un supuesto específico de su utilización y declarara expresamente su validez; aunque indirectamente resultaba admitido a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 julio 1996 que se pronunciaba sobre el empleo de fax en la contratación.

Sin embargo, con posterioridad, son muy numerosas las resoluciones judiciales que expresamente señalan la validez de Internet en la perfección de contratos; así sucede con muchas de ellas cuando se pronuncian acerca de la competencia territorial del Juez o Tribunal que debe resolver el asunto: Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 8 mayo 2012 (reclamación del importe de billete contra compañía aérea por adelantar el vuelo 24 horas sin previo aviso: competencia del Juzgado del domicilio del demandante calificado como consumidor y haberlo obtenido vía Internet); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 13 marzo 2012 (Fuero de las personas jurídicas y acción individual de un consumidor contra la compañía con la que contrató a través de Internet; prevalencia del art. 52.2 LEC); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 7 septiembre 2010 (reclamación por gastos ocasionados en la facturación del vuelo por billete adquirido vía Internet: aplicación del art. 52.2 LEC: protección de los consumidores: contratación de servicios por vía telefónica o telemática en la que la exacta localización de la compañía con la que se contrata, o de los empleados que lo hacen en su nombre, resulta extremadamente difícil); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 2 febrero 2010 (acción individual de consumidor contra la compañía aérea con la que contrató un billete electrónico a través de Internet, en reclamación por retraso del vuelo y gastos causados: prevalencia del art. 52.2 LEC: fácil localización territorial del consumidor frente a la más difícil de la compañía demandada); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 1 diciembre 2009 (acción de cumplimiento de garantía de contrato de compraventa de máquina fotográfica por Internet frente a empresa vendedora domiciliada en lugar distinto del de celebración de contrato: acción individual de consumidor en reclamación de 215 euros: competencia del Juzgado del lugar del domicilio del consumidor en que éste interpuso la demanda); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 27 octubre 2009 (demanda en reclamación de 37 € originada por compraventa de mando a distancia contratado a través de Internet: competencia de Juzgado del lugar en que el consumidor tenía su domicilio y celebró el contrato e incompetencia del Juzgado del lugar en que la demandada tiene su domicilio social); Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 27 octubre 2009 (juicio verbal contra compañía aérea y entidad tour operadora por incumplimiento de contrato de servicios de transporte celebrado por Internet con billete electrónico aceptando la oferta pública de página Web: desplazamiento del fuero común del domicilio del deudor por el especial para la protección de los consumidores que lo sitúa en el domicilio del reclamante).

Otros ejemplos en el plano de las Audiencias Provinciales son los siguientes: Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 10 mayo 2011 (préstamo mercantil concertado vía Internet: reclamación del principal impagado, más sus intereses y comisiones, conforme a la liquidación aportada); Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) de 17 julio 2006 (culpa contractual: procedencia: transporte aéreo: compra de billetes por internet: billete electrónico: resolución indebida: abono de diferencia entre el precio inicial y el finalmente satisfecho: indemnización por denegación de embarque); Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (responsabilidad civil derivada de ilícito penal: Juicio de Faltas) de 16 noviembre 2005 (Faltas contra las personas: imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito. Seguro de automóviles: condiciones generales, cobertura y solicitud vía Internet); Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6ª) de 14 marzo 2005 (reclamación de cantidad: improcedencia: contrato de tarjeta de crédito suscrito por la madre del actor con la entidad demandada: anulaciones y retrocesiones de abonos previos realizados correspondientes a ventas efectuadas a distancia, vía Internet, en las que se facilitaron los dígitos de tarjetas de crédito por quienes no eran sus titulares: falta de acreditación de que el denominado terminal de punto de venta «TPV» hubiera sido instalado por la demandada en el domicilio particular de los padres del actor y por ello que tuviera conocimiento y consintiera su utilización para la venta por Internet de material deportivo: ausencia de responsabilidad de la entidad bancaria: asunción previa de responsabilidad del buen fin de la operación por el comerciante o proveedor).

En el tratamiento legal, doctrinal y jurisprudencial sobre la admisión de los contratos concluidos por estos medios se aprecia, en ciertas ocasiones, una fusión de los dos planos previamente indicados: el de la validez del empleo de estos medios y la existencia teórica del contrato, y el de la prueba posterior del contrato concluido a través de tales instrumentos. Un ejemplo de ello lo representaría el contenido del artículo 51.2 del Código de Comercio español, referido al empleo del telegrama en la contratación mercantil, que ha dado lugar a distintas, y a menudo contradictorias, interpretaciones. El precepto en cuestión establece que «la correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado». En la actualidad, la doctrina mayo-

ritaria entiende que el contenido de dicho artículo hace referencia únicamente a la consistencia del telegrama al efecto de probar la existencia del contrato concluido por este medio; aunque algunos autores condicionan la existencia misma del contrato, en estos casos, al cumplimiento de los requisitos recogidos en el citado artículo 51.2.

A veces también en el ámbito judicial se puede observar esta misma confusión entre ambos planos (existencia y prueba del contrato). Así sucede, respecto al empleo del fax, con la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 21 diciembre 1995, cuando afirma que «la realización de pedidos por medio de telefax no refleja la manifestación del consentimiento del contratante para su validez y perfección, por lo que los pedidos realizados por este medio no son reales y efectivos, ya que no reflejan el control del envío solicitado y el reporte de actividad».

Todas estas situaciones problemáticas están resueltas —en sede teórica—, respecto a la validez del empleo de dichos medios y la perfecta existencia del contrato así concluido, desde el momento en que el mismo Código Civil español (vid. arts. 999 y 1710 en relación con el 1262) y la jurisprudencia reconocen la eficacia de la aceptación tácita (cfr. SSTs de 28 junio 1993, 28 abril 1986, 24 enero 1957, 21 mayo 1951, etc.), e incluso del silencio en determinados supuestos (cfr. SSTs de 2 febrero y 19 diciembre 1990, 24 enero 1957, etc.), como forma válida de manifestar el consentimiento contractual. Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que la apreciación de la existencia de un contrato —así como de sus requisitos esenciales— es una cuestión de hecho, y que, como tal, corresponde apreciarla al tribunal enjuiciador (cfr. SSTs de 20 diciembre 1996, 11 diciembre 1995, 21 febrero 1994, 22 diciembre 1992, etc.), la controversia pasaría a situarse en otro plano: el de la prueba de la existencia del contrato.

Pues bien, a la luz de todas estas circunstancias, ha de concluirse afirmando que la contratación por vía Internet resulta perfectamente válida, y que la utilización de este medio de comunicación está permitida siempre y cuando las partes no hayan prohibido expresamente su uso. Además, desde una perspectiva sustantiva, la validez de este tipo de contratos y del uso de este medio de comunicación viene corroborada por un conjunto de normas de origen comunitario y español que le hacen expresa referencia. Entre ellas destacan las siguientes: la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que se entenderá derogada a partir del 14 de junio de 2014 por la Directiva 2011/83/UE sobre los dere-

chos de los consumidores, y que ocupará su lugar a partir de dicha fecha; la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico; la Ley 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que traspone la anterior Directiva al ámbito español; la Ley española 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (con sus posteriores modificaciones de 2002 y 2010, entre otras), con referencia sólo a las ventas a distancia y de forma indirecta (vid. arts. 38.1, 38.3.b y 38.6 LOCM en la nueva redacción recogida en el artículo 3 de la Ley 47/2002); la Ley española de Condiciones Generales de Contratación (art. 5.3) y el Real Decreto 1906/1999 que desarrolla el artículo 5.3 –en la actualidad, artículo 5.4– de esta última ley; y la Ley 59/2003 de firma electrónica, que transpone al ordenamiento español la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

En particular, debe hacerse una referencia explícita al contenido del artículo 9 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico en cuanto que, aún reconociendo de forma genérica la validez y eficacia de los contratos concluidos por vía electrónica (art. 9.1), permite a los Estados miembros negársela en determinados casos tipificados en la propia norma (los tipos contractuales específicos recogidos en el artículo 9.2, con las condiciones establecidas en el artículo 9.3). Interesa señalar algunos detalles acerca de estas categorías o tipos contractuales cuya realización por este medio puede conllevar su invalidez, cuando así lo establezca el Estado miembro:

- La exclusión de los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento, encontraría su justificación en la imposibilidad de llevar a cabo la *traditio* por vía electrónica, aumentando de este modo las posibilidades al fraude y a la comisión de estafas. Otra razón de su exclusión se debe al hecho de que algunos Estados miembros exigen forma pública para la realización de este tipo de contratos, o, al menos, que la tradición se efectúe mediante la entrega material del contrato de compraventa elevado a forma pública. A estos contratos tampoco se les aplica, por expresa exclusión, el régimen de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (cfr. art. 3.1 de la Directiva 97/7/CE y art. 3.3.e. de la Directiva 2011/83/UE), ni el Real Decreto español 1906/1999, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 –hoy 5.4– de la Ley 7/1998 de condiciones generales (cfr. art. 1.3).

- En cuanto a los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión, la razón de su exclusión responde a una motivación protectora dirigida al consumidor, que se concreta en la aplicación de la normativa específica vigente dirigida a su tutela en esta materia. Estos contratos están excluidos también del ámbito de aplicación de la normativa relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (cfr. art. 3.1 de la Directiva 97/7/CE y art. 3.3.d. de la Directiva 2011/83/UE) y del Real Decreto español 1906/1999 (cfr. art. 1.3).
- Respecto a la exclusión de los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones resulta lógica por definición. Por muchos motivos sobre los que no me voy a detener. También los excluye de su ámbito de aplicación el Real Decreto español 1906/1999 (cfr. art. 1.2).
- Finalmente, los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública, pueden ser excluidos por los Estados miembros esperando que un futuro muchos de ellos sean factibles gracias al empleo de la firma electrónica. Esta es la razón por la que el artículo 9.3 les hace referencia expresa.

La opción española, al respecto, queda recogida expresamente en el texto de la Ley 34/2002, que traspone la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico al ordenamiento español. En particular, en su artículo 23.4, en el que se dispone que «no será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica».

Pero este mismo precepto –el artículo 23 de la Ley española 34/2002– merece ser comentado además por otras razones directamente relacionadas con el presente epígrafe. En el apartado 1 se reproduce el reconocimiento expreso de la validez de la contratación por vía electrónica tal y como le hace referencia el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE. Pero además establece de modo explícito que la validez del empleo de tales medios electrónicos para concluir contratos no requerirá de una expreso pacto previo de

las partes, y la razón de este apartado se encuentra directamente vinculado –a mi entender– a los problemas e interpretaciones dispares a que dio lugar el artículo 51.2 del Código de Comercio español, que sí exigía dicho pacto para el empleo del telegrama. Finalmente, el apartado 3 habilita el empleo del soporte electrónico como equivalente al soporte de papel propio de los documentos que, hasta el momento, eran los únicos considerados en forma escrita.

Finalmente, desde una perspectiva internacional –aunque desprovista de fuerza vinculante– destaca la iniciativa de las Naciones Unidas, materializada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico, cuyo artículo 11 reconoce la validez de los contratos perfeccionados mediante los genéricos mensajes de datos.

III. CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN LA RED

La formulación de cualquier tipología conlleva la posibilidad de aplicar distintos criterios clasificatorios, e, incluso, combinarlos entre sí. En principio, podrían desarrollarse todos los que a continuación se enumerarán; sin embargo, en el presente epígrafe, se hará referencia de manera más extensa a la clasificación que utiliza como criterio distintivo el tipo de sistema empleado por las partes en la red para la conclusión del contrato. A esta última clasificación se hará referencia con la finalidad de exponer el diferente funcionamiento de cada uno de los contratos que la integra; pero la mayor parte de las cuestiones jurídicas que planteen serán analizadas dentro del específico epígrafe del Manual con que se correspondan. Esto mismo sucederá con las restantes clasificaciones. Teniendo presentes estas aclaraciones, los contratos por vía Internet pueden clasificarse siguiendo los siguientes criterios:

- 1º En atención a los sujetos participantes y a su régimen jurídico aplicable. De este modo puede distinguirse entre: a) contratos civiles; b) contratos mercantiles; y, c) contratos con consumidores.
- 2º Según el tipo de sistema empleado en la red para su conclusión. Siguiendo este criterio cabría señalar los siguientes supuestos: a) contratos celebrados desde una determinada página *web* comercial; b) contratos perfeccionados por medio de *chat* o a través de videoconferencia; c) contratos concluidos mediante el empleo de correo electrónico (*e-mail*), que, a su vez, podrán ser perfeccionados a través de simple correo electrónico o por medio de correo electrónico acompa-

ñado de firma digital; d) contratos concluidos a través de una subasta electrónica.

- 3º Dependiendo del hecho de que tanto la oferta como la aceptación hayan sido comunicadas a través de Internet, o solamente lo haya sido esta última.
- 4º Según sea calificable el contrato de formación instantánea o por el contrario pertenezca a la categoría de los contratos *ex intervallo temporis*.
- 5º Dependiendo de si el contrato contiene condiciones generales de la contratación o carece de ellas. De esta forma, cabría distinguir entre contrato por Internet con condiciones generales o contrato individual y negociado.

A. Por el modo de alcanzarse el acuerdo desde Internet

Antes de detenerse en las posibles distinciones desde esta perspectiva, se debe recordar que, en atención al concepto de «contrato por Internet» empleado en este estudio, lo realmente relevante es que, al menos, la aceptación sea comunicada a través de la red. De acuerdo con ello, una previa distinción que puede operarse es la de diferenciar entre contratos vía Internet en los que sólo la aceptación se comunica por la red, y aquellos otros en los que tanto la aceptación como la oferta vengán transmitidos a través de Internet. Respecto a estos últimos, debe recordarse que –la mayor parte de los supuestos– se incluirían dentro del ámbito propio de la Directiva sobre comercio electrónico, y de modo aún más expreso de la Ley española 34/2002 –que traspone a su ordenamiento la norma comunitaria–, a tenor de la definición que de «contrato celebrado por vía electrónica» o «contrato electrónico» recoge el apartado h) de su Anexo.

Cuando el contrato se concluye enteramente en la red mediante el intercambio de ambas manifestaciones negocials de los contratantes, puede diferenciarse dependiendo del tipo de tales manifestaciones entre contratos por vía Internet asentados en: ofertas al público; invitaciones a realizar ofertas; comportamientos concluyentes; e intercambio de ofertas y aceptaciones típicas. Como se puede apreciar, la problemática deja de pertenecer al estricto ámbito de la contratación por Internet para trasladarse al genérico espectro de la oferta contractual, y en general a la fase precontractual de todo contrato. En otro lugar ya tuve ocasión de indicar que, por definición, todo contrato viene a la vida como consecuencia de una oferta subjetivamente expresa y una aceptación que puede ser expresa o tácita. La posible novedad

en esta contratación que tiene lugar en Internet es el predominio de la práctica común asentada en comportamientos concluyentes. Pero tales comportamientos concluyentes se situarán en todo caso en el lado de la aceptación, que será entonces tácita, y que a menudo consiste en rellenar los datos de un formulario o en dar los números de la tarjeta de crédito cuando es solicitada desde una página *web*.

Cuando la parte, que navega en las distintas *webs* comerciales presentes sobre Internet, acepta contratar en una de ellas un determinado bien o servicio mediante la pulsación de un icono expresamente colocado al efecto, está aceptando de forma expresa la perfección de un contrato propuesto mediante una previa oferta al público. En este sentido, puede afirmarse que el acto de la pulsación es identificable al acto expreso del «sí» comunicado mediante el lenguaje oral en una contratación tradicional entre partes físicamente presentes. Por esta razón, los problemas no se ubican en el modo de manifestar el asentimiento, sino en la forma en que hayan sido previamente transmitidas al hipotético aceptante las informaciones sobre: el procedimiento contractual a seguir desde la *web*, los datos identificativos del profesional que ofrece el bien o servicio, y las características del bien o servicio a contratar y el contenido en general del futuro contrato.

Otra cuestión, que ha suscitado gran debate en la doctrina, ha sido la de cuestionarse hasta qué punto resulta todavía válido hablar de oferta y aceptación como pilares en los que se asienta la contratación por Internet, y más en general la contratación electrónica. De hecho, algún autor ha llegado a negarles tal carácter a las manifestaciones que tienen lugar durante el procedimiento operado en la red, e incluso ha negado la presencia de auténticos contratos en dichos intercambios. Al respecto, me remito a los principales autores involucrados en la cuestión, y simplemente me resta afirmar que, según mi modesto entender, sigue siendo plenamente válido el esquema contractual asentado en el intercambio de la oferta y la aceptación que, pese a que cuando se consideran autónomamente constituyen manifestaciones unilaterales de voluntad –en cuanto emanadas del querer de una persona–, en el momento en que se juntan dan nacimiento a un contrato.

Asimismo, se ha planteado –y sigue planteándose– también el dilema de cuál es la auténtica participación de los ordenadores u otras terminales, en este caso a través de Internet, durante todo el proceso contractual. En definitiva, se ha afirmado que en determinados supuestos la participación de los ordenadores –más allá de simplemente reiterar una voluntad mani-

festada con antelación por su usuario— consistiría en «asentir o negar» la conclusión de un hipotético contrato. Es decir, se le concedería al ordenador o programa informático verdaderamente un papel activo en la contratación. Esta conclusión, en todo caso, no concedería al ordenador una capacidad de decisión autónoma y diferenciada de los criterios recogidos previamente en el programa de contratación, los cuales han de ser imputados al sujeto para el cual opera el citado programa.

En cuanto a la manifestación de la voluntad contractual he de indicar que el consumidor o profesional, que contrata mediante la pulsación del icono de compra en una *web* (el denominado «clic»), expresa mediante este acto su voluntad contractual; ahora bien, el prestador del servicio o comerciante lo expresa exactamente igual mediante el empleo de su programa informático de contratación accesible a través de la red (p. ej., en un sitio *web* o en una subasta), ya lo realice *a priori* (mediante una oferta al público) o *a posteriori* (mediante la aceptación que manifiesta automáticamente dicho programa ante las circunstancias previstas de forma expresa por el titular del negocio); y ello sucede de forma semejante a la contratación mediante máquinas automáticas.

B. Teniendo en cuenta el tipo de ejecución del contrato

Este criterio diferenciador ya ha sido empleado cuando se analizó el comercio electrónico, y puede calificarse de estrictamente electrónico. El sentido allí asignado coincide exactamente con el de ahora; por lo que, de acuerdo a la ejecución del contrato perfeccionado desde Internet, puede diferenciarse entre unos que permiten también su ejecución enteramente desde la misma red, y otros que para su íntegro cumplimiento han de recurrir a los canales tradicionales, al menos para la entrega del bien adquirido. Los primeros reciben el nombre de contratos directos, puros o perfectos; en contraposición a los segundos que serían contratos por Internet indirectos, impuros o imperfectos. Es importante en la distinción el que el contrato sea ejecutado íntegramente a través del canal de Internet; así, aquellos contratos que se perfeccionan en red, se paga su precio también en línea, pero la entrega tiene lugar a través, por ejemplo, del correo ordinario, serán contratos indirectos o impuros.

C. Dependiendo de los sujetos participantes

En este caso, el criterio empleado en esta clasificación no es exclusivo de la contratación vía Internet, ni siquiera de la más amplia contratación electrónica, sino que puede ser aplicable a todo tipo de contrato. De hecho,

la diferenciación ha sido empleada para clasificar también el más genérico comercio electrónico. La distinta combinación como partes contractuales de particulares, profesionales y Pública Administración, ha dado lugar a la distinción entre: *B to B*, *B to C*, *C to C* (*P to P*), *B to A* y *C to A*, o sus equivalentes *B2B*, *B2C*, *C2C*, *B2A* (*B2G*) y *C2A* (*C2G*). Todas ellas se corresponderían con las iniciales de los siguientes términos ingleses: *business to business*, *business to consumer*, *consumer to consumer* (*peer to peer* o *person to person*), *business to administration* (*business to government*) y *consumer to administration*, respectivamente. En definitiva, se estaría distinguiendo entre la contratación operada desde Internet entre profesionales o empresas, entre empresas o profesionales y consumidores, entre consumidores o más exactamente entre particulares (ya que el concepto de consumidor exige necesariamente como contraparte de la relación a un profesional), entre empresas o profesionales y la Administración Pública, y entre consumidores y la Administración Pública.

D. Según la técnica empleada en la comunicación del consentimiento

Otra de las perspectivas utilizadas para clasificar este tipo de contratos, es la que toma como prisma de referencia la específica técnica empleada en la red para proceder al intercambio de la aceptación contractual. De esta forma se habla de contratos concluidos desde una página *web*, mediante intercambio de mensajes de correo electrónico, por medio de *chat* o videoconferencia, o a través de la participación en una subasta electrónica.

Este tipo de clasificación sería específicamente válida para los contratos electrónicos operados desde Internet, y en cuanto a las técnicas empleadas, si bien pueden señalarse distintas peculiaridades de cada una de ellas, ha de indicarse asimismo que a menudo se combinan entre sí. De este modo, en la contratación mediante subastas en red resulta sumamente importante el empleo de mensajes de correo electrónico. Asimismo, cuando se lleva a cabo una contratación desde una página *web*, es usual que, con la finalidad de atraer un número mayor de visitantes, al mismo tiempo se ofrezca el uso de un motor de búsqueda o buscador, o de servicios de comunidad (*chat*, *news-groups*, etc.). Estos últimos podrían permitir realizar contratos vía Internet por sí mismos. Debido a estas peculiaridades, no faltan autores que prefieren distinguir entre contratos en los que la conclusión es producida gracias al empleo de mensajes de correo electrónicos; y aquellos en los que no es así, sino que suele tener lugar mediante el sistema de «clicado» sobre un icono presente en un sitio *web*.

1. *Contratos celebrados desde una página web*

El gran fenómeno que ha tenido lugar durante los últimos años en Internet ha consistido en la explosión de servicios de información multimedia basados en el sistema WWW (*World Wide Web*), conocido de forma más breve como *Web*. El éxito de este sistema estuvo promovido, por un lado, por la integración de múltiples servicios (*news*, *mail*, etc.) en un solo entorno, y, por otro lado, por la creación de un nuevo servicio llamado *http*, que permite generar documentos en hipertexto, incorporando imagen, audio y vídeo. Todo ello ha dado lugar a la existencia de un mercado mundial, en el que se asegura la plena competencia (al no tener un papel hegemónico ninguna empresa y estar abierto permanentemente a la entrada de nuevas empresas), de fácil acceso y dotado de una gran rapidez.

En este contexto, se han ido introduciendo en la red, progresivamente, un importante número de profesionales que han generado sus propias páginas *web* con una triple finalidad: informar acerca de sus productos y actividades mediante el empleo de publicidad (captación de hipotéticos clientes), posibilitar la directa contratación de sus productos o servicios desde la propia red, y ofrecer una esmerada atención postventa al cliente que redunde en beneficio de las transacciones futuras.

El acceso a dichas páginas resulta sencillo, ya sea directamente a través de la dirección concreta del profesional (si es conocida), o a través del empleo de los buscadores disponibles en la red (*Yahoo*, *Google*, etc.). Estos últimos instrumentos permiten localizar una multitud de servicios clasificados por categorías y comparar, dentro de cada una, los distintos catálogos de productos y sus precios. Una vez seleccionada la página *web* que resulte de mayor interés, en atención al producto o servicio que se desea conseguir (en lo que influirá, además del precio, la calidad con que se encuentre confeccionada la propia página), se iniciará un procedimiento tendente a la conclusión del contrato, que permitirá adquirir el producto u obtener el servicio deseado (ejecutado por el programa informático de contratación de que está dotado el prestador de servicios de esa *web*). Durante el mismo, la propia *web* proporcionará la información oportuna para llevarla a cabo.

Los contratos más numerosos perfeccionados por este medio son las compraventas (denominadas ventas *on line*) de una infinidad de productos. En menor número le siguen los contratos de prestación de servicios. A continuación desarrollaré el esquema seguido por las compraventas, precisamente por ser los contratos celebrados a través de Internet más comunes. Es impor-

tante reconocer que el modo más clarificador de apreciar el funcionamiento de este tipo de contratación consiste en llevar a cabo, personalmente, la conclusión de uno de estos contratos.

La página presenta, con antelación al proceso de compra, un catálogo de los distintos productos –clasificados por categorías, dependiendo del volumen de ellos dirigidos a la venta– que pueden ser adquiridos con indicación de sus precios y características. Normalmente, suelen venir también acompañados de su correspondiente foto digital, ya sea directamente en el catálogo o mediante la pulsación de un icono con tal fin (esto último suele suceder en los catálogos de grandes superficies comerciales). Una vez escogido el objeto, en cuya adquisición se está interesado, el usuario deberá pulsar un icono que diga «comprar» o «añadir» junto al dibujo de un carro de la compra. Esta operación conducirá a otra pantalla en la que mostrará los productos seleccionados hasta el momento y el precio individual de cada uno de ellos, así como el total de la selección; permitirá indicar la cantidad de unidades que se deseen de cada producto escogido; y decidir entre continuar escogiendo otros productos –que serán incluidos en la «cesta»– o definitivamente celebrar el contrato.

En el instante en que se opta por esto último, resulta habitual que el usuario se vea obligado previamente a inscribirse en el registro de la propia *web*. Los datos que suele exigir son el nombre, dirección, localidad, provincia, código postal y dirección de correo electrónico, así como una contraseña que será necesaria para llevar a cabo el pedido. Después de cumplimentar todos los datos se pulsará el icono «registrarse», con lo que se pasará a otra pantalla en la que, para continuar con el proceso de compra, solicitará la introducción de la dirección de correo electrónico del usuario y de la contraseña previamente asignada. Tras ello, dependiendo del programa de compra de la específica *web*, se puede pasar a otras pantallas en las que permita enviar el producto a una dirección distinta de la del usuario registrado y bajo la forma de regalo.

Finalmente, y esto es lo que más interesa desde una perspectiva estrictamente jurídica, se llega a la pantalla correspondiente a la «hoja de pedido», «formulario de pedido» u «orden de compra», que suele presentar el siguiente contenido:

- Especifica nuevamente los datos del comprador, el/los producto/s seleccionado/s, el precio individual de cada uno de ellos, la cantidad correspondiente a los gastos de envío y el total a pagar.
- Hace referencia a la forma de pago. Podrá presentar para ello distintas opciones entre las que el comprador escogerá una (correo o transporte

contra reembolso, tarjeta de crédito, giro postal, transferencia bancaria), o bien simplemente indicará una modalidad de pago, normalmente mediante tarjeta de crédito. Respecto al pago con tarjeta, habrá de indicarse en la hoja de pedido su tipo –si procede (Visa, Master-Card, etc.)–, así como su número y fecha de caducidad.

- Algunas llevan incorporadas las condiciones generales de contratación; eso sí, normalmente, en un espacio muy pequeño cuya lectura resulta difícil directamente desde la pantalla.

Tras completar todos estos datos y leer las condiciones generales si las hubiese, se pulsará el icono titulado «enviar», «enviar pedido», «pagar» u otro similar. Si los datos han sido cumplimentados correctamente, en un intervalo de tiempo muy reducido –en ocasiones inferior a un minuto– se abre automáticamente una nueva pantalla en la que se agradece al usuario la compra y se le comunica el número de su pedido, y nuevamente se le informa acerca del precio total, incluyendo los gastos de envío e indicando el IVA (tanto de los gastos de envío como del precio de la compra, salvo que desde el inicio ya estuviera incluido el IVA en precio publicitado); así como los datos del destinatario de la compra y los del sujeto que efectuó el pago, de ser ambos diferentes. Esta misma pantalla suele aconsejar al usuario-comprador que imprima estos datos de compra y los guarde hasta recibir el pedido (cfr. art. 11.1 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico).

Además, en este proceso de compra descrito, al menos en dos ocasiones, el profesional que ejerce su comercio desde la página *web* suele ponerse en contacto por correo electrónico con el usuario. La primera vez con objeto de agradecerle haberse inscrito en su registro, y la segunda para comunicarle su agradecimiento por la compra concluida y enviarle los datos correspondientes a ésta. Obviamente, este tipo de comunicaciones son automáticamente efectuadas por el programa de compra de la *web*; pero resulta interesante indicar la interrelación presente entre la página *web* y el correo electrónico a los efectos de perfeccionar y ejecutar un contrato.

Los motivos de diferenciar en este estudio entre los contratos celebrados desde una página *web* y aquellos directamente concluidos a través de correo electrónico se localizan en la hegemonía que han adquirido los primeros dentro de la contratación por vía Internet, así como el tratarse normalmente de contratos concluidos sobre la base de condiciones generales de la contratación.

Interesa señalar un aspecto sumamente interesante de este tipo de contratación desde una página *web*, que guarda relación directa con la última idea expuesta en el párrafo precedente. Si en este tipo de contratación no existiesen condiciones generales, el fenómeno contractual que discurre por la red se estructuraría del siguiente modo. El profesional que actúa como tal a través de su página *web* haría públicas mediante el catálogo una serie de ofertas de compraventa equivalentes a los objetos expuestos, al constituir declaraciones de una auténtica y definitiva voluntad contractual y contener, cada una de ellas, todos los elementos esenciales del contrato a cuya conclusión se dirigen. Por esta razón, los usuarios de la página serían los hipotéticos aceptantes de dichas ofertas. Esto produciría como consecuencia que el contrato se concluyese cuando el usuario aceptara la oferta que haya escogido.

Al margen de otras cuestiones referentes al momento de la perfección del contrato, que serán analizadas más adelante, un problema que se plantea al profesional, proveedor o prestador de servicios, es el de alterar el contenido y características de los productos o servicios (p. ej., su precio o eliminar ofertas promocionales, etc.) que conforman el catálogo de la *web*. Si fuesen ofertas (como en el caso antes expuesto), debería diligentemente cambiarlas empleando la misma publicidad con que las había expuesto, pero quedaría vinculado cuando con antelación a dicho cambio le llegase una aceptación de uno de tales productos. Esto lo evita, precisamente, mediante la inclusión de una cláusula, incorporada a las condiciones generales de contratación, con la que excluya su voluntad contractual sobre los productos del catálogo. Con esta medida, consigue que tales productos expuestos, pese a recoger todos los detalles de forma completa (precio, características, funciones, etc.), no constituyan auténticas ofertas, al carecer de la necesaria voluntad contractual del autor por haberla expresamente excluido. De esta forma, el proveedor o prestador no se ve constreñido a entregar el producto anunciado cuando es solicitado por el interesado (como debiera hacer si se hubiera tratado de una oferta aceptada, es decir, un contrato) y le bastará con comunicarle con que no está disponible el producto, sin engendrarle ningún tipo de responsabilidad.

2 *Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia*

Otra forma de concluir contratos que ofrece Internet es a través del *chat*. Este sistema está pensado principalmente para la realización de conversaciones en la red sobre los más variados temas. Normalmente el *chat*, en cuanto progra-

ma conversacional, se encuentra incluido como uno más de los servicios que ofrecen determinados buscadores y servidores o páginas *web* particulares. Suele estructurarse por categorías dependiendo del tema objeto de conversación, y permite un diálogo escrito o hablado colectivo e instantáneo con las personas que en ese momento se encuentren en la misma «sala o salón».

El contenido de los mensajes es público y abierto a los interesados que están participando en el mismo canal (los cuales suelen mantener el anonimato identificándose con un seudónimo); no obstante, se permite dialogar en privado con alguno de los interlocutores escogiendo previamente esta opción, y siempre y cuando el sujeto elegido consienta. Como se puede apreciar de esta sucinta exposición no constituye *a priori* un canal idóneo para el fenómeno contractual en masa; por el contrario, su finalidad se mueve en el terreno del ocio. No obstante, y en cuanto que permite una comunicación directa entre los sujetos, de forma semejante a la telefónica, es posible imaginarse algún supuesto en que este sistema se empleara para concluir un contrato.

Este hipotético supuesto habría que ubicarlo dentro de una relación en el que las partes se conociesen previamente a través de reuniones y conversaciones anteriores (incluso de forma física), por lo que, guiados por una confianza mutua, no les importase transmitirse las declaraciones constitutivas del consentimiento contractual por este medio (normalmente a través de la opción privada de comunicación vía *chat*), dando nacimiento a un contrato por vía Internet. Es importante resaltar que la relación entre ambos sujetos viene iluminada, con antelación, por la confianza mutua generada en otras experiencias contractuales previas, y asentada en la máxima buena fe de los intervinientes debido a la escasa fuerza probatoria que presenta este medio. La contratación por *chat* sería equivalente a la concluida verbalmente entre partes físicamente presentes o a la concluida por vía telefónica. Las mismas consideraciones hechas sobre el empleo del *chat* en la contratación serían válidas para el uso de la videoconferencia.

3. *Contratos concluidos por medio de correo electrónico (e-mail)*

De acuerdo al artículo 2, f) de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (tras las modificaciones realizadas por la Directiva 2009/136/CE) por «correo electrónico» ha de entenderse «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo». El correo electrónico presenta

como características fundamentales el tratarse de un medio de comunicación entre partes físicamente distantes económico, rápido, personal y asíncrono. Con este último adjetivo se está haciendo referencia al hecho de no requerir una coincidencia temporal de los sujetos implicados en la comunicación, lo que sí sucede con el empleo del teléfono, el *chat* o la videoconferencia. Por otra parte, es importante en el correo electrónico el hecho de que permita registrar el contenido del mensaje enviado y su momento de emisión, así como, en su caso, de su recepción o falta de ella por el destinatario.

Al margen de la relevancia que tiene la utilización de este instrumento de comunicación en el seno de otros tipo específicos de contratos por vía Internet (p. ej., desde una página *web* o en las subastas electrónicas), el caso es que, por su uso cada vez más extendido como medio de comunicación, presenta una importancia autónoma dentro del fenómeno general de la contratación. A esta conclusión ha de añadirse la regulación (nacional y comunitaria) que en materia de firma electrónica se ha ido generando en los últimos años; lo que permite distinguir dentro de este tipo de contratación un régimen jurídico diferente según el correo venga firmado electrónicamente o no. Todo ello hace que, en un futuro próximo, puede representar uno de los sistemas más utilizados para la conclusión de contratos entre partes físicamente distantes, sobre todo en el ámbito de la contratación (mercantil) entre profesionales y aquella correspondiente a la contratación (civil general) entre particulares.

Resulta interesante señalar, ya desde este instante, que la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico será de aplicación al envío de «comunicaciones comerciales» (definición recogida y regulada en sus arts. 2. f), 6, 7 y 8) de un prestador de servicios a terceros mediante correo electrónico, así como a la contratación que pueda tener lugar por este sistema, cuando en ella esté involucrado un profesional que actúe en el ámbito de su actividad. Por el momento baste señalar esto, pues los distintos aspectos relativos a su régimen jurídico serán analizados más adelante; en concreto, en relación al régimen jurídico aplicable dependiendo de los sujetos intervinientes, el momento y lugar de perfección del contrato, su prueba y el uso de firma electrónica en la comunicación por correo electrónico, principalmente.

4. *Contratos celebrados a través de una subasta electrónica*

Las denominadas «subastas electrónicas» representan uno más de los posibles servicios que pueden ofrecer los buscadores u otras *webs* comerciales a sus usuarios. A través de ellas, siguiendo las instrucciones recogidas en

el servicio, las partes involucradas pueden llegar a la conclusión de contratos empleando para ello el sistema de la subasta. Este procedimiento presenta una serie de caracteres específicos que, sobre el esquema contractual de toda licitación, le lleva a combinar elementos propios de la contratación por vía Internet desde una página *web* y los propios del empleo del correo electrónico. Puede afirmarse que en los últimos años han adquirido una especial relevancia por sus peculiares características. Por ello, la contratación por este medio resulta posible gracias a la combinación de los siguientes elementos:

a. El esquema contractual de la subasta

No me detendré acerca del concepto de subasta, tesis doctrinales, tipos, etc.; en cambio deben señalarse las siguientes peculiaridades cuando se efectúa a través de Internet:

- Los contratos definitivos que se concluyen mediante las subastas electrónicas suelen consistir exclusivamente en compraventas. A menudo excluyen la posibilidad de subastar determinados objetos, como animales vivos, tabaco, comida no empaquetada según la normativa al uso, etc.
- El sujeto titular del bien que promueve la subasta por este medio recibe directamente el nombre de «vendedor», el programa informático del servidor realiza el papel de subastador (coordinador o director de la licitación) y el conjunto de sujetos interesados en el objeto subastado son los licitadores o postores.
- Los objetos que son subastados vienen recogidos en una página *web* previa, en la que se informa a los interesados acerca de sus características (incluso resulta posible incorporar una fotografía digital del mismo), precio de salida, plazo de duración de la subasta, etc.
- Para participar en la licitación (como vendedor o como postor) es requisito imprescindible inscribirse previamente en el registro del servidor, donde se recogerán los datos personales relevantes (nombre, lugar de residencia, dirección de correo electrónico, etc.) de cada participante.

Esta última actividad es fundamental a los efectos de llevar a cabo, al final de la subasta, lo que se denomina «calificación del vendedor» –que llevará a cabo el sujeto vencedor en la subasta y por ello comprador– y «puntuación de los postores», que realizará el vendedor respecto al postor vencedor y, en su caso, respecto al postor reserva. Sendas actividades consisten en valorar la actitud de unos y otros a lo largo de la subasta, y una calificación del vendedor o una puntuación del postor negativas servirán para evitar en

el futuro otras actuaciones fraudulentas de dichos sujetos, al impedirles el acceso al programa de subasta.

b El programa informático de subasta del prestador del servicio●

Este programa lleva a cabo las siguientes importantes funciones.

- Desarrolla materialmente la licitación.
- Recoge de forma clara y sencilla las instrucciones técnicas y los distintos pasos que han de seguir los participantes –tanto el vendedor como los interesados en adquirir el producto o postores– en la subasta.
- Realiza la función de director de la licitación; es decir, obliga a todos los postores interesados en la subasta a aceptar las condiciones prefijadas por el vendedor para alcanzar con éxito la subasta, así como las reglas propias del esquema contractual de toda subasta. Entre estas últimas, destaca como principal máxima la de que una vez confirmada una puja por su autor, no puede cancelarla.
- Su funcionamiento es semejante al que emplean las distintas páginas *web* para la conclusión de contratos por Internet, con la peculiaridad de que en el sistema intervienen distintos sujetos realizando pujas hasta que finalice la subasta.
- La subasta que ha seguido un cauce normal finaliza cuando ha pasado el plazo durante el cual estaba abierta sin haber existido ninguna puja –quizá por ser demasiado alto su precio de salida–; por no haberse superado el precio de reserva, si lo hubiese establecido el vendedor (este precio de reserva es una opción que dispone el vendedor al establecer las condiciones particulares de la subasta, y se identifica con el precio más bajo al que el vendedor está dispuesto a vender su objeto); o porque un postor ha realizado la puja más alta (y por encima del precio de reserva si lo hubiera), no superada por ninguna otra. En este último caso queda concluida la compraventa, vinculando al vendedor y al mejor postor –ahora comprador–.

c. La comunicación a través de correo electrónico

Es fundamental el empleo directo de este medio de comunicación tanto entre el programa del servidor y las partes intervinientes, como entre las personas que finalmente devienen partes contractuales del contrato licitado (la compraventa). La comunicación entre el servidor y los participantes tiene lugar a lo largo de todo el procedimiento que dura la licitación. Así sucede

para informar al postor de que la puja por él practicada ha sido recibida, o que su anterior puja ha sido superada por otra superior, así como para comunicarle al mejor postor que la subasta ha sido cerrada, y que debe esperar noticias del vendedor. Esta misma información del cierre de la subasta le será enviada al vendedor, y en ella se le informará sobre el postor vencedor, así como otro u otros postores de reserva. Pero la comunicación por correo electrónico adquiere unos rasgos esenciales en las comunicaciones entre las partes. Durante la marcha de la subasta es posible formular determinadas preguntas al vendedor acerca del objeto que está siendo licitado, siempre y cuando este último haya incluido su correo electrónico en la publicidad previa. Pero cuando adquiere mayor relevancia es una vez concluida la licitación, y el postor vencedor debe esperar la comunicación del vendedor, para informarle sobre el modo de pago y de envío del objeto. A partir de este instante, se puede afirmar que la correcta ejecución del contrato dependerá exclusivamente de la buena fe de los contratantes.

Hasta el momento me he limitado a exponer el funcionamiento de una subasta electrónica abierta al público desde una *web*; sin embargo, sería posible imaginar una subasta que se desarrolle entre particulares siguiendo el cauce de la comunicación por correo electrónico. En este caso, al carecerse normalmente de un programa informático que la coordine, suele desenlazararse en el seno de la comunicación individual entre los intervinientes y encontrarse dirigida directamente por el titular del bien sujeto a licitación. Por todo ello, en su funcionamiento, con las peculiaridades conexas a toda subasta, serían de aplicación las principales conclusiones referidas al empleo de correo electrónico.

E. De acuerdo a la forma en que se recoge el contrato y su fuerza probatoria

Si bien este tipo de clasificación no es nuevo al fenómeno general de la contratación, en cambio sí lo es en cuanto al lugar en donde deban situarse el consentimiento y el documento electrónicos dentro de las clásicas distinciones: consentimiento oral o escrito, documento privado o público. De hecho, sobre todo con la irrupción del documento informático se ha generado un auténtico aluvión de artículos al respecto en toda Europa. Finalmente, la Directiva sobre firma electrónica consolida la situación en el entorno comunitario, dentro del cual –con antelación a su aprobación– Italia ha constituido el país europeo pionero en el reconocimiento del valor de documento privado

al documento informático acompañado de firma digital (que hoy debe ser además reconocida). En el ámbito internacional, previamente ya se había pronunciado a favor de la eficacia jurídica de los documentos informáticos la Ley Modelo sobre comercio electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en particular mediante sus artículos 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9 y 10.

Según la forma del contrato podría distinguirse entre contratos que no requieren de una forma determinada para su existencia; aquellos que, aun coincidiendo con los anteriores, vienen recogidos en una determinada forma sólo a efectos de prueba (*ad probationem*); y finalmente otros contratos que requieren necesariamente para su existencia la presencia de una determinada forma (*ad substantiam*). Dentro de esta clasificación clásica es donde deben integrarse los diferentes tipos de contratos concluidos desde la red; es decir, los contratos digitales (contratos electrónicos acompañados de firma electrónica avanzada), los contratos perfeccionados mediante el sistema de «clicado» –ya se haga desde una *web* contractual o a través de la participación en una subasta–, aquellos concluidos mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico, así como los nacidos mediante el uso de *chat* o videoconferencia. Todas estas cuestiones serán analizadas más adelante, lugar al que me remito.

- F. Desde la perspectiva de su consideración o no como contrato concluido en tiempo real: problemática clasificación de contratos a distancia o entre partes presentes

Esta clasificación, que distingue entre contratos desde Internet perfeccionados en tiempo real y los que no lo son, es consustancial a la contratación a distancia. Esta conclusión llevará a analizar en su momento qué técnicas o medios de comunicación a distancia –en particular qué técnicas de las utilizables desde Internet– permiten una contratación de manera análoga a la presencia física de las partes; por lo que en cuanto a aquéllas que sí lo permitan desaparecerán problemas importantes, como lo es el de la hipotética retirada de la aceptación.

- G. De acuerdo a la presencia o ausencia de condiciones generales de contratación

Este hipotético criterio clasificatorio sería igualmente útil en todo tipo de contratación, permitiendo diferenciar entre contratos en masa y contratos individualizados o negociados. Además, la presencia de condiciones genera-

les va a vincularse de forma directa a la técnica empleada desde Internet para la perfección del contrato. De esta forma, son comunes cuando la conclusión del contrato se logra desde una página *web* o por medio de la participación en una subasta electrónica; mientras que no suelen estar presentes cuando se alcanza mediante correo electrónico, *chat* o videoconferencia. En cuanto al desarrollo específico de toda la problemática que gira en torno a las condiciones generales, y especialmente cuando a ellas se les une el empleo de este medio de comunicación, será analizada más adelante.

Las partes en la contratación desde Internet: el empleo de firmas electrónicas y la protección de los datos personales

I. EL CRITERIO SUBJETIVO DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO

Las características específicas de las partes que dan nacimiento a un contrato a través de Internet van a determinar el régimen jurídico aplicable a la relación contractual creada. Es decir, calificarán al contrato como propio de:

- Una relación mercantil: cuando las partes sean profesionales que intervienen dentro de su ámbito de actuación propio. Este tipo de relación contractual recibe el nombre de «B2B» o «B to B», que hace referencia a la expresión en inglés *Business to Business*.
- Una relación civil: cuando los sujetos que perfeccionan el contrato lo hacen en el ámbito de sus relaciones particulares, careciendo ambos de la condición de profesional. Se califica a la relación de «C2C» o «C to C»: *Consumer to Consumer*; aunque resulta más idónea la calificación de «P to P»: *Person to Person*, en cuanto que la calificación de consumidor depende de la presencia en el otro extremo de la relación de un profesional, lo cual en este caso no ocurre.
- Una relación de consumo: cuando frente a una de las partes que actúa como proveedor profesional del producto o servicio se erija otra que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. La relación recibe el calificativo de «B2C» o «B to C», derivado de *Business to Consumer*.

A cada una de estas relaciones contractuales se aplican las correspondientes normas sustantivas de Derecho mercantil, civil o de tutela de los consumidores, respectivamente, siempre y cuando la normativa específica en materia de comercio electrónico no disponga otra cosa.

Si bien las situaciones indicadas son las más importantes desde la perspectiva del Derecho privado, han de señalarse además otra serie de relaciones diferentes en atención a los sujetos participantes: las que tienen lugar entre las empresas y las administraciones públicas («B2A» o «B to A»: *Business to Administration*); las nacidas entre un ciudadano particular o administrado y las administraciones o poderes públicos («C2A» o «C to A»: *Consumer to Administration*); o las relaciones entre una empresa y sus empleados («B2E» o «B to E»: *Business to Employees*). En general, todas estas relaciones suelen ser empleadas para distinguir las diferentes situaciones propias del comercio electrónico. Por esta razón, y teniendo en cuenta que el fenómeno del comercio electrónico abarca un ámbito más extenso que el de la estricta contratación vía Internet, debe indicarse que no todas las relaciones que surgen entre los posibles sujetos poseen el calificativo de «contractuales». Asimismo, ha de señalarse que en atención a la distinta naturaleza de las relaciones surgidas a través de Internet, cuando éstas tengan carácter contractual, las normas aplicables podrán pertenecer al Derecho civil, al Derecho mercantil, al Derecho de consumo, al Derecho administrativo o al Derecho laboral.

Finalmente, resulta fundamental resaltar de nuevo la interesante y problemática «internacionalización» que tiene lugar en el fenómeno contractual cuando se opera en el marco de Internet. Esta situación se aprecia claramente en la posibilidad real que tienen los consumidores de concluir contratos de carácter internacional a través de este medio, lo cual quedaba antes reservado en la práctica a otros sujetos como las administraciones o actores habituales del comercio internacional como las empresas.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

A. Las partes en una relación derivada de un servicio de la sociedad de la información: prestador de servicios y destinatario

Desde la perspectiva subjetiva, la Directiva 2000/31/CE articula las relaciones que pueden originarse en torno a un «servicio de la sociedad de la información» teniendo en cuenta la presencia de dos partes claramente definidas:

1. Por un lado, se encontraría el «prestador de servicios», al que define como «cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información» (art. 2. b), y que, en el caso en que

ejerza su actividad económica de manera efectiva a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado, recibirá el nombre de «*prestador de servicios establecido*» (art. 2. c). Este artículo 2.c) concluye señalando que «la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios». De este modo, el establecimiento «virtual» –identificable con una determinada página *web* o dirección de correo electrónico– de nada sirve para localizar el establecimiento «real y físico» a que hace referencia el citado precepto.

2. Frente a la figura del prestador se sitúa la del «*destinatario del servicio*», que será «cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible» (art. 2. d).

La Ley española 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que traspone a nuestro país la citada Directiva, traslada los conceptos de «*prestador de servicios*» y «*destinatario*» de tales servicios a su Anexo –titulado: *Definiciones*–; en cambio, el concepto de «*prestador de servicios establecido*» –en este caso en España– viene recogido directamente en su artículo 2. Los prestadores de servicios establecidos en otro país miembro de la Unión Europea o no perteneciente a ella están regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente. Todos ellos son regulados de forma idéntica a la Directiva.

De nuevo ha de recordarse que la contratación a través de Internet representa uno más de los posibles servicios de la sociedad de la información y que, en materia contractual, no todas las posibles figuras contractuales realizables desde la red están reguladas por la Directiva sobre comercio electrónico y su equivalente Ley española. Además esta normativa sobre comercio electrónico no restringe su ámbito subjetivo de aplicación únicamente a la tutela del consumidor, sino que, por el contrario, posee una vocación más amplia; ello es evidente por la propia acotación que practica del sujeto destinatario del servicio. De este modo, la relación de comercio electrónico que regula la normativa vigente puede tratarse tanto de la propia del B2C como del B2B; ahora bien, surgen mayores dudas respecto a las relaciones P2P –es decir, entre simples particulares, sin que esté presente un profesional–, como se verá más adelante.

B. Régimen de establecimiento del prestador de servicios

En cuanto al régimen de establecimiento y de información del prestador de servicios ha de acudirse a los artículos 4 y 5 de la Directiva 2000/31/CE. En particular, el artículo 4.1 establece el *principio de no autorización previa*: a tenor del cual los Estados miembros no exigirán ningún tipo de autorización previa específica, ni otro requisito semejante, a los prestadores de servicios para que lleven a cabo su actividad. No obstante, en el artículo 4.2 indica que la no necesidad de autorización previa al prestador del servicio, «no irá en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones». La referencia hecha a la Directiva 97/13/CE ha de entenderse hoy a la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), que la deroga y reemplaza. En definitiva, este «principio de no sujeción a autorización previa» recogido en la Directiva podría interpretarse del siguiente modo: los prestadores de servicios que se dediquen profesionalmente a esta actividad deberán cumplir con aquellos requisitos genéricos exigibles a la práctica de toda actividad comercial en su respectivo país miembro, sin necesidad de cumplir con otras exigencias específicas vinculadas a este tipo de actividad.

Por lo que se refiere a España, la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico reproduce, en su artículo 6, el principio de «*no sujeción a autorización previa*» recogido en el artículo 4 de la Directiva sobre comercio electrónico que traspone. De este modo, y siempre circunscribiendo el análisis a los trámites necesarios para el ejercicio del comercio electrónico en este país, habría de tenerse presente la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en especial sus artículos 37 y 38. El artículo 37 LOCM exigía a los comerciantes que desearan ejercer las ventas especiales –entre las que se hallan las ventas a distancia– una previa autorización por la respectiva Comunidad Autónoma, así como figurar inscritos en el Registro al efecto instituido por ésta. Ahora bien, la sentencia del Tribunal Constitucional 124/2003, de 19 de junio –que declara este precepto inconstitucional– y las Leyes 47/2002 y 1/2010 que reforman el texto original de la LOCM de 1996 han alterado algunas de estas hipotéticas conclusiones.

Por lo que respecta a la STC 124/2003, este pronunciamiento ha declarado inconstitucional el artículo 37 –además de otros preceptos– de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, por carecer el Estado en el supuesto recogido en el citado precepto de la competencia exclusiva para regular esta materia. La razón de fondo de dicha declaración de inconstitucionalidad se asienta en el hecho de que, por un lado, la necesidad de inscribir las actividades propias de las ventas especiales en un Registro adscrito a cada una de las distintas Comunidades Autónomas y así exigirlo el Estado en la citada Ley no corresponde a su competencia exclusiva al amparo del artículo 149.1.13 CE, sino que, por el contrario, tal exigencia es propia del ámbito autonómico. Por otro lado, la necesidad de un permiso o autorización de la Comunidad Autónoma para el ejercicio de tales ventas especiales es, asimismo, una simple cuestión de mera oportunidad o de política administrativa propia, por ello, de cada Comunidad Autónoma.

Por otro lado, debería tenerse en cuenta la nueva redacción de la normativa que, sobre ventas a distancia, recoge la LOCM tras las reformas de 2002 y 2010; en concreto su artículo 38.2 que dispone lo siguiente: «Las empresas de ventas a distancia deberán comunicar en el plazo de tres meses el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan. Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que practiquen ventas a distancia en territorio español lo comunicarán directamente al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad. El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio informará a las Comunidades Autónomas de las empresas de ventas a distancia registradas. Del mismo modo, las Comunidades Autónomas comunicarán al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente».

Ahora bien, todo lo señalado previamente en materia de régimen de autorizaciones e inscripciones registrales para el ejercicio de las actividades de ventas a distancia –esto es, el contenido del derogado artículo 37 y del artículo 38.2 de la LOCM, este último en su nueva redacción–, no será de aplicación a las actividades de prestación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, para las cuales se deberá acudir a la específica normativa al uso: es decir, la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Ello es así por expreso mandato

de los artículos 38.5 y 38.6 de la LOCM, en su nueva versión tras la reforma de 2002. El artículo 38.5 LOCM establece que «el apartado 2 anterior y el artículo 37 no se aplicarán a las actividades de prestación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico». Este mandato se completa con lo dispuesto en el artículo 38.6 LOCM, según el cual, «cuando la contratación a distancia de bienes o servicios se lleve a cabo a través de medios electrónicos, se aplicará preferentemente la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico».

De este modo, acudiendo a la Ley española 34/2002 sobre comercio electrónico, habría que resaltar los siguientes preceptos aplicables a los prestadores de servicios: artículo 2.4 (aplicación a los prestadores de servicios de las demás disposiciones del ordenamiento jurídico español en función de la actividad que desarrollen, con independencia del uso de medios electrónicos para su realización); y artículos 10.1.b y c (información general exigida a los prestadores de servicios: en particular, los datos de su inscripción en el Registro mercantil o en otro registro público a los efectos de adquirir personalidad jurídica o de mera publicidad, y si su actividad requiriese previa autorización administrativa los datos relativos a ella y al órgano competente de la supervisión).

Esta solución adoptada por el legislador español genera –en cierta medida– un efecto rebote que produce como resultado una falta de regulación, en lo que al control registral del prestador de servicios se refiere, de actividades propias del comercio electrónico operadas por determinados sujetos. A esta conclusión se llega si se tienen en cuenta, conjuntamente, los citados contenidos de los artículos 2.4 y 10 de la Ley 34/2002, y la solución que adoptan los artículos 38.5 y 6 de la reformada LOCM. De acuerdo a tales preceptos, podría afirmarse que, cuando los sujetos que desempeñan el papel de prestadores de servicios de la sociedad de la información –en particular, vendedores que ofrecen sus productos a distancia mediante el empleo de Internet– son *personas jurídicas*, no surgirían problemas de control por parte de las autoridades administrativas, y la situación sería equivalente al supuesto hipotético de aplicárseles el nuevo contenido del artículo 38.2 de la LOCM. Sin embargo, los problemas surgen respecto a las *personas individuales* que practiquen comercio electrónico desde Internet actuando como vendedores de productos. Respecto a ellos se plantea, como primera duda, el hecho de considerarles o no como empresarios o comerciantes (prestadores de servicios) individuales. Para su solución han de analizarse detalladamente los

artículos 2, 3 y 4 de la Ley 34/2002, siendo éste precisamente su régimen específico y diferenciado del correspondiente al sujeto normal que realiza ventas a distancia mediante el empleo de otros medios de comunicación a distancia no electrónicos, como lo es la correspondencia postal simple.

La segunda duda –que en este epígrafe representa la principal– la constituye el hecho de si el legislador español, sobre todo tras las reformas de la LOCM, ha interpretado de forma demasiado expansiva el *principio de no sujeción a autorización previa* que rige en el ámbito europeo en materia de comercio electrónico, hasta el punto de dejar a determinados sujetos sin ningún tipo de regulación en lo que a su control registral se refiere; y no haber optado por interpretar dicho principio de un modo más racional, tal y como ha sido planteado inicialmente en este epígrafe. Es decir, en cuanto que al prestador de servicios de la sociedad de la información no se le exigirá más requisitos que a otro comerciante que practique ventas a distancia por otro medio convencional. Por el contrario, a tenor del artículo 38.5 de la reformada LOCM, cuando se trate de un prestador de servicios de la sociedad de la información que ejerza comercio minorista se le va a exigir un control menos riguroso, en principio, como consecuencia de la confusión que parece existir entre: la inscripción en un registro a efectos informativos y una estricta autorización necesaria para el ejercicio de la actividad. Aun en este segundo supuesto, si dicha autorización fuera exigida previamente para el ejercicio de todo tipo de ventas a distancia –incluidas las operadas a través de Internet–, no habría que entenderla como una contradicción al principio de no autorización previa, de acuerdo con los artículos 4.2 y 5.1.e de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y 10.1.c de la Ley española 34/2002.

En conclusión, mediante el artículo 4 de la Directiva 2000/31/CE se pretende que las actividades propias del comercio electrónico no requieran para su ejercicio de un *plus* en materia de autorizaciones respecto a las demás actividades comerciales que no sean electrónicas. Por tanto, cuando el comercio electrónico sea ejercido como comercio minorista, simplemente se requerirá al comerciante interesado que cumpla con las exigencias afines a todo tipo de comercio minorista y que, en el caso de España, no le será aplicable el artículo 38.2 LOCM.

C. Régimen de información del prestador de servicios

La Directiva sobre comercio electrónico exige a continuación al *prestador de servicios* que proporcione, como mínimo, las siguientes *informaciones*

a los destinatarios de sus servicios y a las autoridades competentes, con el objeto de ser accesible con facilidad y de forma directa y permanente (artículo 5.1):

- Su nombre.
- Dirección geográfica en donde está establecido.
- Sus señas y dirección de correo electrónico, que permitan ponerse en contacto con él de forma rápida, directa y efectiva.
- En caso de encontrarse inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar, facilitará el nombre de dicho registro y su número de inscripción.
- Si su actividad requiere un régimen de autorización, facilitará los datos de la autoridad de supervisión correspondiente.
- En cuanto a las profesiones reguladas, facilitará los datos del colegio profesional o institución similar a la que perteneciese, así como el título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió, y hará referencia a sus normas profesionales aplicables y a los medios de acceder a ellas.
- Si el prestador de servicios ejerce una actividad gravada por el IVA, comunicará su número de identificación a que hace referencia el apartado 1 del artículo 22 de la Sexta Directiva 77/388/CEE del Consejo, de 17 de mayo de 1977, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de los negocios. Sistema común del impuesto sobre el valor añadido: base imponible uniforme. Ha de tenerse en cuenta que la Directiva 77/388/CEE ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, por lo que la referencia anterior se entenderá hecha a ésta.

Este artículo 5 concluye con su apartado segundo haciendo referencia expresa a la forma en que deben venir indicados los precios de los productos o servicios, en el caso de que estén presentes, y exigiendo que «éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío».

Del contenido de este artículo 5 de la Directiva sobre comercio electrónico se observa claramente que la voluntad del legislador es la de lograr una determinación, identificación y localización lo más fehaciente posible

del prestador de servicios. En otros instrumentos comunitarios no se exigía una información tan detallada del profesional, sin embargo, en esta ocasión –por la especialidad del medio– se añaden otras informaciones relevantes para la identificación, la localización y la puesta en contacto con el prestador del servicio. En concreto, en el primer apartado de su artículo 5, además de la dirección geográfica del establecimiento y del nombre del prestador, se le exige una dirección de correo electrónico y, sobre todo, los datos de la autorización administrativa, aquellos a efecto del IVA y la prueba de estar en posesión del título profesional, cuando éstos sean requeridos para el ejercicio de la actividad. Pero es que todas estas exigencias informativas además de deber ser comunicadas al destinatario del servicio, también habrán de ser proporcionadas a las autoridades administrativas competentes. Por último, debe recordarse que el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico trasciende el estricto contexto del consumidor. Así, puede apreciarse que respecto a la información de los datos del profesional prestador o proveedor del servicio es más exigente que otras directivas dirigidas al consumidor; pero, además, ha de destacarse que esta protección y claridad informativa beneficiará también a la contratación electrónica entre profesionales.

Con referencia a la situación presente en España, merece ser comentado el artículo 10 de la Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo contenido es equivalente al recogido en el citado artículo 5 de la Directiva sobre comercio electrónico. Este artículo 10 de la Ley española –titulado: *Información general*– contiene las mismas prescripciones informativas exigidas por la Directiva a las que, no obstante, añade expresamente la obligación de informar acerca de los «códigos de conducta» a los que, en su caso, el prestador de servicios estuviese adherido y el modo de consultarlos electrónicamente. Por otro lado, el apartado segundo de este artículo 10 evidencia el hecho de que la prescripción de este conjunto de informaciones está dirigido sobre todo hacia el ámbito del comercio electrónico que se desarrolla desde una página *web* en Internet, permitiendo un acceso de su contenido al público en masa y, en el caso en que sea posible contratar desde dicho sitio, consintiendo en una contratación igualmente en masa. Además, su tercer apartado –fruto de la Ley 59/2003 de firma electrónica– se detiene expresamente acerca de la información que debe proporcionar el prestador de un servicio al usuario cuando, con tal fin,

emplee una conexión de tarificación adicional y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación.

- D. El concepto de consumidor en las relaciones derivadas de un servicio de la sociedad de la información

La Directiva sobre comercio electrónico identifica al «consumidor», en su artículo 2. e), con «cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión». En España, la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico remite la definición de «consumidor» a la normativa de consumo vigente en nuestro país, que en la actualidad se corresponde con el artículo 3, titulado: *Concepto general de consumidor y de usuario*, del Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a cuyo tenor: «(...) son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Esta definición de «consumidor» se articula inescindiblemente sobre otro concepto: el de «profesional, empresario u operador comercial». En el siguiente epígrafe se planteará la duda de si el concepto de «prestador de un servicio de la sociedad de la información» –que recoge normativa europea y nacional sobre comercio electrónico– deba incluirse exclusivamente dentro de la categoría de «profesional».

Por el momento, es interesante detenerse en la figura del «consumidor». La doctrina suele señalarle tres elementos definitorios. En primer lugar, –siguiendo la normativa comunitaria– ha de tratarse de una persona física; por lo que se debería excluir como consumidores, en principio, a las personas jurídicas. Como segundo elemento se exige que esta persona física actúe con una finalidad no profesional o, lo que sería lo mismo, con un propósito ajeno al rol profesional que la persona física suele desempeñar. Por último, frente a ella habrá necesariamente de erigirse un sujeto que actúe en la relación que les une siguiendo un propósito profesional o comercial; si no fuera así, la relación en teoría no se encontraría desequilibrada y no merecería ser objeto de esta especial tutela del Derecho de consumo.

No me voy a centrar, en esta ocasión, sobre los dos últimos elementos de la definición. En cambio, creo que merece la pena detenerse un momento acerca de las posibles consecuencias que puede ocasionar restringir o no la figura del consumidor a un persona física. Dentro del marco de la Unión Europea esta posibilidad ha sido permitida por la propia definición de «directiva» –princi-

pal instrumento empleado para la armonización de todo el sector relativo a la tutela del consumidor— que, en cuanto instrumento normativo marco, se limita a fijar a los Estados miembros sólo unos mínimos que deberán respetar en el posterior desarrollo nacional o transposición de la misma a su territorio. El resultado de todo ello es que por «consumidor» en Italia, por ejemplo, solamente puede entenderse a una *persona física*; mientras que en otros países de la Unión —como es el caso de España— puede serlo también una *persona jurídica* (p. ej., una fundación o asociación carente de carácter mercantil y/o profesional). Las hipotéticas consecuencias de esta divergencia de criterios en torno al concepto de «consumidor» pueden verse agravadas cuando éste se ve inmerso en una relación propia del comercio electrónico que, por definición, tiene una clara vocación internacional. Se ha señalado ya que el consumidor, gracias al empleo de Internet, se ha convertido en un potencial sujeto activo del Derecho internacional privado; por esta razón, si, por ejemplo, una fundación italiana puede contratar válidamente a través de Internet —ya se trate de la conclusión de una compraventa o bien de un contrato de prestación de servicios— con un empresa española, habrá de determinarse siguiendo las reglas establecidas al efecto cuál es el derecho aplicable a la relación: Derecho de consumo o no. Para resolver esta cuestión se debe acudir, en el ámbito de la contratación comunitaria, a la aplicación del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

E. Posibilidad de que un particular desempeñe el papel de prestador de servicios. Supuestos y requisitos

De la definición de «*destinatario del servicio*» recogido en la Directiva sobre comercio electrónico se extrae claramente los posibles sujetos que pueden ostentar esta categoría: se tratará de un «profesional» que actúa como tal solicitando dicho servicio, o de un «consumidor», en cuanto «persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión» (art. 2. e). En semejantes términos se pronuncia la normativa española de transposición, para la cual «destinatario del servicio» o «destinatario» lo será la «persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información» (letra d del Anexo: *Definiciones* de la Ley 34/2002). Ahora bien, surgen algunas dudas respecto a la posibilidad de que el «destinatario del servicio» se trate de un particular (ni profesional, ni consumidor); lo que en último término dependerá del hecho de si es posible que un particular desempeñe el rol de «prestador de servicios».

La Directiva sobre comercio electrónico recoge dos conceptos diferentes de «*prestador de servicios*» dependiendo de si está o no establecido (arts. 2, b y c); en este segundo caso, podría en principio tener cabida un particular, pero no en el primero, pues está pensado para profesionales (en términos semejantes, vid. art. 2 y ss. Ley española 34/2002). La forma de actuar que debe emplear este particular, para ser considerado un «*prestador de servicios*», ha de ser la de prestar un servicio de la sociedad de la información en los términos y con los matices previamente analizados. Como se ha visto, la Directiva excluye la posibilidad de calificar como tal el empleo del correo electrónico entre los particulares –incluso cuando a través de él perfeccionen contratos–, lo que en principio podría interpretarse como un argumento en contra de su consideración como «*prestador de servicios*».

De esta forma, la única posibilidad que le queda al particular para ser considerado un «*prestador de servicios*» es que actúe a través de una página *web*, en cuanto que está dirigida a todos aquellos interesados que deseen acceder a ella. En principio, esto resulta perfectamente posible, ya que cualquier ordenador actual puede equiparse con un programa que permite a su usuario crear una página *web* propia, y lanzarla a la red (tras la adquisición de un dominio, por ejemplo: *www. .es*); por lo que, de momento, no puede negársele la posibilidad de actuar como un «*prestador de servicios*». Por esta razón, el particular se encuentra habilitado para ofrecer al público en general, desde su página *web*, un conjunto de actividades o servicios; unos gratuitos, y otros que pueden ser onerosos. Entre los servicios gratuitos cabría pensar en la posibilidad de que ofrezca desinteresadamente información sobre los más diversos temas. En este sentido, el público puede tener acceso a tales informaciones y hacerse con ellas. Por lo que, teniendo presente el hecho de que «*prestador de servicios*» puede serlo aquél que ofrece información desde la red al público en general, y sin necesidad de que reciba remuneración alguna, cabría calificar como tal al particular. Por todo ello, se le aplicaría la Directiva sobre comercio electrónico, y habría que exigirle que cumpliera con los requisitos informativos sobre su persona, recogidos en el artículo 5 de la Directiva: *Información general exigida* (vid., en España, art. 10 Ley 34/2002).

Ahora bien, hay que pensar que también es posible que a través de su página *web* pueda llegar a la conclusión de contratos (p. ej., permutas, compraventas, etc.), mediante la oferta de determinados productos (de forma semejante a como puede tener lugar mediante la publicidad de anuncios de

venta en un periódico, etc.). La cuestión, por ello, que se debe analizar es la del modo mediante el cuál puede perfeccionarlos a través de la red, y ver si es posible que se le aplique la normativa específica que en materia de contratos electrónicos establece la Directiva sobre comercio electrónico.

En principio, debe excluirse la posibilidad de que realice ventas en masa –asistido por un programa informático de venta– u otros contratos en masa empleando esta misma mecánica; pues se trataría no ya de un particular, sino de un profesional. Por este motivo, la contratación que puede llevar a cabo un particular queda restringida a la ocasional de determinados objetos, pero siempre limitados en número. Por lo que el particular no puede realizar, en términos estrictamente jurídicos, «ofertas al público»; entendiendo por tales a las que, además de estar dirigidas a un número indeterminado de personas, de ellas pueden derivarse tantos contratos como personas las acepten. Ahora bien, en cuanto que su página *web* le permite transmitir al público en general una información específica sobre un objeto destinado a su contratación, tal y como sucedería con cualquier otro tipo de información vertida a la red, deberá cumplir también los requisitos exigidos por el citado artículo 5 de la Directiva sobre comercio electrónico (vid., art. 10 Ley española 34/2002). No obstante, se está afirmando que puede contratar electrónicamente desde la red, por lo que *a priori* cabría incluirlo como «prestador de servicios de la sociedad de la información» a los efectos de aplicarle las normas que sobre esta concreta materia recoge la Directiva sobre comercio electrónico.

Se debe continuar con el análisis hasta localizar el elemento que le excluya, en su caso, de tal consideración, y éste se localiza en la forma en que suelen llegar a perfeccionarse este tipo de contratos. El particular emplea su página *web* con una finalidad semejante al uso que le da a un periódico cuando en su interior incluye, en la sección habilitada para ello, un anuncio de venta (o de otro contrato) de algún bien que le pertenece. Por lo que, una vez que le ha permitido contactar con un sujeto interesado en su oferta, la contratación no es realizada directamente desde la propia página *web*, sino que se practicará por otro medio: ya sea físicamente, por correspondencia postal, etc. Pero también pueden hacerlo a través de correo electrónico, al que la Directiva sobre comercio electrónico califica de «individual», para distinguirlo del uso que le pueden dar los profesionales mediante el empleo de un programa de contratación electrónico. Y este es precisamente el supuesto de contratación en la red que expresamente excluye de su ámbito de

aplicación el *Considerando* 18 de la citada Directiva. Lo mismo ocurriría con el empleo de *chat* o videoconferencia. Estas mismas conclusiones se aprecian en la normativa española al analizar la definición de «servicios de la sociedad de la información» y sus exclusiones que ofrece en su Anexo la Ley 34/2002.

En conclusión, el particular puede ser «prestador de servicios» en cuanto sujeto –persona física– que proporciona información de forma gratuita al público, por lo que se le aplicarán las reglas generales del artículo 5 de la Directiva sobre comercio electrónico en materia de información personal; pero no puede ser un «prestador de servicios» en cuanto dirigido a ofrecer la contratación de productos en masa mediante un sistema informático habilitado para ello (programa electrónico de contratación), por lo que no le serán aplicables las normas específicas de la Directiva en materia de contratación electrónica. Surgen al menos dos dudas acerca de estas conclusiones. La primera, respecto a si se le deben aplicar al particular las normas sobre «comunicaciones comerciales», al disponer de un medio dirigido al público general. En cuanto a esta cuestión entiendo que no, debido precisamente al concepto que de tales actos incluye la Directiva sobre comercio electrónico, y que los restringe subjetivamente a los proporcionados por «una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas». La segunda hipotética duda parte del hecho de que si el particular puede ser «prestador de servicios», en cuanto que permite acceder al público de forma gratuita a un determinado contingente de información en la red, qué sucedería si a cambio de su información solicitase contraprestación, e incluso instalara un programa mediante el cual realizase automáticamente el intercambio información/precio. En mi opinión, se estaría en la misma situación que el particular que instala en su página *web* un programa de contratación en masa (que también lo es el que realizaría el intercambio de información por dinero) y ofrece cualquier otro tipo de producto. No se trataría ya de un particular, y se habría transformado en un profesional; por lo que sería de plena aplicación la Directiva sobre comercio electrónico.

III. VIGENCIA DE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL RELATIVAS A LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LAS PARTES

En la contratación en Internet siguen rigiendo las normas generales que, en materia de capacidad para manifestar el consentimiento contractual, recogen los códigos civiles nacionales (arts. 1263 y cc. del Código civil español). Sin embargo, en cuanto contratación que normalmente tiene lugar

entre partes que no se hallan físicamente presentes, posee específicas y relevantes peculiaridades, como los problemas asociados a la correcta identificación de cada uno de los sujetos intervinientes en la perfección del contrato, o la determinación de sus circunstancias personales a tal efecto (capacidad y representación). Sobre este particular se dan cita un gran número de cuestiones asociadas a la problemática general de la capacidad contractual de las partes, como es el caso de la participación de los menores de edad en la contratación, que debido a la falta de presencia física de los sujetos se verán agravadas. No obstante, si se compara la tradicional contratación entre partes físicamente presentes con este tipo de contratación operada desde Internet, se observa que desde la estricta perspectiva de la manifestación del consentimiento siguen siendo plenamente válidas las reglas del Derecho privado general, y la única peculiaridad que presentan algunos de los sistemas de contratación a través de Internet (p. ej., desde una *web* o en el entorno de una subasta electrónica) es de forma. Es decir, en estos casos, el específico momento de exteriorización de la voluntad contractual se localizaría en la pulsación del icono correspondiente a «aceptar», «comprar» u «ordenar» desplegado en el monitor.

La normativa aplicable exige al *prestador de servicios* –principalmente cuando actúa desde una página *web* desde la que se dirige al público en general– una identificación clara inexcusable. Esta exigencia viene prescrita, en este caso, desde una doble perspectiva: a tenor de la legislación específica en materia de comercio electrónico (cfr. art. 5 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, y art. 10 de la Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico), pero también de acuerdo a los controles que cada ordenamiento impone a los sujetos para el ejercicio de actividades comerciales (vid., principalmente, Ley de Ordenación del Comercio Minorista en España). Además, en el caso en que se esté en presencia de una contratación en que intervengan consumidores, la normativa específica a él aplicable también exigirá dicha identificación al operador comercial.

Puede afirmarse que en algunas ocasiones la identificación del prestador de servicios escapa de los controles creados al efecto; pese a todo, el principal problema se va a localizar al otro lado de la relación contractual: el correspondiente al *destinatario* del bien o servicio. Respecto a este último es donde surgen los principales inconvenientes acerca de: el modo de identificarlo correctamente, la forma de determinar sus condiciones personales y la manera

de comprobar fehacientemente el lugar desde el cuál formaliza la relación contractual. En la práctica, en ocasiones el único modo posible de lograrlo consistirá en el seguimiento *a posteriori* de las trazas que deja en la red la dirección IP del ordenador desde el cual operó. En todo caso, esta última posibilidad no es infalible, pues el sujeto pudo haber empleado un ordenador de acceso al público en general para comunicar los mensajes, o haber asumido una identidad falsa en la red o enviado mensajes en Internet en forma anónima mediante el recurso a sitios denominados «*anonymizer*». Por otro lado, si bien se pudiera localizar el lugar en que se encuentra el ordenador desde el cual se aceptó el contrato, los problemas siguen estando presentes en cuanto que los datos personales del contratante pueden seguir siendo desconocidos por haberlos dado incorrectamente el sujeto en cuestión.

Estas son algunas de las razones por las cuales la tendencia actual en la regulación del fenómeno consiste en dotar de una naturaleza objetiva o de un carácter claramente material o físico las bases de la determinación del lugar en que operan los sujetos intervinientes en la comunicación –sobre todo a efectos de determinar el lugar de nacimiento del contrato–, sin importar el lugar denominado «virtual» en el cual se concluye. Un ejemplo expreso de esta opción viene recogido en el literal del artículo 29 de la Ley española 34/2002, según el cual «los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual», y «los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios».

V. IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO PREVIO A LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DE LAS PARTES: CAPACIDAD CONTRACTUAL Y LOCALIZACIÓN DEL HIPOTÉTICO INCUMPLIDOR

No sería descabellado imaginarse que la intervención de incapaces en este tipo de contratación parecería improbable por la aparente complejidad del sistema. Pero al margen de su mayor o menor accesibilidad, es evidente que los menores de la generación Internet han crecido con este nuevo medio de comunicación y conocen perfectamente su utilización. Por todo ello, la cuestión no es superficial, sobre todo si se piensa en los variados servicios que se ofrecen en la red y lo fácil que es conseguirlos simplemente marcando iconos.

Los menores de edad y los incapacitados pueden celebrar contratos válidos –no anulables– siempre que tengan la suficiente capacidad natural exigible socialmente para el tipo específico de negocio de que se trate (p. ej., la compra de un juego de ordenador por un menor de 12 años); no obstante, a menudo suelen carecer de ella. Así sucedería cuando, por ejemplo, un menor de 13 años pretende adquirir un bien de importante valor a través de Internet. Ello conlleva un importante elemento de inseguridad para la otra parte contractual, ya que puede contratar con un menor que carezca de suficiente capacidad para celebrar el tipo específico de negocio de que se trate, sin tener apenas medios para saberlo. Pero lo que aún es más importante es que el menor puede, ya no contratar –que también lo podrá hacer–, sino acceder a determinadas páginas *web* cuyos contenidos y servicios quedan reservados estrictamente para adultos.

En principio, pudiera pensarse que todas estas circunstancias personales (entre ellas la minoría de edad, pero también la asunción por un impostor de la identidad de otra persona o su hipotética representación sin estar para ello autorizado) son controlables en un doble momento del fenómeno contractual, los correspondientes al pago del producto o servicio y al de su entrega. Pero esta conclusión *a priori* debe ser matizada. Por un lado, ha de señalarse que ambas actuaciones corresponden a una etapa posterior a la perfección del contrato: la relativa a su ejecución. Ello implica que el contrato ha sido ya concluido, por lo que las partes se moverían en el terreno de la resolución contractual (p. ej., de la parte con capacidad contractual frente al menor, carente de ella, por incumplimiento del pago de la contraprestación, cfr. art. 1124 y cc. CC español) o de la anulabilidad del contrato (en este caso, del menor por medio de su representante legal o por sí mismo una vez alcance la mayoría de edad frente a la otra parte contractual dotada de capacidad plena, cfr. arts. 1300 y cc. CC español). En segundo lugar, si bien es verdad que cuando la contratación es practicada desde una determinada página *web* en ocasiones es necesario que el solicitante del producto o servicio rellene los datos de su tarjeta bancaria –por lo que podría impedirse así la intervención del incapaz al carecer de ella–, sin embargo, lo normal es que tenga libertad para escoger en su hoja de pedido el modo de pago que le resulte más conveniente (correo contra reembolso, giro postal, transporte contra reembolso, transferencia bancaria, etc.). De esta forma, es posible que el menor logre pagar el producto adquirido; por lo que, incluso en este supuesto, los problemas que pudieran surgir de la hipotética contratación llevada a cabo por el incapaz se moverían en el ámbito de la ejecución de un contrato anulable sólo en beneficio del incapaz.

Por lo que se refiere al hipotético impostor que se hace pasar por otra persona, podría haberse hecho con los datos de la tarjeta de crédito de esta última, procediendo directamente a efectuar el contrato desde Internet. En cuanto a la entrega del producto otro tanto sucedería, no importando el hecho de que pueda ser enviado inmediatamente a través de la red a su adquiriente –al estar recogido en soporte informático (p. ej., un juego o un programa de ordenador)–, se lo lleven a su domicilio o acuda personalmente a recogerlo al servicio de entrega. Por estas razones, resulta fundamental conocer con antelación a la perfección del contrato todos los datos personales de los sujetos involucrados, así como sus circunstancias en materia de capacidad o representación, para evitar su conclusión en el caso de carencia de ellas.

El conocimiento de los datos de las partes contractuales es fundamental también –como se ha indicado– cuando ambas poseen plena capacidad de contratar, sin importar el sistema que empleen para concluir el contrato o la condición de consumidor, profesional o particular que les corresponda en la relación (piénsese en la posibilidad que brinda el sistema para cometer estafas, fraudes y abusos encubiertos). Frente a todas estas cuestiones ha de afirmarse que, por el momento, los instrumentos de que disponen las partes para llevar a cabo este control en la red son de una eficacia reducida, sobre todo en cuanto al acceso de los menores a la contratación de determinados servicios.

En ocasiones, cuando la contratación tiene lugar desde una página *web*, con antelación a la realización del primer pedido de un cliente nuevo, el proveedor suele exigirle que se inscriba en su propio registro privado de usuarios. Para ello, deberá rellenar un formulario con sus datos personales, lugar de residencia, dirección de correo electrónico, etc., así como incorporar una contraseña (la que desee), que será requerida por el proveedor en todas las hojas de pedido que realice posteriormente con él. La eficacia de esta contraseña, en cuanto dirigida a evitar la participación de los menores en ámbitos contractuales para los que carecen de capacidad, es nula. Principalmente debido a dos factores. Normalmente, porque entre los datos que debe rellenar el nuevo cliente no se incluye su documento nacional de identidad, ni su número de identificación fiscal. Además, basta con que el menor o el impostor se registren directamente para conseguir su propia contraseña, y actuar de forma libre en el proceso contractual.

En definitiva, resulta evidente que no se tendrá la misma seguridad jurídica al respecto que existe en una contratación entre partes físicamente presentes. Esta desventaja puede ser solventada en un futuro si se generaliza

el uso obligatorio en toda contratación en la red de un documento electrónico de identidad seguro –que serviría de forma semejante al actual documento nacional de identidad realizado en papel–; o al menos se exija el empleo para la conclusión del contrato de una firma electrónica de unas características particulares de seguridad, que permitiese la perfecta identificación de aquellos sujetos dotados de capacidad contractual. Las características de este tipo de firma electrónica serían las siguientes: 1) Para su obtención se podría requerir la capacidad general para contratar (ser mayor de 18 años y no hallarse incapacitado). 2) El coste de su obtención debería ser nulo o al menos de reducido valor, precisamente para no desincentivar la participación masiva del público en este tipo de contratación. 3) Habría de poseer un carácter internacional, pues de otro modo perjudicaría a los profesionales nacionales y no conseguiría cumplir con su finalidad última. 4) Se trataría de una firma electrónica avanzada reconocida; es decir, se compondría de dos claves asimétricas: una privada y otra pública, y vendría acompañada de un certificado reconocido mediante el cual se acreditase fehacientemente que la clave pública se corresponde con la identidad del titular de la firma o firmante. En definitiva, su régimen jurídico presentaría una gran similitud al recogido en las actuales regulaciones comunitaria (Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica) y nacionales sobre firma electrónica (Ley española 59/2003 de firma electrónica).

En cuanto a su funcionamiento –aplicado a la formación de un contrato desde una página *web*– seguiría el siguiente esquema. Toda la etapa previa al nacimiento del contrato continuaría funcionando del mismo modo a como ahora lo hace (es decir, acceso libre a la *web*, visión del catálogo de los productos, etc.), salvo para aquellos servicios que por su contenido se requiera ser mayor de 18 años. En estos últimos casos, habría que firmar electrónicamente la solicitud de acceso a la propia página *web* del siguiente modo: el solicitante rellenaría sus datos personales (nombre, domicilio, dirección de correo electrónico, edad, etc.) en la solicitud, y además, en un apartado específico para ello denominado anexo, sello o firma, incorporaría su clave privada. De esta forma, sólo ese sello o anexo de la solicitud quedaría encriptado, codificado o cifrado, pues los restantes datos de la solicitud deben ir sin cifrar (como sucede ahora con cualquier hoja de pedido). A continuación, el solicitante del servicio pulsaría el icono correspondiente a cursar su solicitud. Una vez que recibe la solicitud, el prestador del servicio (normalmente titular de la *web*) deberá añadirle la clave pública del sujeto solicitante. Si con

ello logra descodificar el anexo, sello o firma, significará que el solicitante es mayor de 18 años y se corresponde con la persona y demás datos recogidos en la solicitud, por lo que se le facilitará el acceso a la *web*. Si el sello no es descodificado, le enviará un mensaje a su correo electrónico advirtiéndole que ha firmado electrónicamente mal la solicitud, y que no puede permitirle el acceso a la *web*.

Podría perfectamente argumentarse que este sistema carece de la confidencialidad necesaria que determinados servicios o transacciones por su propia naturaleza requieren. Este problema sería subsanable cuando en la firma electrónica del solicitante figura públicamente como clave sólo su seudónimo, y en tanto que la solicitud únicamente recogiera con relación a sus datos este seudónimo junto el anexo o sello –sin ninguna referencia escrita a sus datos personales reales–, teniendo en cuenta la necesidad de ser mayor de 18 años para estar en posesión de dicha firma, haría que, en el caso en que se descodificara, equivaldría a estar en posesión de dicha edad. Este mismo funcionamiento (a excepción de la última precisión indicada en materia de confidencialidad) tendría lugar en las demás páginas *web*, pero con la diferencia de que el acceso a ellas es libre, y la necesidad de firma electrónica sólo sería requerida en el momento en que solicitara el producto o servicio. A su vez, el sistema se podría completar, ganando en seguridad, exigiendo al proveedor o prestador del servicio el envío al correo electrónico del usuario-contratante del justificante del contrato concluido (con todo su contenido) en un documento con su firma electrónica. En este último caso, dicho documento podría venir doblemente encriptado al añadirle el prestador del servicio (o profesional) su propia clave privada y la clave pública del destinatario. Con lo que se conseguiría la máxima seguridad respecto a la identidad del proveedor y sobre el contenido del contrato.

V. SITUACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PARTES EN LOS DIFERENTES CONTRATOS CONCLUIDOS DESDE INTERNET: LA IDENTIFICACIÓN O IDENTIFICABILIDAD DE LAS PARTES

A. Contratos celebrados desde una página *web*

Este tipo de contratos son los más numerosos en Internet. Por todo ello, la tendencia general en todos los ámbitos normativos se orienta hacia la perfecta regulación de este específico fenómeno contractual; pues en la práctica, casi por definición, en la perfección de contratos mediante este

procedimiento nunca existe un contacto físico previo de las partes, como sí puede acontecer en otros tipos de contratación entre partes a distancia (p. ej., mediante correspondencia postal).

El proveedor o prestador del servicio ofrecido –que en este caso estará circunscrito a la persona física o jurídica que manifiesta a través de la red, y desde su propia página *web*, un conjunto de ofertas contractuales, ya sean de productos o servicios, cumpliendo todos los requisitos para poder ser calificadas como tales y no de simple publicidad; salvo que expresamente les haya excluido su consideración como ofertas– no requiere, en principio, de ningún tipo de autorización especial previa de las autoridades administrativas de su país, ni de ningún otro de la Unión Europea, para participar en el fenómeno contractual que tiene lugar en la red. Esta cuestión se halla expresamente regulada en el artículo 4 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y ya ha sido previamente analizada. Pero lo que la citada Directiva sí va a exigir al prestador de servicios es un conjunto de informaciones muy precisas sobre su persona y su actividad, tal y como vienen recogidas en su artículo 5 (nombre del prestador de servicios, dirección geográfica donde está establecido, su referencia en el registro mercantil u otro de naturaleza análoga si es que está inscrito en ellos, etc.). De esta forma, la persona física o jurídica que actúa en la red, ofreciendo sus productos o servicios al público en general, debe encontrarse perfectamente determinado.

Es importante resaltar que el contenido de esta Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico redundará en beneficio de la correcta información no sólo de los consumidores, sino también de otras partes contractuales que pueden darse cita en estas páginas *web*, como son otros profesionales. Además, la Directiva dispone de dos preceptos específicos –los artículo 10 (*Información exigida*) y 11 (*Realización de un pedido*)– dirigidos expresamente a exigirle al prestador de servicios otras informaciones relevantes no ya sobre su identificación, cuando se esté en un proceso propio de contratación electrónica. Estos aspectos que recoge el artículo 10 consisten en informar acerca de: los diferentes pasos técnicos necesarios para la conclusión del contrato; si el prestador registrará o no el contrato y, de así serlo, si será accesible; los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos antes de efectuar el pedido; las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato; los códigos de conducta que rigen en la relación y el modo de consultarlos electrónicamente. Estas obligaciones informativas deben ser cumplidas ineludiblemente por el prestador del servicio cuando contrate con

un consumidor; sin embargo, cuando sendas partes no sean consumidores podrán prescindir de dar cumplimiento a esta obligación si así lo establecen. Por otro lado, el artículo 10.3 de la Directiva exige al prestador que informe a la otra parte –sin importar que ésta sea consumidor o no– acerca de las condiciones generales que rigen en la relación contractual, además de si tales condiciones pueden ser almacenadas y reproducidas. En cuanto al artículo 11 de la Directiva (*Realización de un pedido*) exige al prestador de servicios que acuse recibo del pedido del destinatario sin demora y por vía electrónica; esta obligación puede ser exonerada si así lo pactan las partes contratantes siempre que ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor. La Ley española 34/2002, que traspone la Directiva 2000/31/CE a este ordenamiento nacional, reproduce ambos preceptos (arts. 10 y 11) en sus artículos 27 (*Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación*) y 28 (*Información posterior a la celebración del contrato*), respectivamente.

Por lo que respecta a la otra parte que da nacimiento al contrato mediante este sistema –ya sea un consumidor o un profesional–, el perfecto conocimiento de sus circunstancias personales dependerá de la mayor o menor diligencia con la que el prestador de servicios confeccione su hoja de pedido y, correlativamente, de la honestidad con la que el interesado la rellene. En la práctica, lo normal es que la hoja de pedido exija los siguientes datos personales: nombre y apellidos, dirección, ciudad, país, código postal y dirección de correo electrónico; además de otros cuya aportación no suele ser obligatoria, por ejemplo, número de fax y de teléfono, documento nacional de identidad, o número de identificación fiscal. Una vez cubiertos todos estos datos, los posibles problemas que pudieran originarse en cuanto a la capacidad contractual del aceptante o su identidad se dirimirán aplicando las normas generales del Código Civil al respecto, ya sea por cauce judicial o extrajudicial (vid. arts. 17 y 18 de la Directiva sobre comercio electrónico; y arts. 30, 31 y 32 de la Ley española 34/2002).

B. Contratos a través de subasta electrónica

Otro tanto ocurre respecto a los contratos celebrados mediante la participación en una subasta electrónica; pues, pese al sistema empleado para la determinación de la otra parte contractual –el participante que venza la licitación–, las anteriores características referidas a la contratación desde una página *web* siguen manteniéndose. De este modo, se exige a los sujetos participantes en la subasta, ya sea como vendedor o como postores, que se inscriban previamente en un registro particular del servidor en el que se lleva a cabo.

Es interesante resaltar que la normativa recogida en la Directiva sobre comercio electrónico será aplicable también a este tipo de contratos cuando estén dirigidos al público en general, tal y como acontece si la subasta se practica desde una página web. De forma expresa la Ley española 34/2002 sobre comercio electrónico define en su Anexo, letra a), 2º, como «servicios de la sociedad de la información», siempre que representen una actividad económica, la organización y gestión de subastas por medios electrónicos. Sin embargo, cuando la subasta tenga lugar entre particulares —es decir, sujetos todos ellos que participan en la subasta actuando fuera de su profesión y de forma privada, es decir, una subasta no dirigida al público en general a través de la red—, empleando para ello el correo electrónico individual, no serán aplicables los preceptos de la Directiva sobre comercio electrónico (cfr. *Considerando* 18) al estar dirigida a la regulación de lo que denomina «servicios de la sociedad de la información», de la que este último ejemplo no formaría parte.

A ello hay que añadir que la normativa recogida en la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Directiva 97/7/CE que es derogada y sustituida por la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores a partir del 13 de junio de 2014) no tendrá aplicación cuando los contratos se concluyan mediante subasta, a tenor de su artículo 3.1.

A idéntica conclusión se llegaba en España, en materia de «ventas a distancia», en cuanto a la no aplicación de los artículos 38 a 48 de la Ley española 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, antes de la reforma que ha experimentado en el 2002, partiendo de la expresa exclusión que de este tipo de contratación realizaba la citada Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. En cambio, siempre con antelación a la reforma de 2002, sí le eran de aplicación los artículos 56 a 61 —específicos para las subastas en general y sin referencia a las realizadas a distancia— de esta LOCM. Como resultado de la reforma de 2002, la nueva redacción del artículo 38.3 de la LOCM dispone que la regulación en materia de «ventas a distancia» es de aplicación también a las subastas efectuadas por vía electrónica.

Con posterioridad, en España, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se deroga el artículo 48 (*Derechos del consumidor*) de la LOCM y su contenido es regulado expresamente por el citado Real Decreto

Legislativo 1/2007, y además, recoge en su artículo 93.1.b) *–a sensu contrario–* que el régimen relativo a los contratos a distancia en que participen consumidores será de aplicación a las ventas celebradas en subasta efectuadas por vía electrónica.

Con el fin de aclarar la confusión que presentaba la Directiva 97/7/CE y las normas nacionales de transposición con referencia a las subastas, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores señala, en su *Considerando* 24 y en su artículo 2.13, que la expresión «subasta pública» queda reservada en la presente Directiva a aquellas que requieren la presencia física del comerciante y del consumidor (asistencia a la subasta en persona), por lo que el uso para las subastas de plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no debe considerarse subasta pública a los efectos de la presente Directiva. En definitiva, la Directiva 2011/83/UE es de aplicación a las subastas realizadas por medios electrónicos, siempre que cumplan los requisitos expuestos para ser considerada «servicio de la sociedad de la información».

C. Contratos perfeccionados mediante correo electrónico

Han de distinguirse en cuanto al empleo de este sistema en la perfección del contrato distintos supuestos:

- 1) El primero estaría representado por aquellos casos en los que el contrato nace mediante la transmisión de la aceptación contractual a través de correo electrónico *–ya lo sea en forma simple o bien acompañada de firma electrónica–* a la dirección recogida en una determinada página *web*, cuyo titular y prestador de servicios ha de cumplir previamente con todos los requisitos informativos exigidos en la Directiva sobre comercio electrónico (art. 5), y que son los recogidos en España en el artículo 10 de la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico, a los que antes se ha hecho referencia. Igualmente sucedería si la aceptación contractual es transmitida por el prestador de servicios, cuando mediante condiciones generales excluye el carácter de oferta a los productos publicitados, por lo que la oferta sería la solicitud del servicio por parte del interesado. En estos casos, los problemas acerca de la identificación de una de las partes *–el prestador de servicios y titular de la página web–* desaparecen. Y, en cuanto a los datos personales de la otra parte, nuevamente dependerá de la diligencia con la que dicho proveedor los requiera en su página *web* y la buena fe con la que el usuario los aporte.

- 2) Otro supuesto se presenta cuando las partes que celebran el contrato empleando el correo electrónico de forma individual –simple o con forma electrónica– sean profesionales, o al menos uno de ellos así lo sea. En este caso será de aplicación la normativa sobre comercio electrónico que regula precisamente los datos personales exigidos al prestador del servicio (cfr. art. 5 y *Considerando* 18 Dir. 2000/31/CE y art. 10 Ley española 34/2002). De nuevo estaríamos en presencia del supuesto tratado anteriormente.
- 3) Una nueva situación tiene lugar cuando los sujetos involucrados directamente en la perfección de un contrato por vía Internet, mediante el uso del correo electrónico, son simples particulares. Ante estas circunstancias, no serán de aplicación los artículos de la Directiva sobre comercio electrónico (cfr. *Considerando* 18 de la Directiva 2000/31/CE, que expresamente excluye este supuesto); por lo que la necesaria identificación de las partes dependerá de la buena fe y diligencia con la que actúen durante la fase precontractual. Normalmente este tipo de relaciones precontractuales suele ir acompañado de otras actuaciones, como pueden ser tratos preliminares en los que ambos sujetos se llegan a encontrar físicamente presentes. Lo realmente atípico es que los sujetos se conozcan directamente por correo electrónico y realicen todos los actos precontractuales empleando este medio. Por todo ello, en la mayor parte de los casos la situación se identificaría, en cuanto a la verificación de la identidad y circunstancias personales de la otra parte, con la situación existente en la contratación civil entre partes físicamente presentes.

Por último, es necesario resaltar que, en todos los supuestos indicados, la transmisión de la aceptación contractual por correo electrónico puede venir acompañada o no de firma electrónica. La regulación de este importante instrumento está recogida en el ámbito de la Unión en la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, y en España la citada Directiva sobre firma electrónica es traspuesta mediante la Ley 59/2003 de firma electrónica. Por el momento, baste indicar que el uso de firma electrónica avanzada y reconocida garantiza la identificación fehaciente del autor de la declaración a la que acompaña y el carácter íntegro de su contenido –en este caso, la aceptación contractual; aunque también podría tratarse de la oferta previa–, todo ello avalado por los datos de que dispone el prestador de servicios de certificación acerca de los titulares de dichas firmas.

D. Contratos para cuya conclusión se ha utilizado chat o videoconferencia

En cuanto al empleo del *chat* ha de indicarse que, por la inseguridad que presenta en cuanto al conocimiento de los datos personales de las partes intervinientes (debe recordarse que su uso como medio de comunicación a través de Internet suele estar destinado a mantener el anonimato entre los sujetos participantes), su utilización normalmente sólo tendrá lugar, como instrumento para manifestar una aceptación contractual seria, cuando ambas partes se conozcan previa e incluso físicamente, y además empleen un canal privado para tal fin. De forma semejante, podemos referirnos a la hipotética contratación que se realice exclusivamente a través de videoconferencia. No obstante, si ambos sistemas (*chat* o videoconferencia) fuese posible emplearlos en una contratación dirigida al público en general, debería aplicarse la Directiva 2000/31/CE en lo que a *información general* se refiere (art. 5), y, en España, su equivalente artículo 10 de la Ley 34/2002.

VI. LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS Y LOS BENEFICIOS DE LA EXISTENCIA DE UN DOCUMENTO DE IDENTIDAD ELECTRÓNICO

A. Las firmas electrónicas: regulación, tipos y funciones en la contratación

En el presente epígrafe no se pretende realizar un estudio específico y en profundidad de la firma electrónica. Por el contrario, su finalidad instrumental es la de analizar distintos aspectos de esta figura que se encuentran directamente vinculados a la contratación electrónica, y en particular a la operada en nuestros días en Internet, y que puede sintetizarse en dos pilares básicos: la *identificación de las partes* que se comunican la oferta y/o la aceptación contractuales mediante un mensaje en formato informático firmado electrónicamente, y la *prueba del contenido íntegro del mensaje* en el que se recogen tales manifestaciones contractuales y configuran en último término el contenido del contrato. Este segundo aspecto –la prueba de la existencia del contrato concluido desde Internet y de su íntegro contenido obligacional– será abordado más adelante.

A nivel comunitario, la emanación de la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, ha generado como consecuencia que los ordenamientos nacionales de los Estados miembros que ya disponían de una normativa interna específica sobre firma electrónica se hayan visto constreñidos a legislar de nuevo para ajustarlas a ella. La ac-

tual regulación en España sobre esta materia se encuentra recogida en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que deroga al anterior Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. La nueva Ley 59/2003 nace precisamente con la finalidad de ajustar la normativa nacional existente a la Directiva 1999/93/CE, así como –por lo que interesa en este epígrafe– incluir en su contenido una expresa referencia al *documento nacional de identidad electrónico*. Asimismo, dentro del marco internacional, debe resaltarse el contenido de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al Derecho interno de 2001.

Un aspecto fundamental y previo al presente desarrollo es señalar cuál es la realidad a la que hacen referencia las expresiones: «firma electrónica», «firma digital», «firma electrónica avanzada» o «firma electrónica reconocida», presentes en las normas comunitarias y nacionales. Puede indicarse que todas ellas no serían firmas en el sentido estricto de la firma manuscrita, sino más bien técnicas informáticas de autenticación con varios niveles de seguridad de la proveniencia de un documento. Son precisamente las normas que regulan la figura las que realizan y delimitan una equivalencia funcional entre la firma manuscrita en un documento recogido en papel –escritura privada– y un tipo específica de ellas: la firma electrónica avanzada y reconocida.

De este modo se aprecia que los diferentes tipos de firmas electrónicas, o técnicas informáticas de autenticación de la proveniencia de un documento, presentan distintos niveles de seguridad y poseen diferente valor jurídico y probatorio. Por ejemplo, la genérica «*firma electrónica*» hace referencia al conjunto de todas las posibles técnicas de autenticación accesibles en la actualidad, sin una referencia especial a la tecnología empleada o a su seguridad (art. 2.1 Dir. 1999/93/CE). El artículo 3.1 de Ley española 59/2003 define a la firma electrónica como «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante». De este modo, son firmas electrónicas desde el empleo de un PIN (*Personal Identification Number*) o la combinación de un nombre de usuario (*username*) y su correspondiente clave (*password*), hasta el uso de una firma digital asentada en valores biométricos. El valor jurídico y probatorio de un documento informático acompañado de una firma electrónica simple del tipo PIN o *username/password* será establecido por el órgano competente de acuerdo a la normativa aplicable en su ordenamiento (vid. art. 5.2 Dir. 1999/93/CE y arts. 3.9 de la Ley española 59/2003 de firma electrónica).

Cuando se habla de «*firma electrónica avanzada*» se está aludiendo al conjunto de firmas electrónicas que reúnan una serie de características y garanticen un determinado nivel de seguridad en su creación y funcionamiento (vid. art. 2.2 de la Directiva 1999/93/CE). El artículo 3.2 de Ley española 59/2003 define a la firma electrónica avanzada como «la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control». En la práctica, dejando al margen las firmas biométricas, se trata de una *firma digital* que se compone de dos claves asimétricas (una privada y otra pública), y que permite al firmante mediante la clave privada y al destinatario a través de la clave pública, respectivamente, de hacer manifiesta y de verificar la proveniencia y la integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos. Si bien puede afirmarse que la firma digital representa a todos los efectos una «firma electrónica avanzada», esta última expresión no se limita a la firma digital, sino que queda abierta a otros posibles futuros avances tecnológicos que permitan crear otras técnicas informáticas de autenticación con las características y nivel de seguridad exigidos.

Por último hay que referirse a la «*firma electrónica reconocida*», que se trataría de una firma electrónica avanzada que vendría acompañada de un certificado reconocido, gracias al cual se acredita fehacientemente que la clave pública se corresponde con la identidad del titular de la firma o firmante, y por ello los documentos informáticos firmados con ella tendrán el mismo valor que los documentos recogidos en papel que están acompañados de la firma manuscrita de su autor (vid. art. 5 Dir. 1999/93/CE y arts. 3.3 y 3.4 de la Ley española 59/2003 de firma electrónica).

Entre las principales funciones de la firma electrónica en el estricto campo de la contratación desde Internet se halla la de «identificar a los sujetos participantes» en este mundo virtual y, por otro lado, asegurar de modo fehaciente que todas las comunicaciones y sus contenidos que transitan en esta red resulten accesibles en forma íntegra sólo a sus destinatarios. Este último aspecto redundaría en beneficio directo de la «prueba del contenido del mensaje» en el que se recogen tales manifestaciones contractuales y configurarían en último término el contenido del contrato. Estos dos no son los únicos beneficios que reporta el empleo de este instrumento en este tipo de contratación, pues deben añadirse además los siguientes: confiere «mayor protec-

ción a la transmisión de los datos personales y de los medios de pago» de las partes contractuales; supone una importante «ayuda para la determinación del momento de nacimiento del contrato», cuando recoge el instante exacto en que se produce la verificación de la firma electrónica; asimismo, puede resultar de gran utilidad a los efectos de dotar de una «mayor seguridad al empleo de tarjetas bancarias» para efectuar el pago de la prestación desde Internet; y –tratándose de una firma electrónica reconocida– sirve de «equivalente funcional a la firma manuscrita en relación a los datos consignados en el documento». Pero la utilidad de la firma electrónica desborda el estricto campo del derecho contractual; pues si bien ésta puede ser una de sus utilidades principales, deja abierta la puerta al contingente de relaciones públicas que puedan surgir entre las distintas administraciones, y entre éstas y sus administrados (Considerando 19 de la Directiva sobre firma electrónica).

Ahora bien, sin detenerse en el presente epígrafe en un análisis exhaustivo de los requisitos que debe reunir la firma electrónica avanzada y reconocida y, en particular, del específico certificado que ha de poseer y sus características, es necesario señalar que la funcionalidad o utilidad práctica real de la firma electrónica reconocida –tal y como viene regulada en la normativa vigente– si bien es alta en las transacciones entre grandes empresas, no lo es en cambio para el consumidor, quien no puede permitirse el coste económico y burocrático de su obtención. A este último le sería de mucha más utilidad el empleo de un *documento nacional de identidad electrónico* –de escaso o nulo coste para el particular– expedido por la autoridad pública competente y que cumpliera con los requisitos de seguridad exigibles.

B. El documento de identidad electrónico: regulación, características y utilidad

En España se hace alusión expresa al «*documento personal de identidad electrónico*» en los artículos 15 y 16 y en la *Disposición adicional sexta* de la Ley 59/2003 de firma electrónica. En concreto, su artículo 15.1 lo define como «el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos». Realmente este precepto, más que definir al documento nacional de identidad electrónico, enuncia las dos funciones principales que desempeña: medio acreditativo de la identidad de su titular e instrumento de firma electrónica. En este sentido se observa claramente una diferencia funcional del documento nacional de identidad electrónico frente al tradicional documen-

to nacional de identidad: su empleo como medio de firma. Por su parte, el artículo 15.2 está dirigido a reconocer la eficacia del empleo del documento nacional de identidad electrónico en el desempeño de las dos funciones a las que está dirigido, al disponer que «todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, reconocerán la eficacia del documento nacional de identidad electrónico para acreditar la identidad y los demás datos personales del titular que consten en el mismo, y para acreditar la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica en él incluidos».

Ahora bien, en principio se plantea una duda racional acerca del valor que permita dotar al documento informático la incorporación de la firma electrónica propia de este tipo de documento nacional de identidad electrónico. En definitiva, se trata de determinar qué tipo de firma electrónica –en cuanto a su valor jurídico y fuerza probatoria– permite realizar este documento nacional de identidad electrónico; es decir, si se trata de una genérica firma electrónica, una firma electrónica avanzada o una firma electrónica reconocida. Esta duda venía expresamente resuelta en el artículo 7.2 de la segunda versión del Borrador de Anteproyecto de Ley española de firma electrónica, al disponer que «las firmas electrónicas que se creen mediante los documentos nacionales de identidad electrónicos tendrán efectos equivalentes a los de una firma manuscrita en los términos previstos en el artículo 3.1». Precisamente este artículo 3.1 del citado Borrador –equivalente al actual artículo 3.4 de la Ley española 59/2003 de firma electrónica– concedía a la firma electrónica reconocida el mismo valor al de la firma manuscrita sobre un documento en papel. Por el contrario, no realiza una manifestación tan expresa ni el posterior Proyecto de Ley español de firma electrónica, ni la actual Ley española 59/2003 de firma electrónica.

Sin embargo, en mi opinión, dicha conclusión puede ser igualmente alcanzada si se atiende a los términos empleados en los artículos 15.2 y 16.1 de la Ley española 59/2003 de firma electrónica. El primero de estos preceptos hace expresa referencia a la necesidad de que, como resultado del empleo de la firma electrónica que recoge el documento nacional de identidad, se acredite la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados mediante su utilización. Esta última puntualización es la que permite exigir al menos que la firma sea avanzada, ya que el empleo de una simple firma electrónica no avanzada del tipo *username/password* o de un PIN no garantizaría la integridad del contenido documento y su no manipulación

por terceros. El artículo 16 –titulado: *Requisitos y características del documento nacional de identidad electrónico*– señala en su apartado primero que «los órganos competentes del Ministerio del Interior para la expedición del documento nacional de identidad electrónico cumplirán las obligaciones que la presente Ley impone a los prestadores de servicios de certificación que expidan certificados reconocidos con excepción de la relativa a la constitución de la garantía a la que se refiere el apartado 2 del artículo 20». Precisamente su contenido permite alcanzar la conclusión de que la firma electrónica propia del documento de identidad electrónico –además de tratarse de una firma avanzada– será también reconocida.

En definitiva, la llegada de un documento de identidad electrónico –asentado en el sistema de autenticación propio de la firma electrónica avanzada y reconocida– resuelve los problemas vinculados a la identificación de las partes en la contratación en Internet –sobre todo del destinatario del servicio– y por ello de la constancia de capacidad contractual en ellas. En definitiva, el documento de identidad electrónico representaría la necesaria cara de identificación de la otra parte contractual: el destinatario del servicio; ello es así, pues la Directiva 2000/31/CE y las normas nacionales que la transponen exigen datos informativos explícitos al prestador de servicios como ya se ha analizado. Asimismo, este tipo de documento de identidad electrónico permite –al generar una firma electrónica avanzada y reconocida– garantizar la integridad del contenido del documento informático en que se recoge la oferta y/o la aceptación contractual y al que se ha incorporado dicha firma. Sin embargo, no resuelve directamente los problemas asociados al pago mediante tarjeta bancaria.

La utilidad del documento de identidad electrónico podría ubicarse en innumerables contextos, al menos podrían señalarse los siguientes: 1) Para tener acceso a determinadas informaciones recogidas en webs (p. ej., de contenido no apto para menores); en este caso su uso tendría un carácter excepcional. 2) Para la conclusión de contratos vía Internet, cuyo uso sería en la práctica obligatorio. 3) En su vinculación al pago de la prestación, por asentarse el documento de identidad electrónico en la firma digital o avanzada reconocidas de su titular. 4) En las relaciones de los administrados con las Administraciones públicas en general, y específicamente en la realización de todas aquellas gestiones que requieran del administrado la presentación de su documento nacional de identidad y de su firma manuscrita.

En cuanto a las características de este documento de identidad electrónico ha de indicarse la necesidad de que sea: 1) Reconocido en el mayor ámbito territorial posible que, por el momento, sólo cabría ambicionar fuese el comunitario (UE): esto hace que de nuevo surjan problemas con otros países, en especial con EEUU. 2) De carácter público: su origen en España, al menos, estaría vinculado al Ministerio de Ciencia y Tecnología o/y al Ministerio de Interior. Su elaboración puede dar lugar a un cambio global de los documentos de identificación anteriores que venían recogidos sobre papel. 3) Gratuito o de una cuantía de obtención no excesivamente gravosa para el particular.

El documento de identidad electrónico hará referencia al nombre y apellidos de su titular, a su edad y condiciones personales; podrá hacer referencia también a su profesión, e incluirá las demás informaciones que suele contener el documento de identidad ordinario recogido en papel (domicilio, fecha de expedición y de validez del documento, equipo que lo expide, etc.) y además las específicas de todo «certificado electrónico reconocido». Este conjunto de datos que recoge el documento de identidad electrónico serán accesibles al prestador de servicios mediante la consulta del registro público de firmas electrónicas del Ministerio, que requerirá ser periódica y diligentemente actualizado.

Su funcionamiento en el contexto contractual sigue el esquema de la firma electrónica avanzada. Se asienta, por ello, en la utilización de dos claves asimétricas: una pública –que figurará en un Registro público dependiente del Ministerio que corresponda y que será accesible vía Internet– y una privada (sólo conocida por el firmante), que su titular insertará en la firma del contrato. Un ejemplo de su dinámica práctica podría ser el siguiente. Una persona ve una página *web* que contiene una oferta contractual que le interesa. La propia *web* –gracias a su programa de contratación– le marcará al interesado los pasos a seguir para concluir el contrato y, tras pedirle el nombre, fecha de nacimiento, condición de consumidor, etc., le requerirá que confirme el pedido firmando con la clave privada correspondiente a su documento de identidad electrónico sobre un *link* o enlace de la propia *web* comercial, que recoge encriptada dicha clave y por ello no resulta visible. Este mismo enlace conectará al programa de contratación del prestador del servicio directamente con el Registro público. Este Registro, a su vez, dispondrá de un programa o dispositivo de verificación de firma que le dará todos los datos de la persona firmante a los que se ha hecho referencia, de cuya seguridad y autenticidad velará el propio Ministerio o el organismo público

especializado creado al efecto. Si esta información se corresponde con los datos dados previamente por el destinatario del servicio, se habrá concluido de forma segura y fehaciente el contrato desde Internet.

VII. PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES: ANONIMATO Y SEGURIDAD EN LA CONTRATACIÓN

Íntimamente vinculado al tema de la identificación de las partes se encuentran el del «anonimato» y su correlativo centrado en la «protección de los datos personales». El presente argumento trasciende obviamente a la mera perspectiva contractual, afectando de modo directo a las libertades y derechos fundamentales de las personas y, en especial, al derecho a la intimidad y a la identidad personal; aunque la formación de los contratos representa un momento especialmente adecuado para la producción de fraudes y apropiación indebida de datos personales. Este epígrafe se circunscribe a la aportación de datos personales a través de Internet con la finalidad de concluir un contrato y a su tutela. Tales informaciones personales deben y suelen estar dotadas de una protección especial para que terceras personas ajenas a la relación contractual no tengan acceso a ellos, e incluso, que la otra parte contractual –el prestador de servicios de la sociedad de la información– posea dichos datos de forma limitada substancial y temporalmente. Con tal fin se analizarán algunos aspectos de la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, y de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. La regulación española en materia de protección de datos será estudiada en detalle más adelante (vid. *infra*, capítulo octavo).

En concreto, los datos personales a los que se está haciendo referencia son aquellos correspondientes a la identificación personal del contratante –por ejemplo, su nombre y apellidos, dirección geográfica y electrónica, número de teléfono y/o de fax– y, cuando el pago sea efectuado por el canal electrónico, el número y fecha de caducidad de su tarjeta bancaria. En ocasiones, pueden añadirse datos personales pertenecientes a terceras personas ajenas a la relación contractual, como sucede cuando el bien adquirido desde Internet tiene como destinatario otra persona diferente del comprador.

Estos datos personales son obtenidos en un momento previo al de la perfección del contrato, cuando éste tiene lugar directamente desde la página *web* del prestador de servicios, mediante el empleo de un programa informá-

tico de contratación en masa que solicita a la todavía parte precontractual que rellene un módulo destinado al uso. En otras ocasiones, los datos son obtenidos en un instante todavía anterior, que se corresponde con el propio del acceso a la propia página *web*. Sea cual fuere el momento de obtención de dichas informaciones, el caso es que este conjunto de datos personales deben ser objeto de una tutela adecuada. Las razones son múltiples, y sin profundizar en la vertiente más profunda puede indicarse que, desde un enfoque estrictamente económico, estos datos pueden resultar muy interesantes a los prestadores de servicios, en general, por la utilidad que les reporta desde la perspectiva de estudio de mercado y estrategia publicitaria. En este ámbito, la propia Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico prevé determinadas medidas y sanciones para hacer frente a las denominadas «comunicaciones comerciales no solicitadas», que pueden tener su origen precisamente en la violación de la privacidad de los datos personales del destinatario de tales comunicaciones. Desde otro contexto, y representando una de las causas que ha impedido una mayor proliferación de la contratación electrónica, ha de hacerse referencia a la protección de los datos relativos a los instrumentos de pago electrónico, en particular los correspondientes a la tarjeta de crédito o débito del contratante. Respecto a estos datos, se sitúa al acecho todo un colectivo criminal de alta preparación informática. En definitiva, puede indicarse que en relación a esta materia se deben articular de forma coherente dos principios fundamentales vigentes en todo el fenómeno Internet: por un lado, el «anonimato» de los partícipes en la contratación frente a terceros ajenos a la misma y el carácter secreto de las informaciones intercambiadas, y, por el otro, la imprescindible «seguridad jurídica» que debe informar dicha contratación en red.

La normativa aplicable —como se ha indicado— está recogida específicamente en la Directiva 2002/58/CE de Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) —que deroga a la anterior Directiva 97/66/CE a partir del 31 de octubre de 2003— y, respecto a los aspectos más genéricos de la tutela de los datos personales sin tener en cuenta específicamente el medio electrónico, deberá acudir a la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Los problemas

concretos que pueden plantearse en la contratación desde Internet, y que afectan directamente a la tutela de los datos personales, son básicamente de dos tipos: los «técnicos», directamente vinculados a la infraestructura telemática y a los defectos y fallos en el sistema de obtención y conservación de los datos personales; y los «humanos», cuyo hipotético daño al titular de los datos personales deriva de manera directa de la conducta del prestador del servicio que previamente los ha obtenido, y al uso que realice de ellos. Respecto a los primeros, la materia se orienta hacia la responsabilidad del proveedor del servicio de comunicación en Internet (*provider service*) y del prestador de servicios con quien se contrata, cuya regulación está recogida en gran parte en la Directiva 2002/58/CE. Por lo que se refiere a los problemas de carácter humano e independientes del medio en que se opere, así como las hipotéticas responsabilidades en que se ve inmersa la otra parte contractual en la obtención y/o el uso irregular de los datos personales, habrá de acudir a la Directiva 95/46/CE.

Un primer supuesto problemático que se plantea es el de la obtención irregular de determinados datos e informaciones personales de un usuario por la simple conexión y navegación en Internet, al margen de su específica participación en un proceso de contratación en una página *web* comercial. Los datos así acumulados pueden ser de gran provecho para los prestadores de servicios, al ser sumamente útiles para organizar campañas de promoción, publicidad y captación de hipotéticos contratantes asentadas en criterios de preferencia fiables e individualizados. Sin necesidad de existir una relación contractual previa con los titulares de los datos, los prestadores de servicios adquieren informaciones de los usuarios de Internet gracias al empleo de programas informáticos que capturan y analizan las trazas dejadas inconscientemente por las personas conectadas a Internet, u otros programas que, introducidos en el disco duro del usuario, transmiten al propietario del programa la pertinente información útil acerca de las preferencias del usuario durante su navegación. Para la solución de estas específicas situaciones debe acudir a la Directiva 2002/58/CE sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. En particular, se plantean dudas acerca de la compatibilidad del empleo de los denominados «chivatos» o «cookies» con el respeto de la tutela de los datos e informaciones personales de los usuarios de Internet. El *Considerando* 25 de la Directiva 2002/58/CE limita el uso de estos «chivatos» al previo conocimiento del usuario de que se le introduce uno de estos dispositivos en su ordenador, y a la posibilidad de manifestar su oposición a ello.

Un segundo grupo de interrogantes –sobre la tutela de los datos personales– se produce dentro de un proceso dirigido por el prestador de servicios directamente a la contratación de forma voluntaria con el titular de esos datos. En este caso, la contratación vía Internet se realiza desde una página *web* comercial que opera a través de un programa informático de contratación, y que, en un determinado momento, solicitará al interesado que desea contratar que le proporcione los oportunos datos personales rellenando el formulario o modelo al efecto. En este contexto, pueden darse las siguientes situaciones:

- a) Que durante este procedimiento no exista un sistema informático seguro de protección de los datos personales, tanto en el instante en que el interesado se los proporciona al prestador del servicio con el fin de perfeccionar el contrato, como una vez ya comunicados. De este modo, el acceso a estos datos puede resultar fácil a terceros ajenos a la relación y, por ello, vulnerable su contenido.
- b) Que el sistema de recogida de datos del programa informático de contratación se asiente en un procedimiento seguro, pero que, por un fallo en su funcionamiento, los datos personales se hagan accesibles al público.
- c) Que no surjan problemas en relación a la recogida de los datos personales, sino respecto al uso posterior que de dichos datos realice el prestador del servicio contratado. Por ejemplo, vendiéndolos o cediéndolos a un tercero a cambio o no de contraprestación, sin la preceptiva autorización de su titular. Además, posteriormente, el sujeto titular pudiera recibir comunicaciones publicitarias no solicitadas en su correo electrónico –*spamming*– (cfr. art. 7 Dir. 2000/31/CE) por parte de prestadores de servicios con los que no ha mantenido relaciones contractuales previas y ni siquiera conoce.
- d) Que el prestador del servicio se dedique directamente a realizar comunicaciones comerciales al titular de los datos, con el que previamente ha mantenido relaciones contractuales. Este supuesto concreto de comunicación comercial está explícitamente regulado en el artículo 13.2 de la Directiva 2002/58/CE y, con referencia al ordenamiento español, en el nuevo artículo 21.2 de la Ley española 34/2002 tras la modificación operada por la *Disposición final primera* de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones. Este caso será analizado con posterioridad cuando se aborden las comunicaciones comerciales.

En relación a los demás problemas y sus responsabilidades, la Directiva 95/46/CE articula una tutela de los datos personales que, de forma sintética y referida a la materia contractual específica de este estudio, puede concretarse en los siguientes aspectos:

- El prestador de servicios que contrata desde la *web* está legitimado a recibir y tratar los datos personales de la otra parte contractual en atención al artículo 7, apartado b) de la Directiva 95/46/CE, y deberá hacerlo de manera leal y lícita (art. 6.a Dir. 95/46/CE). Por esta razón se convierte en «responsable del tratamiento» de los mismos a los efectos oportunos (art. 2.d Dir. 95/46/CE), por lo que deberá garantizar la seguridad del tratamiento de los datos personales por medio de las oportunas medidas técnicas y la organización adecuada para tal fin, y asumirá las responsabilidades que se deriven por la difusión o el acceso no autorizados de tales datos personales, «en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red» (vid. art. 17 Dir. 95/46/CE).
- El modo en que debe proceder el prestador de servicios, para recoger los datos personales de la otra parte, es el mismo que se exige para cualquier otro contrato. De este modo, deberá comunicarle expresamente toda la información a la que se refiere el artículo 10 de la Directiva 95/46/CE (identidad del responsable del tratamiento de datos, finalidad de dicho tratamiento, y otras informaciones como, p. ej., destinatarios de los datos, etc.). Además debe tenerse presente la aplicación del artículo 11 de la Directiva 95/46/CE –titulado: *Información cuando los datos no han sido recabados del propio interesado*–, cuando se dan datos relativos al nombre y dirección del sujeto beneficiario de la prestación contractual, y éste no coincida con la figura del contratante. Por ejemplo, cuando se compra un bien en una *web* comercial con la finalidad de regalárselo a un tercero, por lo que el contratante deberá proporcionar los necesarios datos personales de identificación y localización del destinatario del producto. Pues bien, en este caso, se deberá informar leal y previamente al titular de los datos así obtenidos.
- Los datos personales de la otra parte contractual deben ser recogidos «con fines determinados, explícitos y legítimos», y no ser «tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines (...)» (art. 6.b de la Directiva 95/46/CE). En este caso, la finalidad responde a la correcta ejecución del contrato perfeccionado. Además, serán «ade-

cuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente». Por esta razón, el prestador de servicios con el que se contrata no deberá pedir más datos personales que los estrictamente necesarios para la contratación (art. 6.c de la Directiva 95/46/CE). Si el prestador del servicio contratado pretende realizar un tratamiento de tales datos personales con una finalidad que va más allá de la estrictamente vinculada a la correcta ejecución del contrato perfeccionado, deberá comunicar expresamente este hecho al titular de los datos y además requerirá de él su consentimiento manifestado de forma inequívoca. Con lo que la legitimación del tratamiento de los datos para este fin no derivará ya del artículo 7.b de la Directiva 95/46/CE, sino del artículo 7.a. En este supuesto, se exige el consentimiento expreso del contratante.

- El artículo 6 de la Directiva 95/46/CE concluye exigiendo que los datos personales obtenidos sean «d) exactos y, cuando sea necesario, actualizados». En materia contractual, sin lugar a dudas, el primer interesado en que los datos personales de la otra parte reúnan tales requisitos es el propio profesional que los recaba. Y además, de acuerdo con su apartado e), deben ser «conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente». Desde otra vertiente, resulta legítimo y obligatorio que el contratante profesional que opera desde Internet disponga de los datos de identificación y localización del otro contratante, a los efectos de llevar a cabo la entrega del bien adquirido y la prestación del servicio contratado, así como para su seguridad frente a hipotéticos posteriores incumplimientos; ahora bien, una vez ejecutado completamente el contrato, es necesaria su eliminación después de un período temporal determinado.

Finalmente, interesa detenerse en una práctica común incorporada ya en el funcionamiento de la mayor parte de los programas informáticos de contratación que operan en las más variadas páginas web de Internet: consiste en el hecho de asignar a cada hipotético contratante un nombre de usuario y una clave (*username/password*), con antelación a la realización definitiva del pedido y tras concluir la primera etapa precontractual en la que se solicitan los datos personales al interesado, invitándole a rellenar el módulo o formulario al efecto. La finalidad de esta medida es triple: 1) por un lado, poder

obtener del interesado el consentimiento expreso para utilizar sus datos personales con fines más allá de los estrictamente contractuales, siempre y cuando marque la casilla destinada al efecto, en el momento en que manifiesta su consentimiento a un contrato mediante el uso de la combinación nombre de usuario/clave; 2) además, sirve para manifestar por escrito el consentimiento expreso a las condiciones generales de contratación impuestas por el prestador de servicios cuando así lo exija la norma aplicable (p. ej., en Italia); y, 3) por último, es útil para dotar de los oportunos efectos probatorios al contrato concluido mediante la manifestación de voluntad definitiva del interesado en forma informática, acompañada de su firma electrónica simple. Precisamente, éste es el tipo de firma electrónica que en la práctica es más utilizada, y de ahí que la regulación comunitaria no se limitara sólo a declarar la validez de la firma electrónica avanzada y reconocida, sino también de otros tipos de firmas electrónicas que carecen de certificado reconocido, y ni siquiera son avanzadas.

Momento y lugar de perfección del contrato: derecho aplicable y jurisdicción competente

I. PERFECCIÓN DEL CONTRATO ENTRE PARTES NO PRESENTES: AUSENCIA O DISTANCIA

A. Clasificación general de los contratos en atención al modo de perfeccionarse: formación instantánea y formación *ex intervallo temporis*

Una ventaja fundamental del uso de Internet es que permite agilizar la conclusión de contratos entre partes físicamente no presentes gracias a la celeridad del sistema, lo que le convierte en un medio de comunicación idóneo para la conclusión de los denominados, sobre todo en la terminología de la Unión Europea: «contratos a distancia». Interesa centrarse en este instante en la significación de esta categoría contractual, y compararla con otras asociadas al modo de perfección del contrato, tales como contrato entre presentes, contrato entre ausentes, contrato de formación instantánea, etc. Este hecho me lleva a realizar una clasificación de los contratos, en atención al modo que tienen de perfeccionarse, que toma como referencia una doble tipología jurídica: formación instantánea o sucesiva del contrato, y, por otro lado, contratos celebrados entre partes presentes o entre partes ausentes.

En principio podría afirmarse que los contratos entre partes presentes están representados por todos aquellos contratos que, en el supuesto en que las partes en situación de presencia así lo quieran, pueden perfeccionarse de manera inmediata. De este modo, los «contratos entre presentes» se identificarían con aquellos que tienen la virtualidad de formarse instantáneamente; pero son las partes, en última instancia, las que optarán entre la formación instantánea del contrato, o bien dejar que la fase precontractual del mismo se prolongue en el tiempo, en aras de una mayor reflexión o deliberación sobre la conveniencia o no de su conclusión. Siguiendo con este mismo criterio,

que interrelaciona directamente presencia de las partes con la posibilidad de dar nacimiento a un contrato de forma instantánea, cabría identificar «contratos entre ausentes» con aquellos que necesariamente precisan de un intervalo determinado de tiempo para su formación, debido a la situación de no presencia de las partes.

Respecto a esta primera clasificación deben practicarse dos aclaraciones previas referidas al medio que emplean las partes para comunicarse la aceptación contractual, mediante la cual concluyen el contrato, y respecto a qué deba entenderse como intervalo de tiempo relevante a los efectos de calificar el contrato como celebrado entre partes ausentes o distantes. Ambas cuestiones se encuentran íntimamente conectadas.

- Entre los distintos «medios de comunicación» que emplean las partes para transmitirse una aceptación contractual destacan, entre otros, la correspondencia postal, el telégrafo, el teléfono, la radio, el télex, el fax o la comunicación entre ordenadores a través de Internet, ya sea esta última mediante correo electrónico, *chat*, videoconferencia o desde una página *web*.
- A su vez, por «intervalo de tiempo relevante», a los efectos de calificar al contrato como celebrado entre partes ausentes y negarle el calificativo de contrato entre presentes, ha de entenderse por tal, y como mínimo (en cuanto vinculado al medio de comunicación empleado), aquel espacio de tiempo que separa la emisión de la aceptación contractual por parte del destinatario de la previa oferta y el conocimiento que de ésta tenga el oferente, y durante el cual el autor de la aceptación pueda realizar determinadas actuaciones tendentes precisamente a dejarla sin valor o eficacia; es decir, tendentes a la retirada de la aceptación. A título de ejemplo puede decirse que el teléfono, cuando es empleado para comunicar la aceptación contractual al oferente, no genera ningún intervalo de tiempo relevante a los efectos previamente indicados. Por el contrario, el uso de la correspondencia postal o telegráfica sí lo generan, con la posibilidad de que, en el intervalo que media entre la emisión de la aceptación y el conocimiento que de ella tenga el oferente, el autor de la aceptación puede retirarla empleando otro medio de comunicación más rápido, como podría ser el teléfono. Respecto a la situación de los otros medios, y en especial, el empleo de la comunicación por vía *Internet*, me referiré en detalle más adelante, aunque ya se

puede indicar que el correo electrónico genera un intervalo de tiempo relevante y la videoconferencia no.

Retomando el hilo argumental inicial, asentado en las dos posibles clasificaciones de los contratos en atención al modo de perfeccionarse, la pregunta que surge inmediatamente es si toda contratación entre ausentes supone una formación sucesiva del contrato. Para responderla, ha de definirse aquello que deba entenderse por «formación sucesiva», ya que cabría otorgarle *a priori* dos posibles significados: identificar al contrato de formación sucesiva con aquel cuya formación —o fase precontractual— se ha dilatado en el tiempo; o bien, en una segunda acepción, en cuanto contrato cuya fase precontractual no se ha limitado al simple intercambio de la oferta y de la aceptación, sino que además ha precisado de otra serie de actos precontractuales anteriores a éstos (tratos preliminares, acuerdos de intenciones, etc.). Ante estas dos posibilidades es cuando se plantea la duda de la exactitud del término «formación sucesiva». Por ello, he considerado que resulta mucho más exacto el empleo de la expresión «formación *ex intervallo temporis*» del contrato como antagónico al de «formación instantánea», reservando el uso del término «formación sucesiva» para uno de los posibles supuestos de contratación *ex intervallo temporis*.

De este modo, el «contrato de formación instantánea» sería aquel cuya fase precontractual se ha reducido al simple intercambio inmediato de la oferta y la aceptación contractuales. En este tipo de contratos sólo se realizan dos actos precontractuales —la oferta y la aceptación—, que al juntarse dan nacimiento al contrato. Dicho intercambio además es realizado de modo inmediato entre las partes, sin que medie apenas el tiempo suficiente para responder afirmativamente a la oferta realizada momentos antes.

En cambio, la «formación *ex intervallo temporis*» se identifica con todo contrato que previamente a su nacimiento ha tenido una fase precontractual prolongada en el tiempo. Dicha dilación temporal puede tener su origen básicamente en dos causas: que el contrato no sea fruto del mero intercambio oferta/aceptación, sino que, con anterioridad a éste, se hayan realizado una multitud variada de actos precontractuales. Este tipo de contratos *ex intervallo temporis* podrían recibir, en un sentido estricto, la denominación de «contratos de formación sucesiva o progresiva». La segunda de las razones que dan lugar a un «contrato de formación *ex intervallo temporis*» la representa aquel supuesto en el que, pese a ser transmitidas simplemente la oferta y la aceptación —sin haberse realizado acto alguno anterior o posterior voluntario

o necesario (forma *ad substantiam* o entrega de la cosa en los contratos reales)—, debido a la situación de ausencia de las partes, se produce un intervalo temporal que separa el teórico concurso inmediato entre la oferta y la aceptación. Este último tipo de contrato *ex intervallo temporis* se identificaría con los «contratos formados entre partes no presentes o ausentes».

De acuerdo con la relación que presentan estos dos tipos de clasificaciones de contratos según las características de la fase precontractual, los contratos pueden ser:

1. «Contratos de formación instantánea». Para que así lo sean, resultan imprescindibles los siguientes tres requisitos:
 - a) Que las partes estén presentes. Es decir, que se trate de una contratación entre sujetos presentes: a') físicamente, o, b') gracias al empleo de un medio técnico que permita una inmediata comunicación entre los interesados, lo que excluirá la presencia de un intervalo temporal relevante entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por su destinatario, tal y como ha sido definido previamente.
 - b) Que no se realicen más actos precontractuales previos que la oferta y su correspondiente aceptación.
 - c) Que se produzca un intercambio inmediato o instantáneo de la oferta y la aceptación. Para ello se requiere a su vez:
 - Que el contrato sea consensual (no formal *ad substantiam*, ni real, ya que requerirían la realización de posteriores actividades precontractuales para su nacimiento), y, aun dándose este requisito, es preciso que concurra el siguiente.
 - Que el oferente unilateralmente no otorgue un plazo de reflexión para la aceptación a su destinatario; pues, con tal actuación, lo convertiría en un contrato de formación *ex intervallo temporis*, en el supuesto en que éste viniese a la vida.
2. «Contratos de formación *ex intervallo temporis*». En ellos la fase precontractual se dilata en el tiempo debido a varias razones:
 - a) Porque se realizan una variedad de actividades precontractuales (tratos preliminares, precontrato, etc.), además de la necesaria oferta y aceptación del contrato definitivo. A este tipo de contratos se les denominará específicamente «contratos de formación

sucesiva o progresiva». A su vez se pueden subdividir en dos clases:

- Contratos de formación sucesiva voluntaria: en ellos existen una pluralidad de actos precontractuales realizados voluntariamente por las partes (tratos preliminares, acuerdos de intenciones, etc.).
 - Contratos de formación sucesiva necesaria: los actos precontractuales realizados revisten el carácter de esenciales para la formación del contrato, así acontece con los contratos reales y con los contratos formales *ad substantiam*.
- b) Porque pese a realizarse simplemente la oferta y la aceptación como actos precontractuales, debido a la no presencia de las partes va a producirse un espaciamiento temporal entre el momento de la formulación de la oferta y el del nacimiento del contrato. Son los denominados «contratos entre partes ausentes».
- c) Porque, a pesar de tratarse de un contrato entre partes presentes, el oferente unilateralmente otorga al destinatario un determinado plazo para que le comunique su aceptación: ya se trate de un plazo de aceptación simplemente, por lo que se mantendrá revocable la oferta; o bien de un plazo de irrevocabilidad, transformándola en irrevocable. Esta categoría no se integraría en la de los contratos de formación instantánea; ya que, a pesar de no realizarse más actos que la oferta y la aceptación, resulta ampliada la fase precontractual por voluntad del oferente.

Como se puede apreciar, esta clasificación adopta una visión global del fenómeno formativo contractual y será aplicada al analizar los distintos tipos de contratos perfeccionados a través de Internet. No obstante, previamente ha de indicarse la relevancia que posee la calificación de un contrato como celebrado «entre partes presentes» o celebrado «entre partes no presentes o ausentes» y su relación con la categoría «contrato a distancia» aplicada a las relaciones en que están presentes los consumidores en el ámbito de la Unión Europea.

B. Utilidad de la distinción: contrato entre presentes y contrato entre ausentes frente al concepto de contrato a distancia

Para localizar las consecuencias jurídicas que se derivan de calificar de un modo u otro (entre presentes o entre ausentes) a un contrato, se debe

acudir directamente al contenido de los artículos 1262 del Código Civil (CC) y 54 del Código de Comercio (CCom) españoles –modificados por la *Disposición adicional cuarta* de la Ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico– y a la doctrina jurisprudencial que los interpreta. En estos preceptos se determina el momento y el lugar de nacimiento de los contratos cuando las partes no se hallan presentes, aplicando para tal fin determinados criterios que en España, con antelación a la citada reforma de 2002, eran diferentes según el contrato perteneciera al ámbito civil o al mercantil.

Esta materia específica –el momento y el lugar de perfección de los contratos vía Internet– será analizada más adelante. Por ahora, interesa resaltar que los citados artículos y la interpretación que la jurisprudencia realiza de ellos optan por aplicar un concepto de «presencia», aplicado a la relación en que se encuentran las partes al concluir el contrato, de marcado «carácter temporal» (que coincide con el referido en la exposición precedente). De este modo, un contrato entre partes no presentes o contrato a distancia –en cuanto a la determinación del instante de su conclusión– se identifica con aquel en el que las partes al comunicarse la aceptación contractual no están presentes físicamente, o no disponen de un medio técnico que les permita una comunicación idéntica a la de la presencia física: es decir, instantánea.

Dentro de la Unión Europea esta conclusión se ha visto alterada en pos de una mayor tutela de los consumidores en la contratación. Así han ido surgiendo algunas normas comunitarias –en concreto, la Directiva 97/7/CE relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que es derogada a partir del 13 de junio de 2014 y sustituida por la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores– y nacionales –actualmente, en España, los artículos 92-106 del Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias– en las que se restringe el concepto de «contrato a distancia» –que hasta el momento se identificaba con contrato entre ausentes o partes no presentes– a aquel que se perfecciona sin la presencia física simultánea de las partes; por lo que el calificativo de «presencia» adopta un «carácter exclusivamente geográfico».

Lo importante es, por todo ello, tener en cuenta que la expresión «contrato a distancia», cuando es referida a los consumidores, adquiere un matiz más amplio en principio que en su aplicación a un contrato mercantil o estrictamente civil. La relevancia de esta diferencia no se encuentra reflejada en

la aplicación o no de las reglas recogidas en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio españoles (recientemente unificadas), sino en el hecho de que en atención a la tutela del consumidor se le concederá un derecho de desistimiento del contrato durante un determinado período temporal que se computará: desde la entrega efectiva del producto adquirido si se trata de una compraventa (arts. 68-79 del Real Decreto Legislativo español 1/2007), o desde el momento de celebración del contrato cuando consiste en una prestación de servicios (cfr. art. 71 del Real Decreto Legislativo español 1/2007). Lo que en última instancia implica reducir la relevancia de la determinación exacta del momento de perfección del contrato a distancia –vía Internet– con el consumidor.

La duración del período temporal para ejercer el derecho de desistimiento por parte del consumidor se ha visto ampliado por la Directiva 2011/83/UE a 14 días (arts. 9 y ss.), frente a los 7 días hábiles que recogía la Directiva 97/7/CE (art. 6). Se debe recordar que la normativa española vigente al día de hoy hace referencia al plazo de 7 días debido a que todavía no ha traspuesto la Directiva 2011/83/UE. No obstante, a partir del 13 de junio de 2014, el consumidor español tendrá un derecho de desistimiento de 14 días sin importar el hecho de que el ordenamiento español haya o no traspuesto la citada directiva. Por esta razón se hará referencia expresa al articulado de la Directiva 2011/83/UE en todo momento que se analice el régimen jurídico de los contratos a distancia.

C. Clasificación de los contratos vía Internet según su proceso de formación

En la clasificación expuesta se ha aplicado, en la distinción de contratos entre presentes y contratos entre ausentes o partes distantes, un criterio de la presencia de las partes en términos temporales y no geográficos. De esta manera, se ha afirmado que el teléfono es un medio de comunicación que permite a las partes la perfección del contrato de forma inmediata, siempre y cuando ellas así lo deseen; es decir, de idéntico modo a como sucedería si estuvieran físicamente presentes. Por lo que se estará ante un «contrato entre partes presentes» cuando el momento en que el aceptante de la oferta emite su declaración es el mismo que el del conocimiento de ésta por su destinatario, lo que excluiría el intervalo temporal relevante dirigido a la retirada de la aceptación. Por el contrario, se estará ante un «contrato formado entre partes ausentes» cuando exista dicho intervalo temporal relevante de forma

consustancial al medio empleado (p. ej., la correspondencia postal, el telégrafo, etc.).

De idéntico modo a como sucede con el teléfono acontece con el uso de *chat* o videoconferencia en la contratación. Ambos medios permiten comunicarse a las partes de idéntica forma a la presencia física. Por lo que queda excluida la posibilidad de que entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el destinatario medie un intervalo temporal relevante. Sin embargo, respecto a la utilización de correo electrónico –instrumento esencial también en la celebración de contratos en el seno de una subasta electrónica e importante cuando se concluye desde una página *web* a los efectos de cumplir la prescripción que recoge el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE– no sucede lo mismo. Esto es así básicamente por dos razones:

- La primera se asienta en el carácter asíncrono de la comunicación por correo electrónico. Es decir, que no requiere una coincidencia temporal de los sujetos intervinientes en la comunicación. Por lo que, cuando el destinatario de la aceptación no se haya delante de su ordenador, implica que entre la emisión del correo que porta la aceptación y el conocimiento que de ella tenga el oferente va a existir un intervalo de tiempo que puede ser muy superior al de unos pocos minutos, incluso puede alcanzar días o semanas, dependiendo de la regularidad con que el oferente consulte su correo. En este supuesto el contrato se forma entre partes no presentes o ausentes.
- Aún en el caso en que estuviesen ambas partes (oferente y aceptante) al mismo tiempo delante de cada uno de sus ordenadores, suele mediar un intervalo temporal de algunos minutos (en ocasiones incluso inferior a un minuto) entre la emisión del correo que contiene la aceptación y su recepción por el destinatario-oferente. En cuanto a la posibilidad de valorar este lapso temporal como relevante a los efectos oportunos –es decir, que posibilitara la retirada de la aceptación mediante el empleo de otro medio de comunicación más veloz– debe responderse afirmativamente. El ejemplo que ilustra esta posibilidad constituye realmente un caso de laboratorio al ser poco probable, pero basta con que sea posible, y es el siguiente: que las partes se encuentren cada una delante de su ordenador y comunicados al mismo tiempo por teléfono o *chat* o videoconferencia, con lo que durante el lapso de ese escaso minuto o minutos que tarda en llegar el correo podría retirarse la aceptación emitida mediante el empleo de estos últimos medios de

comunicación indicados. En definitiva, esto refleja la falta del carácter inmediato de las comunicaciones a través de correo electrónico, y por ello de la calificación de aquellos contratos concluidos mediante el empleo de este medio como contratos entre partes presentes desde la perspectiva temporal.

Aplicando la anterior clasificación general a los contratos por Internet se puede concluir afirmando que:

1. *Contrato concluido mediante chat o videoconferencia.* El empleo de *chat* o videoconferencia permitirá la «formación de un contrato de forma instantánea», por encontrarse las partes en situación de presencia, siempre que además se cumplan conjuntamente las siguientes circunstancias: 1ª. No mediar entre las partes más actos precontractuales que la oferta y la aceptación. 2ª. Que tanto la oferta como la aceptación sean transmitidas durante el transcurso de esa misma comunicación. Por lo que si la aceptación ha sido dada a conocer por otro medio previo no podría calificarse al contrato concluido como de formación instantánea. 3ª. Que el intercambio de la oferta y la aceptación se produzca de forma inmediata, es decir, una tras la otra. Este último requisito excluye la posibilidad de que el oferente otorgue un plazo de reflexión para su aceptación al destinatario. Nótese que el concepto de «contrato de formación instantánea» adoptado toma como referente toda la fase precontractual. Si sólo se tuviese en cuenta el momento del intercambio oferta/aceptación el uso del *chat* o la videoconferencia permitiría una formación del contrato instantánea. Si alguno de estos requisitos no se cumple el contrato se calificará de formación *ex intervallo temporis*.
2. *Perfección del contrato a través de correo electrónico.* La formación de un contrato mediante el empleo de correo electrónico –ya sea de forma exclusiva o en el seno de una subasta electrónica– no puede ser calificada de instantánea, al no encontrarse las partes en situación de presencia. Por lo que los contratos concluidos por este medio solamente pueden calificarse de «formación *ex intervallo temporis*», y dentro de esta categoría pertenecen al tipo específico de «contratos entre ausentes».
3. *La conclusión del contrato mediante subasta electrónica.* Respecto al caso de la subasta electrónica es importante indicar que, incluso si su realización fuera posible a través del empleo de *chat* o videoconferencia, nunca cabría calificar al contrato fruto de la misma como de formación instantánea. Esto se debe al propio esquema formativo de la subasta,

que da nacimiento al contrato con el mejor postor, una vez transcurrido el plazo temporal prefijado de admisión de pujas o duración de la licitación. Por todo ello, se trata de un contrato de «formación *ex intervallo temporis*»

- D. El concepto de «contrato a distancia» recogido en la normativa comunitaria dirigida a la protección de los consumidores y en el Real Decreto Legislativo español 1/2007

La normativa comunitaria dirigida a regular lo que denomina «contratos a distancia» adopta, por el contrario, un mero criterio geográfico a la hora de establecer el concepto de este tipo de contratos. Así, se estará en presencia de un contrato entre ausentes o a distancia, cuando las partes no se hallan simultáneamente en situación de presencia física. Ha de resaltarse que esta normativa comunitaria está dirigida exclusivamente a tutelar la contratación en la que intervengan consumidores (vid. art. 1 Dir. 97/7/CE y arts. 1 y 3 Dir. 2011/83/UE).

Así, el artículo 2 de la Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, define a este último como «todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato». A su vez, la citada Directiva 97/7/CE define, en este mismo precepto (art. 2.4), como «técnica de comunicación a distancia» a «todo medio que permite la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor. En el Anexo I figura una lista indicativa de las técnicas contempladas en la presente Directiva». De esta forma, por ejemplo, los contratos perfeccionados por medio de teléfono tendrían también la calificación de contratos a distancia, cuando una de las partes fuese un consumidor. Y esto mismo sucedería cuando el contrato con el consumidor se concluye mediante el uso de *chat* o videoconferencia. Por su parte, la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, define al «contrato a distancia» como «todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia

hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo» (art. 2.7). En cambio no contiene una definición expresa de «técnica de comunicación a distancia».

Pero en este análisis, además, han de tenerse presentes importantes normas de ámbito nacional a la hora de especificar el concepto de «contrato a distancia». Por lo respecta al ámbito español, con antelación a la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2007, resultaba fundamental tener en cuenta las siguientes normas:

1. La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) (que se circunscribía sólo a las ventas distancia en sus arts. 38-48), y que había sido reformada por la Ley 47/2002 con la finalidad de transponer, entre otras, la Directiva 97/7/CE al territorio español. Asimismo, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se deroga el artículo 48 LOCM (*Derechos del consumidor*), y su contenido es regulado directamente por esta norma de consumo que, además, recoge un Título III dedicado expresamente a los contratos celebrados a distancia con consumidores (arts. 92-106).
2. La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y, respecto a esta última, especialmente el Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del entonces artículo 5.3 –hoy 5.4– de la LCGC, al cual la Ley 34/2002 le hace referencia en su *Disposición final quinta* al efecto de su modificación.

Ambas normas adoptaban en términos generales el mismo concepto de «contrato a distancia» recogido en la Directiva 97/7/CE; si bien, respecto a la extensión o ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de dicho concepto, han de señalarse algunas cuestiones. En primer lugar, indicar que la LOCM se refiere exclusivamente a las «ventas a distancia» y no a los genéricos contratos a distancia que englobarían también la prestación de servicios a distancia. De acuerdo con el artículo 38.1 de la LOCM son «ventas a distancia»: «las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, siempre que su oferta y aceptación se realicen de forma exclusiva a través de una técnica cualquiera de comunicación a distancia y dentro de un sistema de contratación a distancia organizado por el vendedor». En esta norma se apreciaba claramente que su definición de «ventas a distancia» no se circuns-

cribía en exclusiva a las operadas entre un prestador de servicios y un consumidor, sino de forma genérica entre un vendedor y un comprador. Si a esto se añadían los contenidos del apartado 1 del artículo 48, titulado: *Derechos del consumidor*, y de la *Disposición adicional primera* se podía llegar a afirmar que la LOCM, en lo que a ventas a distancia se refiere, no estaba dirigida exclusivamente a la contratación con consumidores, sino a la genérica contratación a distancia. Con la diferencia de que los derechos recogidos en esta norma eran irrenunciables cuando se estaba en presencia de un consumidor; mientras que cuando la contratación se producía entre profesionales tales derechos les serían igualmente aplicables, salvo que renunciasen expresamente a ello. Con la aprobación del Real Decreto Legislativo español 1/2007 se reguló de forma expresa, en sus artículos 92 a 106, la contratación a distancia con consumidores, y derogó, entre otros, el artículo 48 y la *Disposición adicional primera* de la LOCM que hacían referencia expresa a la contratación con consumidores. No obstante, en todo lo demás, la LOCM continúa vigente en materia de ventas a distancia. Sobre esta opción legislativa española han de practicarse al menos tres observaciones:

- En primer lugar llama la atención el hecho de que, a diferencia de lo previsto expresamente por la propia Directiva 97/7/CE, en la normativa española (LOCM) se conceden de forma genérica derechos, que originariamente nacen con el fin de tutelar a la parte más débil de la relación contractual a distancia (el consumidor), a cualquier contratante siempre que no haya renunciado a ellos. Por ejemplo, a la contratación entre profesionales en el entorno de Internet (B2B), siempre que ambos tengan su actividad principal ubicada en España, se le concederán al comprador los derechos de libre desistimiento, información previa y postcontractual, y de resolución del contrato llegado el caso, recogidos en esta norma si es que no ha renunciado a ellos expresamente. En definitiva, en España se ha producido una extensión de específicas prerrogativas nacidas en favor del consumidor a sujetos propios de la contratación mercantil en materia de ventas a distancia que, en mi opinión, considero injustificada.
- Por otro lado surge la duda de qué sucede, en cuanto a la aplicabilidad de la LOCM, si la venta a distancia tiene lugar entre dos sujetos que actúan con un propósito ajeno a sus respectivas profesiones. Si se piensa en una compraventa entre particulares que operan desde Internet, en concreto desde una página *web* que les sirve de punto de encuentro

para la conclusión de un contrato a distancia estrictamente civil, podría optarse por las siguientes soluciones respecto a la aplicabilidad de la LOCM: a) declararla no aplicable, por no poseer el vendedor la condición de profesional, y considerar que tal requisito es exigido por el artículo 38.1 –definidor de la venta a distancia– cuando prevé que el vendedor haya organizado el sistema de contratación a distancia, y por el propio título de la Ley: «Ordenación del Comercio Minorista»; b) considerarla aplicable, pero no en los términos en que lo sería de tratarse de un consumidor; es decir, se aplicarían los derechos que reconoce la ley a cualquier comprador –incluso, como se ha visto, a un profesional–, siempre que no haya renunciado expresamente a ellos. En ambos casos se plantean dudas, pero sobre todo si se opta por la primera de las soluciones se puede llegar a la descabellada conclusión de que un profesional que realiza compras a distancia goce de una mayor protección que un simple particular.

- Por último indicar que, con la generalización en España de este concepto de venta a distancia –inicialmente ideado para la tutela del consumidor– también a las ventas mercantiles, se produce hasta cierto punto una pérdida del valor que tienen los criterios recogidos expresamente en el ordenamiento español para la determinación del instante exacto de nacimiento de todo contrato perfeccionado entre partes no presentes: artículos 1262 CC y 54 CCom. La razón se debe al hecho de que la exacta determinación del momento de nacimiento del contrato, cuando las partes no están físicamente presentes, se ve atenuado –también en el ámbito mercantil– desde el momento en que se concede al profesional un derecho de libre desistimiento de la compraventa durante siete días hábiles, al igual que si se tratase de un consumidor.

- E. Referencia a la Ley española de Condiciones Generales de Contratación y su desarrollo reglamentario: ámbito subjetivo de aplicación y concepto de «contrato a distancia»

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC) no está restringido exclusivamente a la contratación con consumidores, también incluye a la que tiene lugar entre profesionales (art. 2 LCGC). En cuanto al tema que nos afecta, la «contratación a distancia», en este caso cuando figuran condiciones generales de contratación, interesa analizar el artículo 5 de esta Ley. De acuerdo con su entonces apartado

tercero –hoy apartado 5.4–, «en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma».

Precisamente en desarrollo de aquel artículo 5.3 –actualmente, art. 5.4– de la LCGC se dictó el Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, que regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. De acuerdo con su artículo 1, titulado: *Ámbito de aplicación*, párrafo primero, «el presente Real Decreto se aplicará a los contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática, que contengan condiciones generales de la contratación, entendiéndose por tales las definidas por la Ley 7/1998, de 13 de abril, y se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes en materia de firma electrónica contenidas en el Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre». La última referencia a la regulación sobre firma electrónica hay que entenderla hecha hoy a la vigente Ley 59/2003 de firma electrónica.

Del literal de la norma, sobre todo cuando regula otros aspectos de su ámbito de aplicación en los párrafos segundo y tercero del artículo 1, parece desprenderse un cierto olvido a la expresa alusión a los consumidores recogida en el entonces artículo 5.3 –actualmente, art. 5.4– de la LCGC. Si este último artículo se interpretase de forma aislada y en sentido estricto habría que concluir afirmando que está dirigida subjetivamente sólo a la contratación con consumidores. Sin embargo, teniendo en cuenta el ámbito subjetivo general de esta LCGC (vid. arts. 2.1, 2.2 y 2.3); los distintos conceptos de condición general y de cláusula abusiva que recoge, dirigido el primero tanto a la contratación con consumidores como entre profesionales, y restringido el segundo a la contratación con consumidores (vid. Preámbulo de la Exposición de Motivos); así como el contenido del artículo 5.1 y las consecuencias de la no incorporación al contrato de determinadas condiciones generales (vid. art. 7), parece que el citado precepto se centra en la necesidad de incorporar las condiciones generales al contrato perfeccionado por teléfono o electrónicamente para que tengan vigencia, en cuanto previamente conocidas y aceptadas por su destinatario, sin importar que el adherente sea un consumidor o un profesional. Avala esta tesis el artículo 10.3 de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

Por todo ello, si este artículo 5.3 (hoy 5.4) –y consecuentemente el Decreto 1906/1999 que lo desarrolla– tuviese el mismo ámbito subjetivo de aplicación que el general de la LCGC de la que forma parte (art. 2), –y yo entiendo que sí–, supondría que el concepto de «contrato a distancia» dejaría de ser equivalente al de «contrato entre partes ausentes o no presentes» también para aquella contratación que se desarrollara, por ejemplo, entre profesionales, cuando existan condiciones generales de contratación.

Finalmente, ha de recordarse de nuevo la previsión que recoge la *Disposición final quinta* de la Ley española sobre comercio electrónico de reformar este reglamento (el Decreto 1906/1999) al efecto de adaptarlo al mandato que recoge el artículo 9.1 de la Directiva sobre comercio electrónico.

F. El contrato a distancia y el contrato entre ausentes son categorías diferentes

Todo este desarrollo produce como principal conclusión que la categoría de «contrato concluido a distancia» que ha ido apareciendo en los últimos años –inicialmente dirigida a la tutela del consumidor– es nueva y distinta a la de «contrato perfeccionado entre ausentes o partes no presentes». «Contrato a distancia» sería aquel en el que la transmisión de –al menos– la aceptación contractual tiene lugar entre partes que no se hallan de modo simultáneo físicamente presentes. Sin embargo, la categoría de «contrato entre ausentes» es más reducida que la anterior (de la cual forma parte), por lo que no serían contratos entre ausentes los que se concluyen, pese a encontrarse las partes físicamente distantes, mediante el empleo de un medio técnico que permite una comunicación instantánea. Estos últimos serían, en los términos en que se ha indicado anteriormente, «contratos entre presentes».

Es importante tener en cuenta que, al margen del mayor o menor grado de precisión terminológica recomendable en el lenguaje jurídico, lo importante es no mezclar la función de cada una de las distintas categorías. Es decir, las categorías «contrato entre presentes» y su antagónica «contrato entre ausentes» despliegan su utilidad a los efectos de determinar el momento de nacimiento del contrato –sin importar que los contratantes sean consumidores, particulares o profesionales–, de acuerdo a los criterios unificados en España en 2002 que recogen los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio. Por otro lado, y de acuerdo a la estricta pretensión de las Directivas 2011/83/UE y 97/7/CE, la categoría «contrato a distancia» –frente al que no lo es (por concluirse entre partes físicamente presentes de

forma simultánea)– tiene una aplicación restringida a la contratación con consumidores a los efectos de dotarles de un régimen jurídico más protector debido a sus circunstancias personales. Esta categoría –«contrato a distancia»– debe ser desvinculada de la determinación del momento de nacimiento de los contratos, función para la que se ha creado expresamente la categoría «contratos entre partes no presentes o ausentes» y su antagónico «contrato entre partes presentes».

De acuerdo con estos conceptos, se puede afirmar que el contrato concluido por correo electrónico es un «contrato entre ausentes» y es un «contrato a distancia». En cambio, el perfeccionado mediante el empleo de *chat* o videoconferencia es un «contrato entre presentes», pero, al mismo tiempo, cuando se dé presencia un consumidor también es un «contrato a distancia». Para concluir, puede sintetizarse la evolución de la relación entre los conceptos de «contrato a distancia» y «contrato entre partes no presentes o ausentes», con especial referencia a la peculiar situación española, del siguiente modo:

- 1) Inicialmente ambos conceptos eran idénticos, y estaban contrapuestos al de contrato entre partes presentes. La utilidad de estas nociones residía en la correcta determinación del momento y lugar de nacimiento del contrato; es decir, en el caso español en la aplicación de los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio.
- 2) Con la llegada desde el ámbito comunitario de una específica normativa protectora de los consumidores –inicialmente la Directiva 97/7/CE, y con posterioridad la Directiva 2011/83/UE que la sustituye–, se produce una diferenciación entre tales conceptos, y se dota al contrato a distancia de una definición y de un régimen jurídico específicos siempre que intervenga un consumidor. Así, si está presente un consumidor, el contrato será calificado de «a distancia», sin importar nada el hecho de que ambas partes puedan comunicarse simultáneamente la oferta y la aceptación contractuales mediante el empleo de un medio de comunicación instantánea que lo permita (p. ej., el teléfono o la videoconferencia).
- 3) En España se transpuso la Directiva 97/7/CE –a diferencia del ejemplo italiano– no a través de una norma específica destinada a la tutela de los consumidores, sino en el interior de la propia Ley de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo ámbito no queda restringido obviamente al consumidor. Todo esto produjo como consecuencia que, cuando

se tratase de ventas «a distancia» (adjetivo que tiene la misma significación analizada en las Directivas 97/7/CE y 2011/83/UE), el régimen jurídico inicialmente destinado por la Unión Europea a la tutela del consumidor se aplicara también a la contratación que tiene lugar entre profesionales, siempre que no lo hayan excluido expresamente. En definitiva, en España, los conceptos de «contrato a distancia» y «contrato entre partes no presentes» son diferentes no sólo respecto al consumidor, sino también en relación a la contratación mercantil; al menos cuando se trate de ventas «a distancia» o contratos concluidos «a distancia» en los que se dé presencia de condiciones generales de la contratación. Esta última conclusión –como se verá más adelante– no se restringe únicamente a términos teóricos o conceptuales, sino a la aplicación en España de un régimen jurídico a determinados contratos operados desde Internet entre profesionales que, en estricta interpretación jurídica, no fue previsto desde la Unión Europea.

II. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN INTERNET

Respecto al uso de estos instrumentos de comunicación entre partes físicamente distantes, interesa determinar correctamente en qué instante exacto se entiende perfeccionado el contrato –deviniendo exigible por una o ambas partes, dependiendo del carácter unilateral o bilateral del contrato realizado– y cuál es el lugar en el que se considera concluido a los efectos oportunos.

A. Relevancia jurídica del tema

La importancia de la determinación del «*instante exacto*» de nacimiento de todo contrato –incluidos los que tienen lugar en la red– está íntimamente relacionada con los siguientes aspectos: 1) El principal de todos es el hecho de representar el *inicio o entrada en vigor del contrato* que une a las partes durante un período determinado, más extenso de tratarse de un relación contractual de duración prologada, y, en todo caso, convierte en directamente exigibles por las partes las obligaciones por él instituidas. 2) *Ineficacia de los intentos extemporáneos de revocación y retirada* de la oferta o retirada de la aceptación por parte de sus autores. 3) *Ineficacia de determinadas causas de extinción de las declaraciones contractuales* (p. ej., incapacidad sobrevenida o muerte del autor de la declaración, caducidad, etc.). 4) *Transmisión de los riesgos de la cosa al adquirente*, en aquellos casos en que el contrato que se per-

feccione conlleve la transmisión de la propiedad u otro derecho real (p. ej., compraventa). 5) Determinación exacta de la *ley o norma aplicable en el tiempo* a la relación contractual creada; es decir, los problemas típicos asociados a la aplicación temporal de las normas jurídicas. 6) Momento determinante del *inicio del cómputo de determinados plazos* para el correcto ejercicio de algunos derechos o acciones (p. ej., del derecho al desistimiento o a la resolución del contrato a distancia, cfr. arts. 6.1 Dir. 97/7/CE y 9 Dir. 2011/83/UE, art. 44 LOCM, arts. 71 y 101 Real Decreto Legislativo 1/2007).

Asimismo, resulta fundamental localizar el «*lugar exacto*» en que se entiende concluido el contrato, pues con ello se determina: 1) La *ley o norma aplicable espacialmente* a la relación contractual originada, así como los usos interpretativos relevantes para subsanar las ambigüedades de los contratos; o lo que es lo mismo, los problemas derivados de la vigencia espacial de las normas jurídicas (p. ej., Derecho civil español común o Derecho foral, Derecho mercantil, o, en otros ámbitos, Derecho nacional, internacional o extranjero). 2) El *fuero jurisdiccional competente* para la resolución de hipotéticas futuras controversias derivadas de la ejecución del contrato perfeccionado. 3) El *lugar de cumplimiento de las obligaciones* recogidas en el negocio, a falta de una norma expresa que lo determine.

B. Normativa aplicable

En cuanto a la normativa aplicable al efecto han de tenerse en cuenta:

- 1) Por un lado, algunas puntualizaciones en materia de obligaciones informativas previas y posteriores a la perfección del contrato recogidas en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y las normas nacionales que la trasponen a su respectivo territorio: en el presente estudio, la Ley española 34/2002, con especial atención sus artículos 26, titulado: *Ley aplicable*, y 29, titulado: *Lugar de celebración del contrato*.
- 2) Desde otra perspectiva, habrán de analizarse algunos preceptos de la normativa comunitaria dirigida a la tutela de los consumidores en materia de contratos a distancia, así como las respectivas normas nacionales que la trasponen, en este caso, el Real Decreto Legislativo español 1/2007.
- 3) Representando las normas de Derecho interno directamente aplicables a la determinación del momento y lugar de nacimiento de los contratos en general –incluidos los perfeccionados vía Internet– debe acudir, respecto a España, al artículo 1262 del Código Civil y al 54 del Código

de Comercio, ambos reformados y unificados por la *Disposición adicional cuarta* de la citada Ley 34/2002.

- 4) Además se hará referencia a determinadas normas de carácter internacional que recogen alguna previsión al respecto, como es el caso de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre comercio electrónico, el Convenio de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías o la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. En concreto, los instrumentos referidos expresamente al comercio electrónico emplean un lenguaje sumamente neutro, prefieren aludir a la más amplia figura del «mensaje de datos» o «comunicación electrónica» –en lugar de a la oferta y la aceptación– y determinar el momento y lugar en que éste se considera expedido por el iniciador y recibido por su destinatario. De este modo, pueden aplicarse luego los criterios determinantes del momento y lugar de nacimiento del contrato propios de los distintos ordenamientos nacionales, sin necesidad de proceder a la unificación de todos ellos.
- 5) Finalmente, cuando la contratación opere en el marco de la Unión Europea habrá de acudirse al Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y al Reglamento (CE) nº 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este último respecto al lugar en que el contrato se entiende perfeccionado a los efectos de determinar el juez competente en caso de litigio.

C. Los criterios generales de determinación del instante y lugar de nacimiento de los contratos en el ordenamiento español

En España, en el año 2002, los criterios determinantes del momento y lugar de nacimiento de los contratos –que hasta entonces divergían en la contratación civil y en la mercantil– se han unificado. Ello ha sido posible por expreso mandato de la *Disposición adicional cuarta* de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, titulada: *Modificación de los Códigos Civil y de Comercio*. El nuevo contenido común de estos artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio establece lo siguiente: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o des-

de que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

De este modo, el ordenamiento español opta por instaurar la «teoría del conocimiento» como criterio de determinación del momento de conclusión de los contratos que, cuando sucede entre partes no presentes, se ve atenuada acudiendo a la «teoría de la recepción». En cuanto al lugar de nacimiento del contrato, lo sitúa en el lugar en que se hizo la oferta. En la práctica pueden distinguirse distintos supuestos:

- 1) Si se trata de un contrato perfeccionado entre «partes físicamente presentes», mediante el directo intercambio de la oferta y la aceptación contractuales, rige la «teoría del conocimiento», por lo que su nacimiento se produce en el momento y lugar en que se tiene conocimiento de la aceptación, lugar que coincide con el de la oferta.
- 2) Cuando el contrato ha atravesado una «formación *ex intervallo temporis* por voluntad de las partes», de modo que en un momento previo el oferente ha comunicado su oferta sin importar el medio utilizado para tal fin (en persona, por teléfono, etc.) y, con posterioridad, una vez ambas partes precontractuales se encuentran físicamente, el destinatario de la oferta le comunica su aceptación, produciéndose el nacimiento del contrato: el momento de nacimiento del contrato se produce en el instante en que el oferente conoce la aceptación de su oferta; y, en cuanto a la determinación del lugar de perfección del contrato, será el lugar en el que se hizo la oferta.
- 3) Si el contrato es perfeccionado entre «partes temporal pero no geográfica o físicamente presentes»: nace en el momento en el que oferente tiene conocimiento de la aceptación, y en el lugar en el que el oferente hizo su oferta, que en este último caso no tiene por qué ser el mismo que aquél en el que tiene conocimiento de la aceptación. El medio de comunicación más conocido, que permite a las partes encontrarse en una situación de presencia temporal pero no geográfica, es el teléfono. Cuando las partes lo emplean para concluir un contrato, y en la misma conversación telefónica se comunican la oferta y la aceptación contractuales, el lugar en el que el oferente conoce la aceptación y el lugar en el cual ha emitido su oferta es el mismo. Sin embargo, cuando se produce una falta de coincidencia entre la comunicación de la oferta y la de la aceptación, el lugar

de emisión de la oferta y el de la recepción de la aceptación no tienen por qué coincidir. En el ejemplo anterior, esto acontece si se comunica la oferta mediante una llamada telefónica en la que el oferente está ubicado en un determinado sitio, y la posterior aceptación es transmitida por medio de otra llamada telefónica recibida por el oferente en otro lugar diferente del anterior. Pero además, en la actualidad, los avances tecnológicos han afectado directamente también a este medio de comunicación: piénsese en el uso común de «teléfono móvil»; de modo que, incluso en la transmisión de la oferta y la aceptación en una misma comunicación telefónica, el lugar de emisión de la oferta y el de conocimiento de la aceptación tampoco tienen por qué coincidir.

- 4) Si el contrato es perfeccionado entre «partes geográfica y temporalmente no presentes»: el contrato nace en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación o desde su recepción, siempre que el oferente no pueda ignorar la aceptación sin faltar a la buena fe, y en el lugar en el que el oferente hizo su oferta, que tampoco tiene por qué ser el mismo que aquél en el cual tiene conocimiento de la aceptación.
- 5) En cuanto al teórico supuesto referido al inicio de la ejecución del contrato sin necesidad de previa aceptación explícita de la oferta, éste puede ser reintegrado en el ordenamiento español acudiendo a la figura de la aceptación asentada en una declaración de voluntad objetivamente tácita (*facta concludentia*), pero subjetivamente expresa –en cuanto que inequívocamente manifiesta una voluntad contractual–, con lo que, de acuerdo al ordenamiento español, el contrato nace en el momento en que el oferente tiene conocimiento del inicio de su ejecución o éste debiera ser conocido sin faltar a la buena fe, pero en el lugar –a los oportunos efectos– en que se hizo la oferta.
- 6) Por lo que se refiere a la expresa y nueva previsión relativa a la perfección mediante «dispositivos automáticos» debe hacerse algún comentario, especialmente respecto a la hipotética plasmación para este supuesto de la «teoría de la emisión» como determinante del momento de nacimiento del contrato. Se puede pensar en dos hipotéticas causas que hayan llevado al legislador a realizar esta referencia expresa a los «dispositivos automáticos»; sin embargo, en mi opinión, para ambas resulta innecesaria.

Si el legislador lo hace para referirse a la contratación que tiene lugar mediante el uso de «máquinas expendedoras» o «distribuidores automáticos»

(p. ej., de café, de tabaco, etc., cuyos productos se adquieren mediante la inserción de una moneda), entiendo que no requeriría una previsión del género para establecer que la introducción de la moneda equivale a la aceptación, y que el conocimiento de dicha aceptación por el autor de la oferta (el titular de la explotación de los productos ofrecidos en la máquina) se presume desde el mismo momento de la introducción de la moneda en la máquina, precisamente por haber optado voluntariamente por este sistema. Si se interpreta en este sentido, también la Ley de Ordenación del Comercio Minorista le hace una referencia equivalente, cuando emplea la expresión «distribuidores automáticos» en su artículo 38.3, que determina que «la regulación establecida en la presente Ley para las ventas a distancia no será de aplicación a: a) Las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados». Asimismo, la citada Ley recoge dentro de su Título tercero: *Ventas especiales*, el Capítulo III: *Venta automática* (artículos 49-52), cuyo artículo 49.1 la define del siguiente modo: «es venta automática la forma de distribución detallista, en la cual se pone a disposición del consumidor el producto o servicio para que éste lo adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe».

Pero si la previsión que hace el legislador está dirigida más bien hacia los «dispositivos automáticos» (entendiendo por tales aquellos «dispositivos inmediatos y automatizados de comunicación») tampoco resulta necesaria; puesto que, por ejemplo, en la comunicación mediante estos dispositivos (ya acontezca directamente entre ordenadores o bien entre personas) sería igualmente válida la «teoría del conocimiento» de la aceptación por parte del oferente, que temporalmente coincidiría con el momento de su emisión por el aceptante.

D. La regulación recogida en la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y en la norma española de transposición

1. *Los artículos 10 y 11 de la Directiva sobre comercio electrónico: información previa exigida y realización de un pedido*

La Directiva 2000/31/CE nada dice explícitamente sobre el momento y lugar de nacimiento de los contratos concluidos de forma electrónica, pero la Ley española 34/2002 que la traspone sí se refiere de forma expresa a la ley aplicable y al lugar de celebración del contrato electrónico en sus artículos 26 y 29, respectivamente. Volviendo a la regulación que recoge la Directiva

sobre comercio electrónico ha de subrayarse que privilegia los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, por lo que no interferirá en las normas nacionales de los Estados miembros –en este caso en materia contractual–, salvo en lo estrictamente necesario. De este modo, ha de destacarse la Sección Tercera, del Capítulo Segundo, titulado: *Contratos por vía electrónica*, que se compone solamente de tres preceptos: los artículos 9, 10 y 11. En ellos se hace referencia respectivamente a la validez de los contratos perfeccionados electrónicamente y sus excepciones; a la información requerida con antelación a la perfección del contrato; y a las reglas que deben regir la realización de un pedido.

El artículo 10 de la Directiva regula la información clara, comprensible e inequívoca exigida al prestador de servicios antes de la realización del pedido por el interesado, no en cuanto a su identificación –al haberla exigido ya en general el artículo 5–, sino con referencia a: los diferentes pasos técnicos necesarios para concluir el contrato, las lenguas ofrecidas para tal fin, los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos, el hecho de si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado y si éste va a ser accesible (art. 10.1). Asimismo, facilitará al destinatario las condiciones generales de los contratos de forma que pueda almacenarlas y reproducirlas (art. 10.3), e indicará los códigos de conducta a los que se acoja y la manera de poderlos consultar electrónicamente (art. 10.2). Además, el artículo 10.4 establece que cuando la contratación sea celebrada exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente no se aplicarán los artículos 10.1 y 2.

El artículo 11 regula finalmente la realización del pedido del siguiente modo:

«1. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en los que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes:

- el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,
- se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos.

2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando así lo acuerden las partes que no son consumidores, el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido

3. El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 11 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente».

Respecto a la aplicación de estos preceptos a las distintas relaciones contractuales, dependiendo de los sujetos que intervengan, merece la pena comentar algunas cuestiones.

- a) *Contratación desde una web.* Por el contenido de estos artículos 10 y 11 se puede apreciar perfectamente que el legislador, al elaborar esta Directiva, tenía en mente sobre todo la contratación operada en la red desde páginas *web*, y, en concreto, aquellos contratos que se perfeccionan desde una página *web* comercial (profesional) mediante la aplicación de un programa informático de contratación en masa que permite dar respuesta, contemporáneamente, a las aceptaciones recibidas de las ofertas públicas, que habían sido previamente expuestas en un catálogo en la propia página *web*.
- b) *Especificaciones técnicas y programa de contratación de la web.* Los artículos 10.1, 2 y 3, y 11.1, primer guión y 2, se refieren a determinadas especificaciones técnicas que ha de cumplir el prestador del servicio con antelación a que el solicitante realice el pedido. El contenido de estos preceptos suele ser cumplido por el prestador que ofrece sus servicios desde una página *web* mediante la correcta configuración en su programa informático de contratación de todas estas exigencias.

De esta forma, en el sistema de pantallas o ventanas sucesivas que ofrece la *web*, desde la visión del catálogo de productos hasta la orden de pedido definitiva, existen una multitud de pasos intermedios. En las distintas etapas de este procedimiento se recogerá la oportuna información a los efectos de cumplir con las prescripciones exigidas en los artículos 10 y 11, y el cliente siempre tendrá la posibilidad de volverse atrás con anterioridad a marcar el icono de avance en el programa. Esta misma posibilidad está presente una vez que se hayan rellenado los datos de la tarjeta para proceder al envío de éstos –junto a los demás necesarios de la hoja de pedido– al prestador del servicio. Este icono final suele denominarse «confirmar», «comprar», «enviar», etc. Pero incluso tras haber confirmado el envío de los datos del pedido, y haber recibido por parte del proveedor su propia confirmación de la compra (recibo del pedido) a través de un correo electrónico a su dirección, algunas páginas *web* permiten al solicitante volverse atrás en su deci-

sión. Para ello tendrán que enviar un correo electrónico a la dirección del proveedor con la finalidad de anular dicho pedido; en este correo deberá indicar: nombre de la persona que ha hecho el pedido, número identificador del cliente, y, fecha y número del pedido (si lo tuviese).

Esta opción resulta lógica cuando se contrata con consumidores, pues de este modo evita que el consumidor –al amparo de las Directivas 2011/83/UE y 97/7/CE, del Real Decreto Legislativo español 1/2007 y del Decreto español 1906/1999 (cuando el contrato perfeccionado incluya condiciones generales de contratación)– posteriormente desista en su voluntad contractual en el plazo establecido desde la entrega del producto o desde la perfección del contrato, si éste fuese de servicios. De esta forma, el prestador de servicios se ahorra los gastos correspondientes a la devolución del bien, los cuales le son exonerados en España al solicitante (art. 44.3 LOCM), salvo cuando el contrato expresamente disponga lo contrario y, en todo caso, cuando el contrato celebrado electrónicamente recoge condiciones generales de contratación (cfr. art. 4.1 Decreto 1906/1999). Sin embargo, cuando el contratante es otro profesional, la posibilidad que le ofrece de anular el pedido no encuentra otra justificación que la simple discrecionalidad del prestador del servicio.

- c) *El acuse de recibo del pedido.* Un último aspecto, que he dejado para el final y que resulta obligado comentar, hace referencia al denominado «recibo o confirmación del pedido», que obligatoriamente debe acusar el prestador del servicio al destinatario «sin demora indebida y por vía electrónica».
- Una primera duda que pudiera plantearse es la de *a quién* debe el prestador del servicio acusar este recibo del pedido. La respuesta parece clara, en cuanto que debe ser enviado al destinatario del pedido, tal y como afirma el propio artículo 11.1, primer guión; pero esto no es del todo cierto. La razón se encuentra en que el solicitante o autor del pedido puede no ser su destinatario. Esta posibilidad es ofrecida en la mayor parte de las páginas *web* comerciales, ya que permiten al solicitante del servicio que rellene los datos del destinatario del pedido, e incluso alguna le permite que indique si desea enviárselo a su destinatario bajo la forma de regalo o no. Por esta razón, es al solicitante del servicio –sujeto que rellena la hoja del pedido– a quien se le debe acusar el recibo del pedido.

- En cuanto a *cómo* llevar a cabo el acuse del pedido, la Directiva sobre comercio electrónico exige al prestador del servicio que lo haga sin demora indebida y por vía electrónica. En la práctica, es el propio programa de contratación que tiene instalado el prestador del servicio el que lo realiza automáticamente, y suele hacerlo por vía electrónica mediante el envío de un mensaje de correo electrónico a la dirección del solicitante, en el que le agradece el contrato concluido y reproduce los términos de éste.
- Ahora bien, el aspecto más importante de este acuse de recibo del pedido es el relativo a *su función y su auténtico valor jurídico*. Hoy, de acuerdo con el literal del artículo 11 de la Directiva sobre comercio electrónico, no quedan dudas de que su finalidad es la de dejar constancia documental de la contratación efectuada, así como de los términos de la misma, a los posibles efectos de prueba llegado el caso. Ello quiere decir que *la conclusión del contrato es anterior al acuse de dicho recibo*.
- El *momento exacto en que nace el contrato* en este tipo de contratación dependerá pues –además del tipo de técnica electrónica empleada– de la posición que ocupen el prestador del servicio y el interesado o destinatario del mismo a la hora de comunicarse las declaraciones constitutivas del consentimiento contractual. Es decir, *dependerá de quién desempeñe el rol de oferente y quién el de aceptante*. Lo normal es que el prestador ocupe la posición de oferente frente al destinatario del servicio, salvo que expresamente haya excluido su voluntad contractual en los anuncios recogidos en el catálogo. Esto último suele hacerlo mediante la inclusión de una cláusula –entre las condiciones generales de contratación– mediante la cual puede indicar expresamente que las auténticas ofertas las realiza la persona que habiendo accedido a la pantalla ordena la compra de un producto, o solamente calificando a sus anuncios de mera invitación a realizar ofertas o simple instrumento publicitario, sin ninguna finalidad directamente contractual.

En este caso, el instante exacto de perfección del contrato tiene lugar cuando el destinatario –ya se trate de un consumidor, otro profesional o un particular–, que al mismo tiempo es oferente, tiene conocimiento de la aceptación del prestador del servicio

(teoría del conocimiento vigente el ordenamiento español); y este conocimiento le llegará directamente desde la pantalla de la página *web* en unos minutos, que son precisamente los que tarda el programa de contratación del prestador del servicio en gestar la operación y abrir esta pantalla. En cambio, el acuse de recibo del pedido, si es enviado por correo electrónico y sin demora, suele estar accesible al solicitante en otros dos o tres minutos desde la perfección del contrato.

Cuando el solicitante del servicio y destinatario de las informaciones recogidas en la *web* comercial –ya se trate de un consumidor, otro profesional o un particular– ocupa la posición de aceptante, el contrato se concluirá en el instante en que el prestador de servicios tenga conocimiento de dicha aceptación. Una vez que el programa de contratación del prestador del servicio localiza la aceptación, le comunicará en unos pocos minutos al solicitante mediante una pantalla que ha tenido conocimiento de la aceptación y, por ello, del contrato concluido. A continuación, y de idéntica forma al caso anterior, le enviará por correo electrónico el acuse de recibo del pedido. Cuando el destinatario del servicio es el aceptante, el proceso dirigido a la perfección del contrato tiene, por definición, una duración inferior a cuando el destinatario ocupa el rol de oferente.

Los problemas de comunicación en la red que pudieran surgir durante el intercambio de la oferta y la aceptación contractuales, y, sobre todo, los que pudiese tener el programa informático de contratación, hacen que al prestador de servicios le resulte más atractivo ocupar la posición de aceptante, al liberarle de las posibles responsabilidades que tales eventos le pudieran ocasionar.

- Por otro lado, ha de responderse al hecho de *qué sucede si el recibo del pedido no resulta accesible al solicitante* –bien porque éste no ha sido acusado, o bien porque, aun enviado, resultase ilegible– y tampoco fuese accesible el propio pedido a su destinatario. Entiendo que estas circunstancias, cuando se deban a la exclusiva responsabilidad del prestador del servicio (p. ej., haberse estropeado el programa informático de contratación por falta de diligencia en su supervisión) deberán interpretarse en todo lo posible en beneficio a la pretensión del solicitante, tanto en el

caso en que éste niegue la existencia del contrato como cuando quiera hacerla valer. Asimismo, cuando la contratación tiene lugar con un consumidor mediante condiciones generales de contratación se establece el criterio de imponer la carga de la prueba al predisponente (cfr. art. 5 del Decreto español 1906/1999).

- Finalmente, ha de señalarse que este tipo de figura –una *obligación informativa posterior a la celebración del contrato*– recogida en el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE *no es del todo novedosa*, pues ya existía en otros instrumentos previos (p. ej., art. 5 Dir. 97/7/CE o art. 3 Decreto español 1906/1999).
2. *Los artículos 26 a 29 de Ley española sobre comercio electrónico: ley aplicable, obligaciones previas a la contratación, información posterior a la celebración del contrato y lugar de celebración del contrato*

La trasposición que hace la Ley española 34/2002 de los artículos 9-11 de la Directiva 2000/31/CE va mucho más allá de su mera reproducción. La Ley 34/2002 le dedica a esta materia su Título IV: *Contratación por vía electrónica*, que se compone de un total de siete preceptos: artículos 23-29. De todos ellos, los tres primeros se centran en el reconocimiento de la validez de la contratación electrónica y su prueba, con la finalidad de cumplir con el mandato del legislador europeo recogido en el artículo 9.1 de la Directiva. Así pues, el artículo 23 declara la validez de la contratación y la documentación electrónicas; y el artículo 24 se refiere a la prueba de los contratos electrónicos, que se complementa con el siguiente precepto –artículo 25, titulado: *Intervención de terceros de confianza*–, que regula precisamente la intervención de terceras personas –mediando mutuo acuerdo de las partes– para archivar el contenido de las declaraciones contractuales y fijar el momento exacto en que éstas han tenido lugar. Los siguientes cuatro preceptos (arts. 26-29) son los que tienen una mayor relevancia en este análisis: artículo 26 (*Ley aplicable*), artículo 27 (*Obligaciones previas a la contratación*), artículo 28 (*Información posterior a la celebración del contrato*) y artículo 29 (*Lugar de celebración del contrato*).

- a. *El artículo 26 de la Ley española sobre comercio electrónico: Ley aplicable.* Este precepto se limita a señalar una conclusión evidente: en la determinación de la ley aplicable al contrato electrónico se tendrá en cuenta lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento español, y se tendrán especialmente en consideración los artículos 2 y 3 de esta misma Ley. Estos últimos preceptos, a los que

hace referencia el artículo 26, pertenecen al Capítulo segundo de la Ley (*Ámbito de aplicación*) y regulan la situación de los prestadores de servicios establecidos en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, respectivamente.

- b. *El artículo 27 de la Ley española sobre comercio electrónico: Obligaciones previas a la contratación.* Este precepto es el equivalente al artículo 10 de la Directiva 2000/31/CE y, en general, su contenido es coincidente con él, por lo que se centra en exigir al prestador de servicios un conjunto de obligaciones informativas precontractuales. No obstante, a este precepto se le deben señalar dos puntualizaciones. Por un lado, añade de forma específica, en su apartado 3, una obligación informativa relativa al plazo de vigencia de las ofertas realizadas por vía electrónica, según la cual éstas serán válidas durante todo el tiempo establecido por el oferente o, en su defecto, durante el tiempo en que resulten accesibles a sus destinatarios. En cambio, la segunda puntualización se localiza en el hecho de que entre las obligaciones informativas previas señaladas no hay referencia alguna a los «códigos de conducta» a los que se haya acogido el prestador del servicio y su información a los destinatarios sobre el modo de acceder a ellos. Tampoco señala esta obligación informativa previa a la celebración del contrato electrónico su artículo 18, directamente destinado a regular estos «códigos de conducta». No obstante, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley, los códigos de conducta forman parte de la *Información general*.
- c. *El artículo 28 de la Ley española sobre comercio electrónico: Información posterior a la celebración del contrato.* Este precepto se corresponde con el artículo 11 de la Directiva 2000/31/CE. Su título (*Información posterior a la celebración del contrato*) es plenamente expresivo de la finalidad que tiene el «acuse de recibo del pedido» exigido por la Directiva sobre comercio electrónico: mera función informativa posterior a la celebración del contrato. El artículo 28 dispone lo siguiente:
- «1. El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:
- a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o
 - b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante

haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello.

En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación».

Su contenido también es fiel a la Directiva, aunque resalta por su peculiaridad el último párrafo del apartado primero. La razón de esta matización que incluye el precepto español se halla en la posibilidad —a la que antes se ha hecho referencia— de que no sea el prestador del servicio la persona que realice la oferta, sino el destinatario del servicio; debido a que la información contractual accesible (p. ej., en su página web) no se trate de una auténtica oferta, sino de una simple invitación a que los interesados realicen ofertas. La siguiente duda que aparece al respecto es si ésta era la voluntad del legislador comunitario o no lo era, ya que el artículo 11 de la Directiva exige sólo al prestador del servicio (no al oferente como hace la Ley española) la confirmación de la aceptación, no haciendo ninguna referencia al supuesto contrario. De este modo, podría señalarse que el legislador español ha interpretado el precepto comunitario de una forma más amplia; otra posible razón se encuentra en otro argumento analizado en otro foro: la posibilidad de que un particular desempeñe el rol de prestador de servicios, y este precepto representaría su confirmación positiva por lo que respecta al ordenamiento español.

Además, tanto el artículo 27 como el 28, ambos de la Ley española 34/2002, resaltan el posible empleo malintencionado de intercambio de mensajes de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica individual equivalente con la finalidad de evitar la aplicación de este régimen informativo, y declaran su no admisibilidad. El supuesto de hecho, que tratan de atajar con esta medida, consiste en aquella hipotética contratación que tiene su punto de inicio en el contacto acaecido mediante el acceso del destinatario a la página *web* del prestador, quien para evitar todo el régimen propio de la contratación abierta desde una *web* prevista por la normativa comunitaria opta por reconducirla a una contratación celebrada mediante el empleo de simples mensajes individuales de correo electrónico, con lo que, de acuerdo con el *Considerando* 18 de la Directiva 2000/31/CE, si el prestador del servicio es un particular logra catalogar su acción como ajena a los servicios de la sociedad de la información. No sucederá así, en cambio, si el prestador del servicio es un profesional.

De forma más directamente vinculada a la perfección del contrato, resalta el artículo 28.2 de la Ley española –de forma homóloga al artículo 11.1 de la Directiva– que «se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello», y esto se presumirá, en el caso en que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, desde que éste «haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones». Esta presunción complementa directamente el nuevo criterio determinante del momento de nacimiento de los contratos: «teoría del conocimiento atenuada por la de la recepción» recogida en los nuevos artículos 1262 y 54 de los Códigos Civil y de Comercio españoles –fruto de su *Disposición adicional cuarta*–, cuando la contratación sea de carácter electrónico.

- d. *El artículo 29 de la Ley española sobre comercio electrónico: Lugar de celebración del contrato.* Pero la Ley 34/2002 no se limita a la importante unificación de los criterios generales de determinación del momento y lugar de nacimiento de los contratos civiles y mercantiles en el ámbito español, sino que, además, recoge una previsión expresa en su artículo 29 respecto al lugar de celebración del contrato cuando es concluido por vía electrónica: «Los contratos celebrados por vía electrónica en

los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual». Finaliza este precepto indicando que «los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios».

Respecto a este precepto han de practicarse algunas observaciones. En primer lugar, altera los recién unificados criterios recogidos en los artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio determinantes del lugar de celebración del contrato entre partes no presentes. Como se ha visto previamente, a tales efectos se determinaba como lugar de nacimiento del contrato el lugar desde el cual se formuló la oferta. En cambio, mediante este artículo 29 se establece que cuando el contrato se concluya por vía electrónica su lugar de nacimiento a los efectos oportunos será el de la *residencia habitual del consumidor* –si es que éste está presente en la relación– o en *lugar en que esté establecido el prestador*, cuando la contratación sea entre profesionales. Esta alteración del régimen general, en favor de una localización geográfica *a priori* más definida, permanente y objetiva –independiente tanto de la ubicación virtual de la oferta como de la propia localización física de las partes que interactúan–, responde a la tendencia lógica de superar todos los problemas íntimamente vinculados al concepto de «lugar» en el entorno de Internet. La segunda observación, que debe señalarse de este precepto, se centra en el hecho de que nada dice sobre el régimen determinante del lugar de perfección del contrato electrónico cuando las partes involucradas son simples particulares.

- E. Interpretación conjunta del criterio tradicional español, de las previsiones comunitarias en materia de comercio electrónico y de iniciativas de carácter internacional

Vistos los criterios generales de determinación del momento y lugar de nacimiento de los contratos establecidos en el ordenamiento español, así como las expresas previsiones que este ordenamiento ha adoptado como consecuencia de la trasposición de la Directiva sobre comercio electrónico y otras iniciativas internacionales, es necesario reintegrarlos a los efectos de hallar el criterio directamente aplicable a la contratación vía Internet.

1. *Momento de nacimiento del contrato en Internet*

Por lo que respecta a la determinación del momento de nacimiento de los contratos concluidos desde Internet debe recordarse que, cuando las

partes se encuentran no presentes desde una perspectiva geográfica y temporal –es decir, no están presentes físicamente, ni disponen de un medio de comunicación que les permita una comunicación simultánea–, rige la teoría del conocimiento atenuada por la de la recepción. En definitiva, en este caso se recoge una presunción de conocimiento asentada en la buena fe del destinatario de la aceptación. Precisamente, dicha presunción se asienta en el concepto de «dirección del destinatario» que, dentro del contexto de Internet, debe ser matizada. De este modo, podría pensarse en la «dirección electrónica» del destinatario, es decir, en su dirección de correo electrónico o, en su caso, de su página *web* dotada de un oportuno programa informático de contratación.

Así, cuando la conclusión del contrato tiene lugar a través del *intercambio de mensajes individuales de correo electrónico*, se entenderá que su destinatario tiene acceso al contenido del mensaje que recoge la aceptación, y por ello se presumirá conocido, cuando éste alcanza su dirección de correo electrónico; y sólo podrá vencer la presunción, cuando pruebe que le ha sido imposible conocerlo sin mediar culpa suya. Se han señalado, en este supuesto, como posibles causas de exoneración del destinatario del mensaje la falta de funcionamiento de su sistema informático o del sistema del proveedor de servicios –gestor del correo electrónico–. Respecto a la primera, se ha resaltado su falta de validez en cuanto que –pese a que su equipo informático no funcione– normalmente su correo electrónico puede ser accesible desde cualquier otro ordenador conectado a la red, gracias a la existencia de multitud de sitios que desde *webs* públicas prestan gratuitamente este servicio a las personas interesadas; de modo que solamente probando fehacientemente el fallo de la *web* que le proporciona el servicio de correo electrónico podría exonerarse.

Si el contrato es concluido en Internet *directamente desde una página web*, mediante el sistema de pulsación o «clicado» del cursor del destinatario sobre las distintas pantallas sucesivas ofrecidas por el programa informático de contratación dirigido al público en general, se entenderá que la orden o aceptación contractual es efectuada cuando –tratándose de auténticas ofertas las publicitadas en la *web*– el prestador de servicios puede acceder a ella; es decir, en el momento en que el programa informático de contratación recibe el correspondiente «clicado» de «aceptación», «OK» o «compra» definitivo del destinatario.

En definitiva, teniendo en cuenta los preceptos citados, la aceptación se considera conocida cuando es recibida en la dirección del oferente, y se reputa

recibida cuando al oferente le es accesible su contenido. Esta conclusión sería válida para todo contrato concluido en Internet en el que las partes se encuentren no presentes en términos geográficos y temporales. Para alcanzar esta síntesis interpretativa, en particular respecto al empleo de mensajes individuales de correo electrónico –a los que no es aplicable el artículo 11.1 por expresa exclusión del artículo 11.3 de la Directiva sobre comercio electrónico (vid. art. 28 Ley española 34/2002)–, es de obligada referencia el artículo 15 –titulado: *Tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos*– (apartados 1-3) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico.

2. *Lugar de nacimiento del contrato en Internet*

Con relación a la determinación del lugar en que se considera concluido el contrato por vía *Internet*, ha de indicarse que van a resultar totalmente inútiles: la denominada «dirección electrónica», así como el lugar en que se ubica el ordenador emisor de la oferta o receptor de la aceptación, o el lugar en que se hallen las partes ocasionalmente, o el sitio en que se encuentre el proveedor que suministra a las partes el servicio de correo electrónico («dirección del *provider*»). Por todo ello, se debe delimitar previamente una dirección o referencia geográfica asentada en criterios físicos, permanentes y de carácter objetivo: por ejemplo, la residencia habitual del consumidor o el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Esta opción representa la solución seguida a nivel internacional, comunitario y nacional para alcanzar una cierta seguridad y objetividad jurídica que, de otro modo, no sería posible. Esto produce como consecuencia que los criterios generales o tradicionales de determinación del lugar de nacimiento de los contratos entre partes no presentes –en España, el lugar en que se ha realizado la oferta– son abandonados cuando la contratación se perfecciona vía Internet, y se adoptan criterios geográficos estrictamente físicos, objetivos y permanentes como, por ejemplo, los adoptados de forma expresa por el ya señalado artículo 29 de la Ley española 34/2002. Son ejemplos genéricos de esta tendencia:

- El artículo 2.c) y el *Considerando* 19 de la Directiva 2000/31/CE en la que se define la figura del «prestador de servicios establecido» y, en concreto, determina que su establecimiento a los oportunos efectos es el establecimiento físico y real, y no el asentado en medios técnicos y tecnologías (establecimiento virtual). El citado precepto es traspuesto en España mediante el artículo 2 de la Ley 34/2002.

- El artículo 29 de la Ley española 34/2002, previamente analizado, que recoge expresamente qué lugar debe entenderse como propio del nacimiento de los contratos electrónicos. Este precepto plasma de forma explícita en el ordenamiento español lo que tácitamente puede advertirse en el mandato comunitario.
- Aunque no se refiere expresamente a la determinación del lugar de conclusión del contrato telemático, el artículo 15.4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y los apartados 100 y 105-107 de la Guía para su incorporación al Derecho interno recogen también esta tendencia.
- También debe indicarse que esta opción viene recogida en el artículo 10.3, titulado: *Tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas*, de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales: «la comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en el artículo 6». Este precepto mantiene una estrecha relación con sus artículos 5.h (Definición de *establecimiento*) y 6 (*Ubicación de las partes*). De modo que por «ubicación de las partes» habrá de entenderse, principalmente, el del «establecimiento en términos geográficos» indicado por la parte o, de no tenerlo, cuando se trate de un persona física, su residencia habitual; en cambio, el lugar de ubicación del equipo y la tecnología que mantienen un sistema de información empleado por una de las partes para celebrar un contrato o el lugar desde el que otras partes pueden obtener acceso a ese sistema de información no constituye por sí mismo un establecimiento (art. 6.4).

En definitiva, la determinación del lugar de celebración de los contratos realizada directamente desde una página *web* queda delimitada del modo indicado por la directa aplicación a ellos de la Directiva 2000/31/CE, y de las respectivas normas de trasposición. Sin embargo, cuando la contratación se perfecciona mediante el intercambio de mensajes individuales de correo electrónico, la Directiva sobre comercio electrónico y sus normas de trasposición no son aplicables; por esta razón, la forma de alcanzar una conclusión equivalente –respecto a la determinación del lugar de nacimiento del contrato– se asienta en la interpretación auxiliar de la citada Ley Modelo sobre

comercio electrónico y de la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.

F. Derecho aplicable y jurisdicción competente en el contrato vía Internet de carácter internacional: observaciones

Por último, ha de hacerse referencia a la determinación del Derecho aplicable y del foro jurisdiccional competente cuando el contrato vía Internet es concluido entre partes pertenecientes a distintos países. En su artículo 1.4, la Directiva 2000/31/CE renuncia a establecer normas adicionales de Derecho internacional privado, y expresamente se manifiesta por no afectar a la jurisdicción de los tribunales de justicia. En forma semejante se manifiesta respecto al derecho aplicable el artículo 26 de la Ley española 34/2002.

1. *Derecho aplicable*

En el entorno comunitario en el que se encuentra España es de aplicación el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Este Reglamento está dotado de un carácter universal (art. 2), por lo que la ley aplicable al contrato será la designada por dicha norma, incluso cuando se trate de una ley perteneciente a un Estado no contratante. Los específicos criterios determinados en el Reglamento Roma I para localizar el derecho aplicable a las obligaciones contractuales son:

a) Artículo 3 del Reglamento Roma I: Libertad de elección de las partes

«1. El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.

3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se enten-

derá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13».

o) **Artículo 4 del Reglamento Roma I: Ley aplicable a falta de elección**

«1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

c) el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble;

d) no obstante lo dispuesto en de la letra c), el arrendamiento de un bien inmueble celebrado con fines de uso personal temporal para un período máximo de seis meses consecutivos se regirá por la ley del país donde el propietario tenga su residencia habitual, siempre que el arrendatario sea una persona física y tenga su residencia habitual en ese mismo país;

e) el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual;

f) el contrato de distribución se regirá por la ley del país donde el distribuidor tenga su residencia habitual;

g) el contrato de venta de bienes mediante subasta se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta, si dicho lugar puede determinarse;

h) el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17. de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley.

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos».

c) Artículo 6 del Reglamento Roma I: Contratos celebrados con consumidores

«1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir la ley aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 3. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1

3. Si no se reúnen los requisitos señalados en las letras a) y b) del apartado 1, la ley aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con los artículos 3 y 4.

4. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán a los siguientes contratos:

a) contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquel en que el mismo tenga su residencia habitual;

b) contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados;

c) contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble distintos de los contratos relativos al derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido con arreglo a la definición de la Directiva 94/47/CE;

d) derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva, siempre y cuando no constituyan la prestación de un servicio financiero;

e) los contratos celebrados dentro de un sistema que entre en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra h)».

2. *Jurisdicción competente*

Por lo que se refiere a la determinación del órgano judicial competente en caso de surgir conflicto entre las partes de un contrato concluido en Internet, deberá acudirse al Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y que sustituye, entre los Estados miembros de la Unión, la mayor parte de las disposiciones de la Convención de Bruselas de 1968. De acuerdo con el citado Reglamento (CE) nº 44/2001 se sigue ofreciendo como regla general la competencia del juez del domicilio del demandado, salvo cuando se esté ante un contrato de consumo. En estos casos, y para tutela de la parte más débil, se permite –derogando el criterio del foro del demandado– acudir al juez del propio domicilio del consumidor. En concreto, deben resaltarse los artículos 15-17 relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores. Estos preceptos permiten acudir a la jurisdicción del domicilio del consumidor para accionar contra un profesional (art. 16.1) y sólo en tal domicilio podrá ser demandado el consumidor (art. 16.2), «en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiese tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de tales actividades» (art. 15.1.c).

De nuevo puede apreciarse que, en estos casos la determinación de la jurisdicción aplicable nada tiene que ver con el del lugar de nacimiento del contrato propio de los criterios tradicionales, siendo independiente además del lugar en que se realice la oferta, la aceptación, la invitación a ofrecer, etc.; pero sí es coincidente con los criterios de determinación del lugar de nacimiento del contrato asentado en aspectos físicos, seguros y objetivos: el lugar de residencia habitual del consumidor o el lugar en que esté establecido el prestador del servicio.

Contenido, ejecución y prueba del contrato vía internet: valor probatorio del documento electrónico

I. EL CONTENIDO DEL CONTRATO VÍA INTERNET

El contenido de un contrato perfeccionado desde Internet no tiene por qué presentar especiales diferencias frente al concluido mediante otro medio de comunicación, o aquél cuyo nacimiento se produce por el intercambio de voluntades entre partes físicamente presentes. No obstante, cuando el contrato nace tras un procedimiento operado en el contexto de una *web* comercial, sí pueden señalarse algunas cuestiones o interrogantes, así como extraer determinadas conclusiones específicas.

En teoría, el contenido del contrato deriva de una voluntad libre y conjuntamente manifestada por las partes; sin embargo, en estos casos el empleo de «condiciones generales de contratación» marca la pauta habitual de este fenómeno negocial. De este modo, el contrato llega a concluirse con un contenido obligacional que, en la práctica, es fruto de un planeamiento o ideación netamente individual –en concreto, del prestador de servicios–, al cual la otra parte no hace más que adherirse. Por este motivo, los concluidos desde una *web* comercial pueden ser definidos como «contratos de adhesión»; al margen de que, en algunos supuestos, el programa de contratación que opera para el prestador de servicios en la *web* conceda «magnánimamente» algunas posibles variaciones, normalmente de escasa o nula relevancia. La principal conclusión de esta observación es la directa aplicación a este tipo de contratos del conjunto normativo dirigido a regular las «condiciones generales de la contratación» y la presencia de «cláusulas abusivas», con especial atención a la tutela del consumidor.

Una segunda peculiaridad de estos contratos nacidos desde una página *web* consiste en la presencia en numerosas ocasiones de los denominados «códigos de conducta». Estos conjuntos de reglas son explícitamente fomen-

tados por el legislador comunitario y nacional en esta materia con especial insistencia. A ellos se les ha realizado una referencia breve cuando se abordó el tema de la necesidad o no de regular específicamente el fenómeno de la contratación en Internet, y se habló de la «autorregulación» como una posible alternativa frente a la directa emanación de normas al efecto por parte del órgano competente. Finalmente, se debe analizar el posible efecto que la publicidad y las «comunicaciones comerciales» pueden tener sobre el contenido del contrato; bien desde una perspectiva interpretativa o, incluso, mediante un papel más activo como lo sería el integrador.

A. La presencia de condiciones generales de contratación

Un dato evidente es que la preconfiguración unilateral del contenido del contrato por una de las partes representa la regla normal en la contratación operada en Internet. De esta forma, la identificación de los contratos vía Internet con un tipo específico de contratos de adhesión puede resultar automática en el esquema mental del observador. Ello es así, porque los contratos operados desde una página *web* –mediante la respectiva sucesión de pantallas o ventanas que marca el programa de contratación– siguen un procedimiento secuencial en el que la negociación de las cláusulas del contrato o desaparece, o queda limitada a aquellas cláusulas que tenga a bien en consultar –más por cortesía, que por auténtica transacción– el prestador del servicio, titular del programa informático de contratación.

Si se deja a un lado la hipotética contratación que puede practicarse en Internet a través del intercambio de mensajes individuales de correo electrónico o de *chat*, o la comunicación –también individual– por medio de videoconferencia, resulta que los ejemplos numéricamente más relevantes de contratación son los que se fraguan directamente desde la página *web* de un prestador de servicios, a los que siguen en importancia los concluidos en un procedimiento de subasta electrónica. Pero esta posibilidad de contratación múltiple, que proporciona el entorno de una página *web*, hace calificar a los contratos en ella concluidos como «contratos en masa» en un doble sentido: primero, en cuanto que permiten –a un mismo tiempo– perfeccionar un tipo idéntico de contrato con multitud de personas gracias al empleo de programas informáticos de contratación y, además, por carecer de una etapa previa a su conclusión en la que se negocia el contenido contractual. En su lugar, la oferta comunicada mediante el simple acceso a una *web* comercial suele venir acompañada, en el momento en que el interesado decide aceptarla, de un

conjunto de condiciones generales de las que, teniendo en cuenta la normativa al uso, deberá ser informado fehacientemente o deberá haberlas aceptado expresamente para que resulten eficaces. Ahora bien, es evidente que el fenómeno de la contratación en masa no negociable no es un fenómeno nuevo; no obstante, es en la contratación operada desde una página *web* –gracias a los avances telemáticos– en la que resulta plenamente automatizada.

Las condiciones generales de la contratación representan el instrumento por excelencia de estandarización de las relaciones contractuales, que reflejan cómo la producción en serie tiene su reflejo en la contratación igualmente en serie. Pero desde la perspectiva actual, se puede además resaltar el hecho de que con el uso de las nuevas técnicas telemáticas dicha estandarización y masificación adquiere tintes aún más nítidos. Precisamente por esta razón, el legislador comunitario ha predispuesto de una normativa propia dirigida a evitar posibles abusos. La regulación española distingue entre un régimen jurídico amplio destinado a regular las «condiciones generales» dirigidas a la contratación en general, y un régimen específico sobre las «cláusulas abusivas» destinado a los consumidores. En cuanto a estas últimas cláusulas dirigidas al consumidor, pese a que sean aceptadas por él, serán radicalmente nulas cuando sean declaradas abusivas.

Por lo que se refiere al régimen de las condiciones generales sin importar su destinatario, en otro lugar se ha hecho referencia ya al ámbito de aplicación subjetivo del artículo 5 de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación, titulado: *Requisitos de incorporación*, que, a tenor de su apartado cuarto, «en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma». Fruto de dicha previsión legislativa fue la aparición del Real Decreto 1906/1999, ya analizado, lugar al que me remito.

La falta de necesidad de firma convencional para la aceptación de las condiciones hace que, en España, en el contexto de la contratación en Internet, no resulte requerida la firma electrónica avanzada y reconocida para acreditar el conocimiento de ellas. Por esta razón, será suficiente manifestar la aceptación de las cláusulas contractuales mediante el empleo de firma electrónica avanzada no reconocida o simple, e, incluso, si éstas resultan accesibles desde la *web* comercial de forma clara y comprensible, ni siquiera requerirán ser aceptadas

mediante el empleo de firma electrónica alguna, siempre que la aceptación de todas las cláusulas del contrato pueda alcanzarse y hacerse constar por escrito: es decir, venga recogida en soporte electrónico. Si no se cumplen los requisitos formales para la aceptación de las condiciones generales establecidos en el citado artículo 5 se tendrán como no incorporadas (art. 7 LCGC) –lo que supone el tenerlas por no puestas–, rigiendo la relación contractual entre las partes por las demás previsiones eficaces, siempre que así se pronuncie en su caso la autoridad judicial (art. 10 LCGC).

B. Los códigos de conducta y su integración en el contenido contractual

Los «códigos de conducta» –también denominados códigos de autorregulación, regímenes de autodisciplina, normas de comportamiento autógenas o *netiquette*– son contemplados expresamente en el artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE, así como en el artículo 18 de la Ley española 34/2002 que la transpone; y, aunque el fomento de dichos códigos a nivel comunitario arranca desde mucho antes, la forma de hacerlo no será la misma en todos sus instrumentos. Representan un ejemplo práctico de la autorregulación de colectivos interesados en la contratación vía Internet (como *providers*, prestadores de servicios, etc.) y una alternativa a la directa regulación del fenómeno por parte de los órganos normativos autorizados. Una ventaja que presentan los códigos de conducta –y, en general, la autorregulación– frente a la emanación de instrumentos típicamente normativos es la mayor velocidad de adaptación de los primeros a la rápida evolución de Internet y de la tecnología a ella asociada.

Se ha señalado que en EEUU la tendencia –desde la perspectiva normativa sobre Internet– estaba orientada hacia la autorregulación de las partes, mientras que en Europa se buscaba una legislación en sí o auténtico cuadro normativo uniforme al respecto. No obstante, debe constatarse que en ambas direcciones se producen elementos de intersección. Es decir, en los últimos años también EEUU comienza a pensar en la necesidad de una auténtica regulación, si bien restringida a determinados aspectos muy específicos; y, en Europa, al mismo tiempo que se legisla directamente sobre la materia, no se cierran las puertas a distintas formas de autorregulación como serían los códigos deontológicos o de conducta.

Pese a todo, una cuestión a mi entender de gran relevancia es la neta distinción entre una regla o criterio propio de un código de conducta y una condición o cláusula abusiva que, bajo la teórica apariencia de la primera

figura, persiga imponer al destinatario del servicio un determinado deber u obligación excesivos: por ejemplo, que renuncie a su fuero jurisdiccional. Por esta razón, es fundamental señalar qué debe entenderse por código de conducta, y tratar de comprender cuál es su alcance vinculante, al menos para su autor. En este sentido, puede señalarse al menos dos tipos de códigos de conducta: aquellos que poseen un auténtico carácter vinculante para las partes que lo elaboran y lo asumen; y, por otro lado, estarían aquellos otros que, careciendo de fuerza vinculante en sentido estricto, servirían más como un código deontológico dotado de un valor moral más que jurídico. En ambos casos, mediante su empleo se persigue alcanzar una mayor dosis de confianza en esta clase de contratación operada desde Internet.

El primero de los dos tipos –jurídicamente vinculante– representaría la otra cara de las condiciones y cláusulas generales; en el sentido en que, unilateralmente, la parte más fuerte de la relación –el prestador de servicios– restringe su poder configurador o se autolimita en algunos aspectos más allá de lo que la Ley rectora de la relación le exige. Mediante esta medida consigue dos beneficios: por un lado, el que revierte directamente en favor de la parte más débil; y, en segundo lugar, redundando en beneficio del propio fomento y desarrollo del fenómeno de la contratación desde Internet. En cuanto al segundo tipo de código –moral, que no jurídicamente vinculante–, tendría la misma trascendencia jurídica que pueden tener los códigos deontológicos profesionales en el ejercicio de la actividad del colectivo: poca. No obstante, en este supuesto, sí podrían servir como fuente de información a los órganos auténticamente normativos de la Unión o del Estado miembro sobre las tendencias evolutivas del fenómeno que, con posterioridad y llegado el caso, podrían ajustar mediante el recurso auténticamente normativo de la directa regulación.

C. Las comunicaciones comerciales: su regulación y su posible repercusión en el contenido del contrato

Es evidente que la rapidez, el carácter transfronterizo y global, y el no excesivo coste propio del empleo de Internet le convierte en un medio de comunicación ideal para canalizar una publicidad y promoción comercial masiva. Esta potencialidad, así como la posibilidad de que los prestadores de servicios lleven a cabo una práctica comercial abusiva, no ha pasado desapercibida al legislador comunitario. En cuanto a las actuaciones objetivas reguladas por la Directiva, resulta interesante la distinción que realiza entre comunicaciones comerciales y contratos por vía electrónica.

Define a las «comunicaciones comerciales» (art. 2.f) como «todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas». Además, no se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes: «los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico»; y «las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando estos se realizan sin contrapartida económica». A tenor de la definición precedente deben entenderse por «comunicaciones comerciales» el conjunto de actuaciones variadas que el prestador de servicios –que ha de tratarse de un profesional– puede llevar a cabo, durante la fase precontractual de cualquier hipotético futuro contrato, con la finalidad última de alcanzar su conclusión. Podrían integrarse en este concepto un conjunto de actividades de muy diferente naturaleza, desde actuaciones de publicidad en general, como específicos actos de reclamo de la clientela (descuentos, premios, regalos, ofertas, concursos y juegos promocionales), invitaciones a realizar ofertas e incluso auténticas propuestas contractuales que, normalmente, vienen en forma de ofertas al público.

Respecto a las «comunicaciones comerciales» interesa destacar que la Directiva 2000/31/CE les articula un régimen específico, al exigirles que deben ser identificables como tales (art. 6.a), además de identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan (art. 6.b). Ello es así, porque el envío indiscriminado de comunicaciones comerciales a destinatarios que no las hayan solicitado puede conllevar responsabilidades a la persona en nombre de la cual se envían (vid. arts. 7 y 12). Por otro lado, de acuerdo con los artículos 6.c y 6.d, las ofertas promocionales –como descuentos, premios y regalos– y los concursos o juegos también promocionales, cuando sean permitidos por el Estado miembro del establecimiento del prestador de servicios, deberán ser claramente identificables como tales, así como accesibles, inequívocas y claras las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos.

Pero en el ámbito comunitario, además de a la Directiva sobre comercio electrónico, es obligado hacer referencia también al artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE en el que se regulan directamente –desde la perspectiva de la tutela de los datos personales de los usuarios y abonados en el sector de las comunicaciones electrónicas– las «comunicaciones no solicitadas». Del

citado artículo 13 –en principio circunscrito a su ámbito de aplicación– pueden obtenerse las siguientes conclusiones al respecto: las comunicaciones comerciales no solicitadas no son permitidas (art. 13.3-5), por lo que se requiere que previamente hayan sido consentidas por el destinatario (art. 13.1), salvo cuando el prestador de servicios envíe tales comunicaciones comerciales a clientes con los que ya ha mantenido una relación contractual precedente –durante la cual le haya sido proporcionada la dirección de correo electrónico–, siempre en relación a productos o servicios similares a los anteriormente suministrados, y, en todo caso, se les permita oponerse al envío futuro de tales comunicaciones (art. 13.2).

La Ley española que traspone la Directiva sobre comercio electrónico a nuestro ordenamiento regula las «comunicaciones comerciales por vía electrónica» en sus artículos 19 a 22, y además hace referencia a ellas en materia sancionadora en los artículos 38.3.c) y d), y 38.4.d). La regulación española se orienta del siguiente modo:

- 1) El artículo 19 de la Ley 34/2002 –titulado: *Régimen jurídico*– declara aplicables a las comunicaciones comerciales y a las ofertas promocionales, además de lo recogido en la presente Ley, su normativa propia: en concreto, la específica en materia comercial (vid. arts. 18 y ss. de la LOCM, relativos a *Actividades de promoción de ventas*) y de publicidad, y de protección de datos personales (vid. Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, y arts. 33-38 y *Disposición adicional novena* de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones).
- 2) Si bien emplea como encabezamiento del Título III de la Ley 34/2002 la genérica denominación: *Comunicaciones comerciales por vía electrónica*, distingue de forma expresa en su artículo 20 entre tres tipos de actividades: las comunicaciones comerciales de estricta naturaleza publicitaria –a las que además exige que figure al inicio del mensaje la expresión «publicidad»– (art. 20.1); las ofertas promocionales –como las que incluyan descuentos, premios y regalos– y los concursos o juegos promocionales (art. 20.2).
- 3) A todas las «comunicaciones comerciales por vía electrónica» les exige que sean claramente identificables como tales, así como la persona física o jurídica en nombre de la cual son realizadas (art. 20.1). Además, «en todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente

por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquéllas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo» (art. 20.4).

- 4) El contenido de los artículos 21 y 22 de la Ley 34/2002 sobre comercio electrónico establece el siguiente régimen jurídico: Están prohibidas las comunicaciones comerciales efectuadas a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que no hayan sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios (art. 21.1), salvo cuando éstas sean comunicadas por un prestador de bienes o servicios que ha mantenido relaciones contractuales previas con los destinatarios de las comunicaciones –durante las cuales ha obtenido lícitamente sus direcciones electrónicas–, siempre en relación a productos o servicios similares a los anteriormente suministrados, y, en todo caso, se les permita oponerse en el futuro al envío de ellas (art. 21.2). El destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente mediante procedimientos sencillos y gratuitos (art. 22.1).
- 5) Desde una perspectiva más amplia, pueden definirse estas «genéricas comunicaciones comerciales» como actividades de muy variada naturaleza jurídica, desde actos precontractuales carentes de contenido negocial alguno –que se identifican con meras actividades publicitarias en las que están ausentes los elementos objetivos esenciales de una oferta contractual o, por lo menos, de su elemento subjetivo: voluntad de perfeccionar un contrato– hasta auténticas ofertas contractuales. En el caso en que las comunicaciones comerciales tengan la condición de verdaderas ofertas contractuales, y terminen fusionándose con una correlativa aceptación, debe remitirse su análisis al estudio de la formación de los contratos en Internet.
- 6) Queda en cambio abierta la relevancia de aquellas comunicaciones comerciales que sólo pueden ser definidas como «meros actos publicitarios». En concreto, se plantea la duda de aplicarles la normativa comunitaria y nacional dirigida a la tutela de los consumidores y aquella contra la publicidad engañosa y comparativa. Sobre este particular la respuesta debe ser afirmativa, y así viene recogido expresamente en el artículo 19 de la Ley 34/2002.

- 7) De forma aún más relevante –por sus hipotéticas consecuencias prácticas– es necesario pronunciarse acerca de la posible «interpretación o integración del contenido del contrato vía Internet» –una vez concluido– acudiendo a las informaciones recogidas en estas comunicaciones comerciales previas de carácter publicitario, ya fueran «solicitadas» o «no solicitadas». En favor de su utilidad, a los efectos de interpretar la auténtica intención de las partes en el contrato y por ello determinar su contenido se manifiesta expresamente, por ejemplo, el artículo 4.3 –titulado: *Circunstancias relevantes*– de los Principios de *Unidroit*, que dispone que, «deberán tomarse en consideración todas las circunstancias, incluso: (...) las negociaciones previas entre las partes».
- 8) Finalmente, indicar que se consideran «infracciones graves» (que lleven asociadas una multa de 30.001 hasta 150.000 euros):
 - «El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente o el envío, en el plazo de un año, de más de tres comunicaciones comerciales por los medios aludidos a un mismo destinatario, cuando en dichos envíos no se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21» (art. 38.3.c de la Ley 34/2002).
 - «El incumplimiento significativo de la obligación del prestador de servicios establecida en el apartado 1 del artículo 22, en relación con los procedimientos para revocar el consentimiento prestado por los destinatarios» (art. 38.3.d de la Ley 34/2002).

II. EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y SU PRUEBA

A. La entrega del bien o la realización del servicio pactado

Una de las etapas consustanciales a todo el fenómeno contractual, pero en la que se podrían manifestar debilidades cuando es operada a distancia, es la correcta entrega del producto adquirido o el perfecto desarrollo de los servicios contratados. Por esta razón, han de distinguirse dos posibilidades de ejecución del contrato con distintas consecuencias jurídicas.

- 1) Por un lado, se encontrarían aquellos productos o servicios que, pese a ser contratados electrónicamente, por su propia naturaleza deben ser entregados o puestos a disposición de su destinatario por los cauces clásicos de la contratación a distancia; es decir, mediante el empleo de

correspondencia postal, transporte contra reembolso, etc. Esta vertiente de la contratación concluida electrónicamente queda expresamente excluida de lo que la Directiva sobre comercio electrónico denomina «servicio de la sociedad de la información», y por ello excluida también de su ámbito de aplicación (*Considerando* 18).

- 2) La otra opción que puede presentar la entrega del producto o la prestación del servicio contratado es su realización de forma telemática, al poder recogerse dicho producto en lenguaje informático y ser enviado a través de la red directamente al ordenador (*downloading*) o a la dirección de correo electrónico de su destinatario, o poder ser ejecutado el servicio directamente desde Internet. En estos casos, cuando la entrega en forma telemática es de programas informáticos o grabaciones de vídeo o audio, salvo pacto en contrario, no cabrá ejercer el derecho de desistimiento que la normativa concede a los consumidores que contratan a distancia (vid. art. 16 de la Directiva 2011/83/UE, art. 6.3 de la Directiva 97/7/CE, art. 45.c de la LOCM y art. 102 del Real Decreto Legislativo español 1/2007).

Los datos del destinatario del producto o servicio son cumplimentados al momento de la confección de la hoja de pedido. Resulta habitual, en la mayor parte de páginas *web* comerciales, que se ofrezca la posibilidad de seleccionar una dirección del destinatario del producto o servicio distinta a la del sujeto que concluye el contrato. Esta opción suele emplearse con la finalidad de realizar regalos a terceros. Cuando la entrega se realiza por los cauces ordinarios –no telemáticos–, el proveedor o prestador del servicio está obligado a incluir entre la información previa a la conclusión del contrato: las distintas modalidades de entrega (si las hubiese) entre las que podrá escoger el destinatario, así como indicar la cuantía de los gastos que conlleva dicha entrega y no estén incluidos en el precio del bien adquirido. Antes de la aprobación de la Directiva sobre comercio electrónico, esta última exigencia quedaba reservada en el mandato comunitario sólo a la contratación a distancia con consumidores (vid. art. 4.d de la Directiva 97/7/CE; y art. 40 de la LOCM); actualmente, el artículo 5.2 de la Directiva sobre comercio electrónico exige de forma general –sin distinguir entre los hipotéticos destinatarios– que «los Estados miembros garantizarán que cuando los servicios de la sociedad de la información hagan referencia a precios, éstos indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío» (en términos semejantes, vid. art. 10.1.f de la Ley española 34/2002).

Es importante indicar que la ejecución material de la entrega del producto, si es que se paga mediante el empleo de tarjeta bancaria, siempre tiene lugar con posterioridad a la corroboración de los datos y efectivo del titular de la tarjeta, previamente cumplimentados en la hoja de pedido. Incluso, cuando el solicitante emplea tarjeta de débito, se habrá realizado el pago del servicio con antelación a su entrega, al implicar este tipo de tarjetas un cargo automático. Por esta razón, resulta fundamental tener muy en cuenta las relaciones íntimas que presentan entrega del producto y su pago, o viceversa, por lo que será importante que el prestador del servicio otorgue un abanico amplio de opciones de pago y entrega del producto, entre los que sería conveniente que incluyera correo o transporte contra reembolso.

Siempre que en la contratación esté presente un consumidor será de aplicación el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE (vid. art. 7 Dir. 97/7/C, art. 43 LOCM y art. 102 Real Decreto Legislativo español 1/2007). Este precepto establece en su apartado primero, que «salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato». En la contratación desde una *web* resulta normal que el prestador del servicio suela establecer un plazo más breve de entrega, incluso limitado a tres o cuatro días; sin embargo, pronto asegura su posición incluyendo entre las condiciones generales de contratación una, en la que expresamente indicará que el citado plazo tendrá carácter meramente indicativo, y que, aunque se esforzará en cumplirlo, en caso de no ser posible no le derivará ningún tipo de responsabilidad. El artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE añade, además, que «si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato». A continuación señala el artículo 18.3 de esta misma norma que, en caso de resolverse el contrato, «el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo» (vid. las diferencias que presentaban respecto este régimen los arts. 7.2 y 7.3 Dir. 97/7CE).

Desde otra vertiente, aunque en la normativa comunitaria lo sea sólo desde la perspectiva de la tutela del consumidor, es importante la determina-

ción del momento exacto de la entrega del producto al efecto del hipotético ejercicio de la acción de desistimiento del contrato (vid. art. 9 Dir. 2011/83/UE, art. 6 Dir. 97/7/CE, art. 44 LOCM). Al respecto, el artículo 9.2 de la Directiva 2011/83/UE dispone que, cuando la contratación a distancia tenga lugar con un consumidor, y tratándose de una compraventa, se requiere que el consumidor o tercero por él designado –distinto del transportista– adquiera la posesión material del bien o bienes, a los efectos de iniciar el cómputo del plazo para ejercer el derecho de desistimiento.

En cuanto a los contratos que se concluyen mediante el empleo de correo electrónico, *chat* o videoconferencia, se les aplicarán aquellos preceptos que sean compatibles con ellos; en particular, la normativa de protección del consumidor en materia de contratos a distancia. En cuanto a la aplicación a ellos de determinados preceptos de la Directiva sobre comercio electrónico se analizará más adelante; esta misma puntualización sirve para la contratación a través de subasta electrónica.

B. Problemas vinculados al pago

1. *La búsqueda de un sistema seguro de pago*

Un hecho evidente es que el comercio electrónico requiere un sistema de pago que responda conjuntamente a las características y necesidades propias de Internet: velocidad, simplicidad, bajo coste y seguridad. Antes se ha indicado que la correcta entrega del servicio solicitado resultaba importante para el éxito de la difusión masiva de la contratación en Internet, pero todavía lo es más que el pago de la contraprestación se lleve a cabo por cauces seguros cuando sea efectuado a través de este medio. Este aspecto del pago del servicio, junto a la relevancia y aplicación efectiva de la firma electrónica, son las dos cuestiones esenciales a las que debe dar cumplida respuesta todo legislador.

Durante el proceso de contratación desde una *web*, en concreto cuando se rellena la hoja de pedido, se le va a exigir al interesado que seleccione el modo –siempre que figuren más de uno– con que desea efectuar el pago del servicio. Entre las distintas modalidades de pago que, de momento, normalmente figuran están: el pago contra reembolso, giro postal, mediante tarjeta bancaria de crédito o de débito, o por transferencia bancaria. Cuando el pago se realiza mediante tarjeta bancaria será necesario indicar el tipo (*Visa*, *Mastercard*, etc.), su número y su fecha de caducidad; sólo con estos datos el prestador podrá cobrar su servicio. Otros modos de realizar el pago del servicio, aunque por el momento no resulten tan comunes, son a través del

cheque electrónico o por el empleo de tarjetas de prepago recargables o no (*smart cards*). De todos ellos, es precisamente el empleo de tarjetas de crédito o débito el sistema de pago más utilizado y que, al mismo tiempo, plantea mayores recelos a los usuarios de la red. La razón se halla principalmente en el temor de que tales datos puedan caer en manos de delincuentes informáticos, que los utilicen para vaciar la cuenta del titular simplemente llevando a cabo otras operaciones desde la propia red.

Por esta razón, suelen exigirse como características consustanciales a todo sistema de pago seguro las siguientes: a) «*Confidencialidad*»: que la transacción sólo sea conocida por las partes intervinientes (en el caso de las tarjetas de crédito: prestador del servicio, cliente y banco). b) «*Integridad*»: que los datos del pago no puedan ser modificados por terceras personas. c) «*Autenticación del remitente*»: que el cliente resulte identificable para que, en el caso de no materializarse su pago, pueda ser exigido por el acreedor. d) «*Autenticación del receptor*»: resulta necesaria para que el pagador deudor pueda liberarse de su deuda frente al acreedor. e) «*Irrenunciabilidad*» o «*no repudiación*»: en cuanto que la autenticación de las partes debe mantenerse vigente durante un espacio de tiempo que impida que una de ellas decline su responsabilidad.

No faltan autores que exigen también al sistema de pago –para que pueda ser considerado seguro– que garantice el «*anonimato*», de forma semejante a como se consigue con el empleo de papel moneda, por lo que con posterioridad al pago no se sabrá quién lo hizo. No obstante, esta característica responde no tanto a la seguridad del sistema de pago, sino a la privacidad del pagador en Internet. Puede señalarse que el uso de tarjetas bancarias o de cheques electrónicos no garantiza dicho anonimato, por el simple hecho de la participación de la entidad financiera. Sí lo permite, en cambio, el empleo de las tarjetas de prepago. Por otro lado, debe indicarse que si bien la garantía de la seguridad del sistema de pago empleado en Internet es fundamental, no debe olvidarse que dicha seguridad no debe traducirse en excesivos costes adicionales para las partes involucradas en la transacción.

Teniendo presentes estos aspectos, se van a analizar a continuación dos núcleos de cuestiones: aquéllas que giran en torno al denominado «dinero electrónico», y las que se orientan sobre la búsqueda de tecnologías o canales alternativos que permitan operar con seguridad en la red con tarjetas bancarias clásicas (tarjetas de crédito o de débito).

2. *El dinero electrónico*

En el ámbito comunitario, los genéricos sistemas e instrumentos de pago electrónicos han sido objeto de preocupación, alusión y regulación por distintos instrumentos desde fechas relativamente muy tempranas. Entre ellos deben citarse la Recomendación 87/598/CEE de la Comisión, de 8 de diciembre de 1987, sobre un Código europeo de buena conducta en materia de pago electrónico (Relaciones entre organismos financieros, comerciantes-prestadores de servicios y consumidores); la Recomendación 88/590/CEE de la Comisión, de 17 de noviembre de 1988, relativa a los sistemas de pagos y en particular a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas; la Recomendación 97/489 de la Comisión, de 30 de julio de 1997, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos; y, en la actualidad, la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como la supervisión cautelar de dichas entidades (que modifica las Directivas 2005/60/CE, 2006/48/CE y deroga la Directiva 2000/46/CE).

La citada Recomendación 97/489/CE, a los efectos de su aplicación, define los «instrumentos electrónicos de pago» (art. 2.a) sobre la base de otros dos conceptos a los que englobaría: «instrumento de pago de acceso a distancia» (art. 2.b) e «instrumento de dinero electrónico» (art. 2.c). El primero de ellos se corresponde con las tarjetas bancarias de crédito o débito, además de otros medios de pago; mientras que el segundo coincide plenamente con la figura a la que la Directiva 2009/110/CE denomina como «dinero electrónico», y a la que restringe su ámbito de aplicación.

Una definición de «dinero electrónico» viene recogida en el artículo 2.2 de la Directiva 2009/110/CE. De acuerdo con este precepto, por «dinero electrónico» debe entenderse «todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico». El *Considerando* 7 de la Directiva 2009/110/CE señala, en términos más accesibles, que «resulta adecuado introducir una definición clara de dinero electrónico para que este concepto sea técnicamente neutro. Dicha definición debe cubrir todas las situaciones en las que el proveedor de servicios de pago emita un instrumento de valor almacenado y prepago a cambio

de fondos, y el cual pueda utilizarse como modo de pago porque la tercera persona lo acepta como tal». Asimismo, este mismo *Considerando* insiste en que «la definición de dinero electrónico ha de extenderse al dinero electrónico tanto si está contenido en un dispositivo de pago en poder del titular del dinero electrónico o almacenado a distancia en un servidor y gestionado por el titular del dinero electrónico mediante una cuenta específica para el dinero electrónico. Dicha definición ha de ser suficientemente amplia, de modo que no se obstaculice la innovación tecnológica y entren en ella no sólo todos los productos de dinero electrónico que existen actualmente en el mercado, sino también los productos que puedan desarrollarse en el futuro». La Directiva 2009/110/CE ha sido traspuesta al ordenamiento español a través de la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico, y recoge, en su artículo 2, una definición idéntica de «dinero electrónico» a la comunitaria.

En definitiva, el dinero electrónico representa en *bits* un valor monetario determinado que, una vez gastado, es posible volver a recargar; aunque la posibilidad de la recarga no es un elemento definitorio de esta figura. Ha de definirse, por ello, como un documento informático que puede presentarse físicamente incorporado en la banda magnética o el *chip* informático de una tarjeta, o directamente en la memoria de un ordenador. Los beneficios que reporta el «dinero electrónico» son múltiples: a) con su uso se garantiza el carácter *anónimo* de su titular; b) es *autónomo* e independiente de las hipotéticas cuentas bancarias que tenga abiertas su titular, por lo que su posesión por un tercero –a diferencia de lo que acontece con las tarjetas bancarias– no le habilita para llegar a ellas; c) normalmente *no permite acumular un excesivo valor monetario*, por lo que si se pierde la tarjeta en que se recoge dicho valor monetario simplemente reportará al ilegítimo poseedor un beneficio reducido; y, d) por otro lado, es sumamente *útil* para contratar determinados servicios desde Internet que, por su reducido coste, no podría adquirirse por medio de las tarjetas bancarias tradicionales.

3. *Las tarjetas bancarias clásicas*

Por lo que se refiere al directo empleo de las clásicas tarjetas bancarias, como instrumento de pago de los contratos concluidos desde Internet, puede afirmarse que en el fomento de su utilización puede recurrirse a diferentes vías. Éstas pueden sintetizarse en las siguientes:

a. *Solución imperfecta y a posteriori*

Consiste simplemente en limitarse a tratar de resolver los problemas generados con su uso; en particular, cuando los datos de la tarjeta hayan sido

sustraídos y empleados por una tercera persona no autorizada para ello. Éstas, por el momento, la respuesta contemplada en los instrumentos normativos al efecto. De este modo, restringido sólo a los consumidores, el artículo 8 de la Directiva 97/7/CE, titulado: *Pago mediante tarjeta*, exigía a los Estados miembros que velasen por la existencia de medidas apropiadas para que «el consumidor pueda solicitar la anulación de un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta de pago en el marco de contratos a distancia cubiertos por la presente Directiva», y que, «en caso de utilización fraudulenta, se abonen en cuenta al consumidor las sumas abonadas en concepto de pago o se le restituyan». El equivalente al citado precepto en el ordenamiento español está recogido en el artículo 46 de la LOCM. Sin embargo, en la Directiva 2011/83/UE no existe un precepto análogo.

En todo caso, se trata de una solución imperfecta por diversas razones, pues: no garantiza la solución del problema; no fomenta el empleo de las tarjetas bancarias por sus titulares en las operaciones en Internet; otorga un hipotética tutela parcial limitada sólo a los consumidores; y, finalmente, es importante tener en cuenta que, para que al consumidor le sean devueltas las sumas sustraídas mediante el uso ilegítimo de su tarjeta por un tercero, aquél deberá probar al ente emisor (entidad financiera) que tales pagos han sido efectuados como consecuencia de un uso fraudulento de su tarjeta. Este tipo de prueba es sumamente difícil sino son grabadas o registradas las operaciones efectuadas mediante instrumentos de pago electrónico; aspecto éste al que hacía expresa referencia el *Considerando* 9 de la Recomendación 97/489/CE, y no así la Directiva 97/7/CE.

b. Soluciones *a priori*

Dentro de la búsqueda de cauces previos que garanticen un uso seguro de la tarjeta bancaria en Internet, pueden señalarse distintas posibilidades:

- a'. El «empleo de protocolos de seguridad reconocidos» que operan dentro de Internet, pero carentes del carácter de cerrados y con propietario. Este es el caso del sistema *Secure Socket Layer* (SSL), tan difundido en el contexto de las webs comerciales que concluyen contratos directamente desde Internet.
- b'. Tratar de evitar el empleo de las tarjetas bancarias en un canal abierto e inseguro por definición como es Internet, mediante la realización de la operación de la dación de los datos de la tarjeta en «redes cerradas o *Intranets*», y la «intervención de terceros intermediarios encargados de garantizar dicha seguridad».

c'. «Combinar el empleo de la tarjeta bancaria y las nuevas tecnologías de cifrado asentadas en claves asimétricas». Se ha hablado en otro epígrafe de la necesidad de la existencia de un documento de identidad electrónico para mayor seguridad de las transacciones operadas en Internet; asimismo, se ha hecho referencia a que éste no resuelve –al menos directamente– el problema de la seguridad del pago en la red. Pues bien, a continuación se han intentado esbozar algunas hipotéticas soluciones que presentan en común –la mayor parte de ellas– el hecho de tratar de vincular el documento de identidad electrónico al pago; en concreto, al efectuado a través de una tarjeta de crédito o de débito. No todas las soluciones serán aceptables, pero responden a una lógica evolutiva dirigida a obtener la más idónea entre ellas:

- *Solución 1:* Vincular el pago vía Internet efectuado con una tarjeta bancaria tradicional a la coincidencia de su titular con el de la «firma electrónica avanzada y reconocida». *Ejemplo:* Exigir, en todo contrato vía Internet que se pague mediante tarjeta bancaria, que coincida el documento de identidad electrónico del contratante pagador con el titular de la tarjeta. Es decir, el contratante sea o no destinatario del bien o servicio signa el contrato con la firma electrónica avanzada y reconocida que recoge su documento electrónico de identidad, cuyos datos identificativos se corresponderán con los del titular de la tarjeta de crédito o de débito empleada en el pago. *Problemas:* Es una solución a medias, ya que nada se dice acerca de cómo se envían los datos de la tarjeta; no obstante, esta traba se podría solventar parcialmente si los datos de la tarjeta se envían codificados gracias a la firma electrónica avanzada y reconocida del titular en un mensaje, más adelante se expondrá cómo.
- *Solución 2:* Las entidades bancarias deberán realizar «nuevas tarjetas de pago» en las que se combine el documento de identidad electrónico y los datos bancarios, al mismo tiempo. *Ejemplo:* El banco da al titular X una tarjeta de crédito vinculada a su documento de identidad electrónico que se corresponde con su clave pública, pero la clave privada sólo la sabrá su titular; en este supuesto puede ser útil el empleo de EDI. *Operación:* Se realiza directamente por el titular, quien inserta su clave privada y añade al mensaje enviado por correo la clave pública del prestador

del servicio (accesible en su propia *web* comercial); con ello consigue que todo el mensaje venga cifrado, así su destinatario –el prestador del servicio– inserta al mensaje recibido la clave pública del cliente y su propia clave privada, con ello conoce todo el contenido del mensaje en el que se recogen los datos de la tarjeta, titular y su fecha de caducidad. *Problemas:* En definitiva, no se necesitarían cambiar las actuales tarjetas de pago, pero el riesgo se traslada a los prestadores de servicios y al uso adecuado que hagan de estos datos; lo cual representa el mismo riesgo que aparece en la práctica real –no virtual– con el empleo de estos instrumentos de pago.

- *Solución 3:* Recurrir directamente al «dinero electrónico», que limita la cantidad recogida en el *chip* y transfiere el pago en proporción a los *bits* que recoja y a su equivalencia económica acordada; o bien a una solución análoga, consistente en realizar los pagos por Internet mediante el uso de una tarjeta bancaria de débito asignada exclusivamente para tal fin, que, por voluntad del titular de la cuenta, estará limitada a una cantidad de dinero relativamente poco relevante, de modo que, de ser substraídos los datos que permiten el uso de la tarjeta bancaria en Internet, no le pueda ocasionar un grave perjuicio económico.
- *Solución 4:* Acudir directamente al banco, dando la dirección o clave pública del acreedor; es decir, «trasladar las responsabilidades a la entidad bancaria». *Ejemplo:* Una persona contrata un servicio en una *web* y rellena, primero, los datos que se le piden e incluye su documento de identidad electrónico (clave privada); de esta forma clarifica su identidad y capacidad contractual. Si decide pagar por medios electrónicos, irá a la casilla asignada al efecto que llevará como nombre, por ejemplo, «su banca» o algo similar; y allí insertará: la clave privada de su documento de identidad electrónico, la clave pública de su Banco, y la orden de pago por la cantidad establecida a favor del prestador del servicio con quien contrató, para lo cual añadirá su clave pública o simplemente sus datos. De esta forma, tal vez rápida gracias a la existencia de un programa informático bancario al efecto, realiza el pago. Todos los datos circulan a través de Internet cifrados, se sustraen del control de los propios prestadores de servicios –que

pese a tener que estar obligatoriamente identificados, todavía puede haber lugar al fraude—, y pasan al dominio y responsabilidad exclusivos de la entidad bancaria emisora de la tarjeta de pago. Ha de decirse que este sistema exigirá a las entidades bancarias que posean obligatoriamente firma electrónica avanzada y reconocida. En el caso de que se adoptara esta solución obviamente se plantearían problemas en cuanto a su aplicación en terceros países. El hipotético arreglo con tales países se podría asentar en: 1) La adopción de un sistema semejante asentado en la figura de la firma electrónica avanzada y dotada de certificado reconocido: de este modo, podría extenderse a nivel comunitario; aunque sería difícil en países extracomunitarios de gran peso en el comercio electrónico, como los EEUU. 2) La segunda vía, que puede ir pareja a la primera, se asentaría en la oportuna celebración de convenios internacionales al efecto.

C. El incumplimiento del contrato: la prueba de su existencia y contenido

Un aspecto sumamente importante —y en el que se han producido interesantes y necesarias innovaciones legislativas— es el relativo a la prueba de la perfección de cada uno de estos tipos de contratos llevados a cabo en la red. La relevancia del tema radica en el posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato, así como en la negativa de alguna de ellas de reconocer la asunción de sus obligaciones sobre el fundamento de no haberse comprometido a ello, o incluso negar la existencia misma de dicho contrato. Resulta evidente que la cuestión, cuando el contrato se perfecciona y se ejecuta correctamente, no plantea mayores problemas; sin embargo, estos afloran cuando la relación se vuelve litigiosa. Por esta razón, un tema diferente al de la «*validez de tales contratos*» perfeccionados por este medio es el de la «*prueba de su existencia y de su exacto contenido obligacional*». Pues una cosa es que el contrato nazca y obligue a las partes sin importar la forma en que se haya celebrado, y otra diferente es la posibilidad de exigir —judicialmente llegado el caso— el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de un contrato preexistente y válidamente celebrado. Se produce así el paso de un derecho teórico y pacífico a uno práctico y conflictivo, surgiendo la necesidad de una regulación específica que proporcione seguridad jurídica a las partes contractuales a los efectos probatorios oportunos.

En el contexto de la «prueba del contrato vía Internet» representa un considerable avance la normativa específica sobre la firma electrónica, de igual modo que lo constituye a los efectos de «identificar de forma fiable a las partes intervinientes en los contratos concluidos en Internet». De acuerdo con este contexto normativo, en la prueba de la existencia y del contenido de los contratos perfeccionados vía Internet ha de diferenciarse entre aquellos para cuya conclusión se ha utilizado firma electrónica, y los que carecen de ella. A su vez, en este último supuesto debería distinguirse entre los concluidos desde una página *web*, mediante correo electrónico o a través de *chat* o videoconferencia. Previamente se realizarán una serie de reflexiones genéricas sobre el documento electrónico o informático y la firma electrónica para, a continuación, pasar a analizar los supuestos en los que en la conclusión del contrato está presente la firma electrónica, y aquellos en los que no lo está. Pero antes es fundamental referirse a las principales disposiciones comunitarias y nacionales que hacen referencia al valor probatorio de los documentos electrónicos en que pueden recogerse estos contratos y a la firma electrónica, si es que está adjunta a dichos documentos.

Dejando por el momento al margen aquellas disposiciones referidas específicamente a la firma electrónica, el que se pronuncia de forma más explícita sobre la cuestión, es el artículo 24 de la Ley española 34/2002, titulado: *Prueba de los contratos celebrados por vía electrónica*. Dispone este precepto, en su apartado primero, que «la prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico». En definitiva, se remite a la normativa general en materia de prueba judicial recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y en el Código Civil españoles, por lo que la existencia y contenido del contrato vía Internet podrá acreditarse acudiendo a cualquiera de los medios de prueba vigentes en nuestro ordenamiento: interrogatorio de las partes, prueba documental pública o privada, dictamen de peritos, reconocimiento judicial o interrogatorio de testigos. Se completa este apartado indicando que «cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica». Su segundo apartado señala que, «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental». Por su parte, la Directiva 2000/31/CE, en su artículo 9.1, se

limita simplemente a reconocer la validez de los contratos por vía electrónica, y a exigir a los Estados miembros que no entorpezcan su utilización real.

1. *La firma electrónica en el fenómeno contractual. paternidad e integridad del documento firmado*

Para comenzar, puede indicarse que la firma electrónica está dirigida a acompañar un documento –también en formato electrónico– enviado a un determinado destinatario por el procedimiento hoy común y más empleado de comunicación a través de la red, esto es, el correo electrónico. El correo electrónico es un instrumento sumamente útil para llevar a cabo la conclusión de un contrato a través de Internet –ya sea empleado directamente y de forma individual por las partes, o como instrumento utilizado dentro de la contratación a través de una página *web* o una subasta electrónica–; pero no es el único medio que permite este resultado. También es posible concluir contratos empleando, por ejemplo, el *chat* o la videoconferencia. Al margen de la posibilidad de incluir de algún modo firma electrónica en los mensajes transmitidos por estos medios; lo normal es que, debido a la finalidad de su utilización –la mera conversación entre sujetos casi en tiempo real–, no se emplee firma ni se utilice como medio habitual para concluir un contrato.

Cuando se han analizado distintas cuestiones que suscita la correcta y necesaria identidad de las partes que intervienen en un proceso contractual en la red, se han indicado y definido diferentes tipos de firma electrónica: simple o genérica, avanzada, reconocida, digital, biométrica, etc. Sin detenerse en cada una de ellas en este momento, es interesante resaltar que una finalidad evidente de la regulación comunitaria es conseguir que la firma electrónica avanzada acompañada de un certificado reconocido, que se inserta en un documento en soporte informático, equivalga a todos los efectos oportunos a la firma manuscrita incorporada a un documento recogido en papel. Por lo que el contenido del documento informático y la identidad de la persona de quien proviene estarán acompañados de las mismas garantías y efectos jurídicos que presentaría un documento en papel firmado manualmente por su suscriptor (vid. art. 5 Dir. 1999/93/CE sobre firma electrónica). Con esta normativa europea sobre firma electrónica se persigue animar al público para que se involucre en la nueva sociedad de la información –por definición internacional–, que utiliza Internet como su medio de comunicación por excelencia, en teoría dotado –gracias a la regulación de la firma electrónica– de la seguridad necesaria para generar la oportuna confianza en

sus usuarios. Es importante resaltar el hecho de que la Directiva sobre firma electrónica –en su artículo 7.1.c– confiere de forma obvia y expresa esta dimensión internacional al régimen jurídico de la firma electrónica, aboga por eliminar las posibles barreras para facilitar el comercio electrónico a nivel mundial e incluye mecanismos de cooperación con terceros países sobre la base de acuerdos bilaterales o multilaterales en materia de mutuo reconocimiento de certificados.

Otra observación relevante se localiza en el concepto de «contrato vía Internet» empleado en el presente estudio, que no coincide exactamente con el de «contrato electrónico» recogido en la Ley 34/2002 que transpone al ordenamiento español la Directiva sobre comercio electrónico, y que exige, este último, que tanto la oferta como la aceptación sean transmitidas por medios electrónicos. En cambio, en el presente estudio, para que el contrato tenga la calificación de «contrato vía Internet» resulta suficiente con que la aceptación haya sido emitida, transmitida, recibida y puesta en conocimiento al autor de la oferta mediante el empleo de Internet. Esto supone una serie de problemas añadidos a la hora de probar la existencia de una oferta contractual previa, su autoría y si su contenido se corresponde en sus elementos esenciales con el de la aceptación, dando nacimiento al contrato en tales términos. Todos ellos deberán subsanarse empleando los procedimientos de prueba ordinaria al alcance de las partes.

También es importante recordar que la «firma electrónica reconocida» –que según la normativa comunitaria es equivalente en eficacia a la firma manuscrita– debe ser necesariamente una «firma electrónica avanzada»; y, asimismo, que la «firma digital» –basada en un sistema criptográfico que recurre al empleo de doble clave o claves asimétricas: una pública y otra privada– es el tipo de firma electrónica avanzada más utilizado en la práctica. Pues bien, el funcionamiento de este tipo de firma electrónica avanzada aplicado al fenómeno contractual sería el siguiente:

La persona comunica su aceptación por esta vía, la remite a la dirección de correo electrónico de su destinatario, y añade a este mensaje –mediante su programa informático de firma– su clave privada que sólo él conoce. Este hecho convierte en ilegible el documento; es decir, lo codifica, cifra o encripta. Cuando el destinatario revise su correo electrónico, encontrará un mensaje proveniente de la persona a la que con anterioridad –bien por este mismo medio o por otro cualquiera: correspondencia postal, telégrafo, etc.– le había comunicado una oferta contractual. Entonces tratará de abrirlo, percatándose de que su conteni-

do está codificado. Para descodificarlo, el destinatario tendrá simplemente que añadir la clave pública que responde al nombre del emisor; y de esta forma, al coincidir ambas claves –la privada y la pública del emisor–, el contenido del documento le será accesible. El binomio de sendas claves –pública y privada–, útiles para codificar y descodificar el contenido del mensaje, constituyen la firma digital del documento. Esta firma tiene el mismo valor probatorio que la impresa en un documento de papel –realizada de puño y letra por su autor–, siempre que cumpla con los requisitos expresamente establecidos en la normativa vigente. Este sería, más o menos, el funcionamiento del sistema más presente en la regulación comunitaria; no obstante, deben detallarse algunos de sus aspectos.

En principio, interesa decir que en el ejemplo anterior lo que se consigue es, precisamente, asegurar la identidad o autoría del emisor del mensaje; es decir, garantiza la «*paternidad del documento*». No obstante, el contenido del mismo resulta accesible para cualquier tercero que se introduzca en el correo electrónico del destinatario –o se haga con el documento de otro modo dentro de la red– y le añada la clave pública del emisor. Para evitar esto, otra operación realizable por la combinación de las claves asimétricas consistiría en aquella en la que el emisor, al enviar el mensaje –en este caso, la aceptación a la oferta previa–, le añadiese solamente la clave pública de la firma de su destinatario. De este modo consigue que el documento le llegue cifrado, y únicamente sea el receptor el que tenga la posibilidad de descifrarlo cuando añada su clave privada. En este sentido, el emisor del mensaje consigue que el contenido de dicha aceptación no pueda ser modificado ni conocido por otra persona más que su destinatario: asegura la «*integridad del documento*»; sin embargo, plantea problemas a la hora de identificar fehacientemente a su emisor.

Por todas estas razones, la solución más segura y eficiente que permite el uso de firmas digitales consiste en la «*combinación de ambas operaciones*», con lo que se consigue la perfecta identificación del emisor del mensaje, así como que su contenido no sea modificado, ni conocido más que por el sujeto destinatario. Para alcanzar este resultado, el autor de la aceptación –al escribir su mensaje– le añadirá su propia clave privada y la clave pública de la firma de su destinatario. Así, cuando éste la reciba, deberá añadirle la clave pública de la firma digital del emisor y la clave privada de su propia firma, con lo que podrá conocer el contenido del mensaje con total seguridad y reserva, así como preservar la auténtica identidad de su emisor.

Es importante resaltar que el empleo de firma electrónica en la contratación operada en Internet en nada afecta a los principios esenciales del

derecho contractual general, ni a las disposiciones específicas comunitarias o nacionales sobre comercio electrónico, protección de los consumidores, ni a las demás normas que regulan el fenómeno contractual electrónico o a la más amplia contratación a distancia. Ahora bien, sí van a surgir importantes cuestiones y dudas en materia de derecho de prueba, y en especial, respecto a la prueba documental y a su valor en los distintos ordenamientos nacionales que han transpuesto la Directiva sobre firma electrónica.

2. *El documento electrónico en el fenómeno documental*

Se ha indicado que la firma electrónica se adjunta o anexa a un documento o conjunto de ellos que se encuentran en formato o soporte informático o electrónico. Ahora bien, es importante tratar de localizar la relación que existe entre el «documento electrónico» y su hipotético «valor como prueba documental» en un procedimiento judicial: en el presente estudio, en el juicio derivado del incumplimiento de un contrato vía Internet.

- a. Concepto legal de «documento electrónico»: artículo 3.5 de Ley española de firma electrónica

El actual artículo 3.5 de la Ley española de firma electrónica considera «*documento electrónico*» «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado».

- b. La figura genérica de «documento»: elementos y clases

Retomando la referencia al fenómeno documental, además surgen dudas acerca de qué deba entenderse por «*documento*», y no sólo aplicado al electrónico o informático. Obviamente esta cuestión trasciende de forma absoluta el presente estudio; sin embargo, es necesario realizar una serie de reflexiones aclaratorias al respecto. El primero de los interrogantes se plantea acerca de los elementos definitorios de un «documento», y precisamente sobre esta cuestión no existe unidad de criterios entre doctrina, jurisprudencia y legislación. Al respecto debe advertirse que la legislación general (LEC y CC) en materia de documentos y prueba documental es estricta, y no ha querido forzar el «concepto clásico de documento» asentado en soporte papel y forma escrita. De hecho, la Ley de Enjuiciamiento Civil al enumerar los medios de prueba, en su artículo 299, dedica distintos apartados a los denominados «documentos» (apartado primero) frente a los «medios de reproducción de la imagen y del sonido y los soportes informáticos» (apartado

segundo). Este aspecto se analizará en el siguiente epígrafe referido a los «documentos en sentido estricto», cuyo ámbito específico es el de la prueba en un procedimiento judicial.

Debido a la labor de la doctrina y la jurisprudencia se ha producido en la práctica una ampliación conceptual del término «documento». Entre sus *elementos definitorios* se encontrarían los siguientes: a) soporte físico del documento (cosa mueble susceptible de ser llevada ante el juez); b) contenido del documento o acto documentado (es el hecho relevante representado en el documento); c) autor del documento (la persona a la que se le atribuye su formación o asunción de su contenido). Al margen de interpretaciones más amplias del concepto de «documento» que permite incluir en su definición, además de las representaciones de hechos mediante escritura, las practicadas por otros medios (fotos, películas, etc.), puede afirmarse que este «genérico documento» requiere la forma escrita. Por otro lado, este genérico documento no requiere ni firma de su autor, ni fecha; estos dos elementos no afectan a la existencia del documento sino a su eficacia probatoria. A esta figura genérica de documento se le pueden practicar distintas *clasificaciones* según se adopten diferentes criterios. Entre estos pueden señalarse los siguientes:

- a'. Por el origen puede diferenciarse genéricamente entre «*documento privado*» y «*documento público*». El primero es el realizado por un particular o persona privada, mientras que el segundo lo es por un funcionario público en el desempeño de sus funciones. Ahora bien, en un estricto lenguaje jurídico, dentro de este genérico documento de origen público ha de diferenciarse entre «*documento oficial*» y documento público: ambos provienen de personas que desempeñan una función pública, pero en el segundo, además, estas personas tienen específicamente encomendada la función de dar fe pública sobre el contenido del documento en cuestión. En el genérico proceso contractual interesa sobre todo detenerse en la categoría de los documentos privados y de los estrictos documentos públicos portadores de fe pública.
- b'. Según el soporte sobre el cual el documento venga recogido puede distinguirse, al menos, entre aquellos en que el lenguaje escrito viene reflejado directamente sobre un «*soporte papel*» o en un «*soporte electrónico o informático*». Esta clasificación refleja, sin duda, el reciente impacto de las nuevas tecnologías y la directa irrupción de la sociedad de la información en el fenómeno documental.

- c'. *Dependiendo del contenido* plasmado en el documento podrían señalarse una infinidad de supuestos diferentes. Centrándolo en el contexto que se analiza, cabría distinguir entre documentos portadores de un contenido contractual y aquellos que carecen de él. Un documento contractual podría ser el que recoge una oferta o una aceptación, el que se limita a reflejar por escrito las condiciones generales de contratación que afectan a una relación contractual, o aquel en el que se plasma formal y conjuntamente el contenido y consentimiento de las partes a un contrato.
- d'. *Según esté o no refrendado expresamente* por su autor o por la persona que acepta su contenido. El signo por excelencia que refrenda un documento es la firma. Este aspecto desempeña un importante rol en la vertiente probatoria. De nuevo, teniendo en cuenta los avances tecnológicos, puede diferenciarse entre la «*firma manuscrita*» y la «*firma electrónica*». La primera es la que se anexa directamente a los documentos recogidos en soporte o formato de papel; mientras que la segunda puede desempeñar una función equivalente a la primera sobre aquellos documentos recogidos en un soporte o formato electrónico, siempre que reúna una serie de garantías y condiciones que específicamente exige la normativa aplicable sobre firma electrónica. Es interesante resaltar que un «*genérico documento*» existe sin necesidad de que venga acompañado de firma; no obstante, a los efectos de imputar el contenido de éste a una persona determinada juega una función fundamental la presencia de su firma. Por ejemplo, la firma manuscrita que se inserta en un documento recogido en papel presume la autoría o asunción de su contenido por parte del signatario; ahora bien, se trata en todo caso de una presunción *iuris tantum* que puede ser vencida acudiendo a una simple prueba caligráfica. Cuando la firma no está presente en el documento, es posible –siempre con más dificultad– alcanzar el mismo resultado acudiendo a otros medios de prueba, como puede serlo la confesión de una persona –cuando tal hecho le perjudique– reconociendo que el documento es suyo; o, si el documento está escrito a mano sobre papel, por medio nuevamente de una pericial caligráfica. En caso de no lograr imputarse su contenido o autoría a persona alguna se estará ante un documento anónimo.
- e'. *En atención al valor probatorio* puede diferenciarse entre documentos que constituyen «*prueba plena en juicio*» y aquellos otros que, por no tratarse de documentos en sentido estricto, simplemente serán valo-

rados por el tribunal enjuiciador «*de acuerdo a las reglas de la sana crítica*». Ahora bien, cuando se aborda un documento pueden aparecer distintas dudas referidas a diversos aspectos. Una era la de acreditar su «paternidad o autoría», a la que antes se ha hecho referencia, y en la que la firma del autor desempeña un papel fundamental; pero también pueden cuestionarse el «contenido del documento o su integridad», así como el «libre y consciente asentimiento del firmante» a su contenido. En esta temática habrán de tenerse presentes la existencia o ausencia en el ordenamiento aplicable de presunciones *iuris tantum* en materia probatoria, lo que se traduce, en particular, en determinar a quién le compete la carga de la prueba para acreditar la procedencia de un documento —en este caso, informático— o para negarla, y consecuentemente la asunción o no de su contenido.

Por otro lado, debe recordarse que todas estas categorías previamente indicadas están haciendo referencia, cada una de ellas, a una diferente perspectiva de análisis o criterio clasificatorio de la «*figura genérica del documento*»; por lo que, si bien son independientes entre sí, pueden darse cita cumulativamente en un mismo supuesto. De este modo, pueden combinarse entre sí; de manera que puede indicarse —a título de ejemplo— que en un caso concreto se puede estar ante un documento privado, que de acuerdo al soporte en que se recoge es un documento informático, cuyo contenido hace referencia a una serie de condiciones generales de contratación, que se trata de un documento no firmado, y que su valor probatorio respecto a alguna persona o personas será el que le conceda el específico ordenamiento aplicable al caso, que, en el supuesto español se analizará más adelante. Debe indicarse que algunas figuras empleadas por los ordenamientos nacionales presentan un mayor grado de especificidad o concreción que las categorías previamente señaladas. Esto es así, porque en la clasificación anterior se ha estado haciendo referencia en todo momento a un «genérico documento», del cual se han abstraído los diferentes modos en los que puede acreditarse su autoría o vincular su contenido a una determinada persona. De esta manera, cuando se emplea esta expresión del «genérico documento» se está pensando sobre todo en el uso de documentación en general, términos que pueden poseer mayor relevancia y utilidad en un lenguaje puramente burocrático o bibliotecario que en estricta lógica jurídica. La razón es obvia, en el Derecho los documentos anónimos carecen de relevancia práctica, al no poderse vincular o imputar por medio de prueba alguna su contenido a

una o más personas. El concepto de «genérico documento» se identifica con las *fuentes de prueba*, mientras que la categoría del «documento en sentido estricto» representa el documento como *medio de prueba* siguiendo la clásica distinción entre fuente y medio de prueba de Cernelutti.

- c. Definición de «documento en sentido estricto»: el documento como medio de prueba

Frente al «genérico documento» se alza la figura del «documento estricto». Esta categoría se ubica en el contexto probatorio, por lo que se deben aplicar las disposiciones positivas al respecto, en particular: la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y las específicas prescripciones que recoge la Ley española de firma electrónica. El «documento en sentido estricto», además de cumplir con los elementos que integran el concepto de «documento genérico», otorga una especial relevancia a la presencia de *firma y fecha* a efectos probatorios. Esta segunda categoría pertenece a una perspectiva de análisis más jurídica y, además, lleva inserta por definición un importante componente probatorio: el documento debe acompañarse inevitablemente de un medio por el que se identifique a su autor o a la persona que asume su contenido. Normalmente este instrumento es la firma manuscrita; pero cuando se trata de documentos escritos a mano sobre papel, también la propia letra del autor puede desempeñar tal función. En otras ocasiones, por ello, ha de recurrirse a otro tipo de pruebas: periciales, confesión del autor, testificales, etc. En este contexto habrá que ver dónde se ubican las firmas electrónicas.

Por otro lado, es fundamental tener en cuenta la opción legislativa adoptada en España sobre medios de prueba en la LEC de 2000. Conserva la regulación tradicional de la «*prueba documental*» aparejada al documento público o privado que venga por *escrito* y se recoja en *soporte papel*, y crea un «medio de prueba autónomo» –diferente a la documental– aplicable a *otros medios de reproducción de la imagen, del sonido y de la palabra en otros soportes*, como el informático. En concreto, el ordenamiento español hace referencia a la figura de los medios de reproducción o reproducciones mecánicas en su artículo 299 –referido a los *Medios de prueba*– de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la regula en los artículos 382 a 384 del mismo texto. Este artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –tras enumerar, en su apartado primero, como medios de prueba utilizables en juicio: 1º el interrogatorio de las partes; 2º los documentos públicos; 3º los documentos privados; 4º el dictamen de peritos; 5º el reconocimiento judicial; y, 6º el interrogatorio de testigos– se completa con otros dos apartados. En su apartado segundo

dispone que «también se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso». Se cierra el artículo 299 con el apartado tercero, estableciendo que «cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias». Los supuestos recogidos en el apartado segundo del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española tendrán el valor probatorio que, en particular, le conceda el tribunal enjuiciador de acuerdo a la naturaleza de los mismos y conforme a las reglas de la sana crítica (art. 382 LEC).

El artículo 299 LEC se refiere, en su apartado primero, a los medios de prueba clásicos, entre los que se halla la prueba documental (documento en sentido estricto). Sin embargo, en los apartados segundo y tercero no se refiere a medios de prueba sino a fuentes modernas o futuras de prueba, respectivamente. Puede afirmarse que estas dos categorías de documento —en sentido genérico o en sentido estricto— a menudo se entremezclan en los ordenamientos nacional y comunitario; así sucede también en la Ley española 59/2003 de firma electrónica cuando define, en su artículo 3.5, al documento electrónico.

3. *La prueba de los contratos concluidos en Internet con firma electrónica*

En la actualidad resulta también posible perfeccionar un contrato mediante el envío a través de Internet de una aceptación escrita en formato electrónico, dirigida a una oferta contractual previa y provista de la firma electrónica de su autor. Debe recordarse que para que el contrato resulte regulado por la Ley española sobre comercio electrónico se requiere también que la oferta previa sea comunicada a través de medios telemáticos.

a. *La Directiva sobre firma electrónica*

Al abordar la cuestión de la identificación de las partes contractuales y el empleo de documentos de identidad electrónicos se ha hecho referencia ya al régimen jurídico especial aplicable a la firma electrónica y a sus diferentes tipos, lugar al que me remito; sin embargo, en este momento interesa detenerse en su valor probatorio, para lo cual es necesario partir de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. En concreto, y de acuerdo con su artículo 5.1 —titulado: *Efectos*

jurídicos de la firma electrónica—, cuando la firma electrónica incluida en el documento es *avanzada* y además posee un *certificado reconocido*, su valor es equivalente al que la firma manuscrita otorga a los datos recogidos en el papel en que se inserta; y, asimismo, es admisible como prueba en procedimientos judiciales. Ahora bien, debe señalarse que, a tenor de su artículo 5.2, aquellas firmas electrónicas que no posean la condición de avanzadas, o que aun siéndolo carezcan de un certificado reconocido, también desplegarán efectos jurídicos y no se les negará su admisión como prueba en procedimientos judiciales; si bien su valor jurídico y probatorio, en la práctica, será de diferente entidad. Como se aprecia en esta última afirmación, también el contenido de los documentos informáticos a los que se anexan firmas electrónicas avanzadas no reconocidas y firmas electrónicas simples —no avanzadas— puede servir de prueba en juicio. También el valor de una u otra firma será diferente en la práctica; por ello, es necesario recordar la diferencia entre estos dos tipos de firmas electrónicas: simple y avanzada.

En el contexto contractual de este estudio es preciso recordar que mediante la «*firma electrónica avanzada*» puede conseguirse: que el contenido de la aceptación y/o la oferta no sea alterado por nadie («inmutabilidad del contenido del documento»); que el sujeto firmante es con seguridad su emisor («paternidad del documento»); y, además, que dicha firma ha sido incluida por su autor con la intención de suscribir su declaración portadora de una voluntad definitiva de dar nacimiento al contrato, en los términos recogidos en la oferta anterior («voluntad contractual manifestada formalmente»). Estas propiedades que logra desplegar la firma electrónica avanzada no suelen darse en la «*firma electrónica simple*», y de darse algunas de ellas, nunca logra cumplir con el requisito de garantizar la inmutabilidad del contenido del mensaje, de manera que permita detectar todo cambio ulterior en su contenido.

Sin embargo, la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica sólo se limita a señalar estas conclusiones, sin profundizar en la concreta eficacia probatoria en juicio de las distintas firmas electrónicas, permitiendo a los Estados miembros conservar sus normas específicas en materia de medios de prueba siempre que consigan al menos que: a) la «*firma electrónica avanzada y reconocida*» sea funcionalmente equivalente a la firma manuscrita en papel, y resulte admisible como prueba en procedimientos judiciales; y, b) a «*las demás firmas electrónicas*» no se les niegue eficacia jurídica, ni valor como prueba en juicio. Por esta razón, es necesario abordar la concreta regulación sobre firma electrónica que España ha desarrollado siguiendo las directrices ofrecidas por la citada directiva.

- b. La transposición en España de la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica

La entrada en vigor de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica ha generado en España la aprobación de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que, a su vez, ha derogado al anterior Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, que regulaba la materia.

Ambas normas, la Ley española y la Directiva comunitaria, llevan a cabo una regulación de la firma electrónica que parte de la distinción de dos modelos: la «*firma electrónica simple o genérica*» y la «*firma electrónica avanzada*». La primera es definida en el artículo 3.1 de la Ley española como «el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante». Un ejemplo de este tipo de firma electrónica simple sería la clave, número de registro o código que suele exigir una página *web* comercial a su cliente para llevar a cabo pedidos, y que previamente se la había asignado. Frente a esta firma simple se contrapone la denominada «*firma electrónica avanzada*», en cuanto «firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control» (art. 3.2 de la Ley española). Como se puede apreciar, la primera es a todas luces mucho más endeble que la segunda, desde el mismo momento en que su asignación o creación escapa de las manos del que, con posterioridad, será el firmante o signatario. Por esta razón, la normativa vigente –si bien exige que a la firma electrónica simple no se le niegue eficacia, ni sea excluida como prueba– no le reconoce el mismo valor jurídico que la firma manuscrita tiene en los documentos en papel a los que va anexa (art. 3, apartados 5-10, de la Ley española y art. 5.2 de la Directiva). Valor este último que sí le reconoce a la «*firma electrónica avanzada y reconocida*» cuando esté basada en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma (art. 3, apartados 3 y 4, de la Ley española y art. 5.1 de la Directiva).

- c. Aspectos generales del artículo 3 de la Ley española de firma electrónica

Del contenido de este precepto –titulado: *Firma electrónica, y documentos firmados electrónicamente*– y de otras disposiciones a él vinculadas, pueden extraerse las siguientes observaciones generales:

- a'. *Concepto amplio de documento electrónico (art. 3.5)*. Su actual apartado quinto (fruto de la reforma operada por la Ley 56/2007 de medidas de impulso de la sociedad de la información) considera «*documento electrónico*» «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». Se completa este precepto con un segundo párrafo en el que se establece que, «sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable». La modificación que experimenta en 2007 el artículo 3.5 de la Ley española de firma electrónica supone un importante cambio frente al anterior contenido del precepto y sus consecuencias. Antes de la reforma se entendía por «*documento electrónico*» al «redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente»; en definitiva, en el ordenamiento español no podía hablarse de «documento electrónico» si el documento no estaba acompañado de firma electrónica. Con el cambio se adopta un «concepto genérico de documento» tan amplio que desborda, incluso, la exigencia de que la información sea escrita: podrían tratarse de documentos electrónicos escritos, fotográficos, de vídeo, etc.
- b'. *Documentos electrónicos públicos, oficiales o privados: los dos primeros requieren firma electrónica (art. 3.6)*. En su apartado sexto, el precepto señala que el «documento electrónico» puede ser soporte de *documentos públicos* (art. 317 LEC), *documentos oficiales* o *documentos privados* (art. 324 LEC). A los dos primeros les exige que estén firmados electrónicamente, en el primer caso, por un funcionario que tiene atribuida legalmente la facultad de dar fe pública—ya sea ésta de origen notarial, judicial o administrativa—, y que actúa en el ámbito de sus competencias y de acuerdo a los requisitos exigidos por la ley; y, en el segundo, de un funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas y conforme a su legislación específica. Nada dice acerca de la necesidad de firma electrónica para los documentos privados (aquellos que proceden de un particular).
- c'. *Normativa aplicable en materia de prueba a los documentos electrónicos (art. 3.7)*. El apartado séptimo completa al precedente, al determinar que tales documentos públicos, oficiales y privados tendrán el valor

y la eficacia jurídica que corresponda a su específica naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable. Respecto a esta última afirmación habrá de tenerse muy en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en particular, su apartado tercero, del artículo 326, creado por la *Disposición adicional décima* de la Ley española de firma electrónica, en que se establece que, «cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica». En definitiva, en el ordenamiento español se regula expresamente en su normativa especial —en concreto, en el artículo 3 de la Ley de firma electrónica— el valor probatorio de los documentos electrónicos, al menos cuando éstos tengan el valor de documentos privados (art. 326.3 LEC); lo que no excluye las oportunas remisiones a otros textos en materia probatoria, como es el caso de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 3.7 Ley 59/2003).

- d'. *Valor de «prueba documental» del documento electrónico acompañado de firma electrónica reconocida o avanzada (art. 3.8).* En cuanto a la específica fuerza probatoria de los documentos firmados electrónicamente ha de distinguirse entre: los que tienen la consideración de «prueba documental plena»; y aquellos otros cuyo valor depende de la «libre apreciación por parte del enjuiciador», de acuerdo a las reglas de la sana crítica. El artículo 3.8 de la Ley española 59/2003 se pronuncia expresamente acerca de la admisión como «prueba documental» en juicio de los documentos electrónicos que están acompañados de una «firma electrónica reconocida» o de una «firma electrónica avanzada», y de la hipotética impugnación de su autenticidad por la parte a quien le perjudica el contenido del documento firmado. Señala este artículo 3.8 que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica». Continúa este precepto indicando que «la carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya

presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación. Si, a juicio del tribunal, la impugnación hubiese sido temeraria, podrá imponerle, además, una multa de 120 a 600 euros». Concluye el artículo 3.8 afirmando que «si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

- e'. *Eficacia jurídica de otras firmas electrónicas (arts. 3.9 y 3.10)*. Por otra parte, la Ley española de firma electrónica realiza una referencia indirecta a las «firma electrónicas simples» —es decir, que no son ni reconocidas ni avanzadas— en la fórmula genérica que recoge su artículo 3.9, a tenor del cual «no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica». El artículo 3.10 —que dispone que «cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas»— es de aplicación también a las firmas electrónicas simples, por ello carentes de certificado alguno, como son las de tipo PIN o que consisten en un *username/password*, y que pueden emplearse para concluir contratos en *webs* comerciales.

4. *La prueba de los contratos concluidos en Internet sin firma electrónica*

Cuando el contrato se perfecciona mediante «chat o videoconferencia» se dificulta de forma cualitativa su prueba, al quedar prácticamente limitada a la confesión de los sujetos intervinientes o, a lo sumo, al empleo de testigos. Sin embargo, la conversación mantenida a través de *chat* por escrito, y que se visualiza directamente en la pantalla en tiempo real, puede quedar grabada en la memoria del ordenador. En este supuesto se lograría una mayor eficacia probatoria, pero se exigiría en todo caso que se garantizara su autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, veracidad, integridad y fidelidad de su contenido. Cuando la aceptación contractual sea transmitida a través

de «correo electrónico» quedará constancia de su contenido, del momento de su comunicación, de su destinatario y de su emisor en la página de correo propia de este último, siempre y cuando éste así lo haya predeterminado. Asimismo, también quedará constancia del contenido del mensaje recibido, del instante de su recepción y de su emisor en la página de correo del destinatario, siempre y cuando éste no decida eliminarlo. Estas mismas observaciones resultarían aplicables a la conclusión de un contrato realizado «desde una página web», siempre que se alcance sin emplear firma electrónica alguna. Esto se debe a que el contenido que aparece en las distintas pantallas durante el proceso de contratación queda grabado en la memoria del ordenador, incluidos el formulario u hoja de pedido y la confirmación de la operación que lleva a cabo el prestador del servicio –desde la propia pantalla y a través del envío de un correo electrónico a la dirección del solicitante–; pero siguen manteniéndose los mismos problemas señalados en los casos anteriores.

No obstante, debe señalarse que todos ellos –tanto el registro del contenido del *chat* comunicado en forma escrita que queda grabado en el disco duro del ordenador, el contenido del mensaje enviado por correo electrónico, como los contenidos de las distintas páginas recorridas en la *web* comercial para la conclusión de un contrato y registradas en los archivos temporales del ordenador– son genéricos «*documentos electrónicos*», en cuanto que recogen en lenguaje escrito una información determinada –que representa unos hechos, actos o estados de cosas– expresada en un formato informático y cuyo soporte físico, en este caso, es el mismo disco duro del ordenador, pero también puede serlo un disquete, un CD-ROM o un DVD, y ello sin necesidad de venir acompañados de firma electrónica alguna. Ahora bien, la cuestión es cómo canalizar esta fuente de prueba electrónica en un procedimiento judicial convirtiéndolo en medio de prueba. La respuesta es recurrir a los diferentes medios de prueba tasados que recoge el artículo 299.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: es decir, el interrogatorio de las partes y de testigos que confirmen la existencia y contenido del contrato vía Internet; acudir a la prueba documental; realizar periciales que prueban dicho contrato o acudir al reconocimiento judicial.

Dejando al margen los demás medios de prueba, la forma más sencilla de acceder al procedimiento judicial es convirtiéndolo el «*documento electrónico*» (p. ej., el correo electrónico que recoge la oferta y/o la aceptación del contrato, la pantalla de la *web* de aceptación, etc.) en un documento privado mediante su simple impresión por escrito en soporte papel y así incorporarlo al proceso. El valor de esta *prueba documental privada* dependerá de la actitud de la otra

parte: si no la impugna tendrá el valor de prueba plena (art. 326.1 LEC); y de ser impugnada, resultará útil proponer una prueba pericial para acreditar su autenticidad. También se puede recurrir a un notario para que dé fe y levante acta del contenido de la página *web* o del correo electrónico relevante. De este modo, se logra incorporar al proceso judicial el documento electrónico como *prueba documental pública* gracias a la participación del fedatario.

III. SÍNTESIS DE LOS ESPECÍFICOS RÉGIMENES JURÍDICOS EN ATENCIÓN A LAS PARTES CONTRATANTES

A. Consideraciones comunes sobre la normativa de comercio electrónico

Deben realizarse algunas observaciones finales respecto a la Directiva sobre comercio electrónico y la Ley española que la traspone a nuestro ordenamiento con antelación al análisis de cada uno de los distintos regímenes.

1. La normativa sobre comercio electrónico *no se aplica a todas las relaciones contractuales que pueden tener lugar desde la red*; es decir, no regula todos los posibles supuestos de contratos vía Internet. Así, por ejemplo, no se aplica a los contratos concluidos mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico u otros medios de comunicación individual equivalentes, ni tampoco a aquellos contratos en los que sólo la aceptación ha sido transmitida por Internet.
2. Al mismo tiempo, la Directiva *regula más cuestiones que las estrictamente vinculadas a la contratación en la red*; al ser aplicables algunos de sus preceptos (p. ej., art. 5: la información general del prestador de servicios, así como al concepto de este último) a aquellas transmisiones de información no remuneradas ajenas al fenómeno contractual.
3. La normativa sobre comercio electrónico está principalmente dirigida a regular determinados aspectos de todos aquellos servicios publicitados u ofrecidos por *prestadores de servicios profesionales* a través de la red, y que resultan libremente accesibles al público. Las cuestiones esenciales a las que le hace referencia son: la información precisa en cuanto a su identificación; sus comunicaciones comerciales; la contratación que puede llevar a cabo por este medio; y las posibles responsabilidades que se deriven de sus actuaciones o las propias de sus intermediarios.
4. A pesar de que su ámbito objetivo de aplicación es más amplio, se aprecia que, en materia de contratación, fija su atención sobre todo en

las relaciones que pueden tener lugar entre el prestador del servicio y su destinatario *desde de una página web*. En este sentido, es el criterio de la accesibilidad libre y abierta a los servicios a través de la red la que marca principalmente el ámbito de aplicación de la Directiva. Esto se aprecia claramente cuando excusa el requisito de la retribución de los servicios para definirlos como tales, con la finalidad de que también se aplique la Directiva a todas aquellas informaciones o documentos gratuitos –de contenido no sólo contractual– a los que se puede tener acceso libremente desde la red.

5. Entre las *razones* que han podido mover al legislador a incluir también estas *actuaciones no remuneradas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva*, con la finalidad de exigir una identificación segura del prestador del servicio, podrían señalarse las siguientes: a) el control de las informaciones publicitarias no solicitadas (reguladas expresamente dentro de la categoría más amplia de «comunicaciones comerciales», vid. art. 7 Dir. sobre comercio electrónico); b) la correcta identificación de los particulares que desde una *página web* proporcionan gratuitamente información en masa o llevan a cabo algún tipo de oferta contractual; c) la vigilancia de aquellas actuaciones que, sin mediar relación contractual entre las partes, pudieran ocasionar un perjuicio a su destinatario (p. ej., la transmisión de un virus informático a su ordenador); d) la tutela del correcto respeto de los derechos de contenido económico derivados de la propiedad intelectual; y, e) la lucha contra el anonimato en la comisión de otro tipo de ilícitos más graves: los de carácter penal.
6. Retomando el argumento inicial, pueden distinguirse *tres tipos de regímenes jurídicos aplicables a los contratos celebrados en Internet* dependiendo de las características personales de las partes intervinientes en su conclusión; por esta razón se distinguirá entre: «contratación con consumidores», «contratación entre profesionales» y «contratación entre particulares». Además, se tendrá en cuenta dentro de cada uno de ellos el tipo de instrumento o sistema (*página web*, correo electrónico, *chat* o videoconferencia) que utilicen para la conclusión de un contrato en la red. Sin embargo, no se hará referencia a la subasta electrónica, pues su régimen jurídico ya ha sido básicamente tratado en otros epígrafes, y además los problemas que pudiera ocasionar pueden solventarse analógicamente acudiendo al régimen de la contratación

vía Internet mediante correo electrónico o directamente desde una *web* comercial, dependiendo del caso.

En el análisis que viene a continuación se va a hacer referencia, en todo caso, a *situaciones de derecho interno*; es decir, contratos en los que las partes pertenecen al mismo país. En los supuestos en que las partes contratantes tuviesen su residencia o domicilio en países distintos deberá acudir a la norma especial que rija la específica contratación internacional (p. ej., la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, etc.) y, de no existir ésta, a las normas dirigidas a determinar el derecho aplicable y fijar la jurisdicción competente: por ejemplo, entre los Estados miembros de la Unión Europea el Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y el Reglamento (CE) 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Además, tratándose de situaciones de derecho interno español debe recordarse que en nuestro país ha sido transpuesta la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, por lo que será de directa aplicación la respectiva norma nacional que la traspone: la Ley 34/2002, y no la Directiva. Por todo ello, las expresas indicaciones que se practicarán acerca de distintos preceptos de la Directiva sobre comercio electrónico —o de otras directivas en que exista norma nacional de transposición— responden a una finalidad simplemente comparativa.

B. Contratos con consumidores

Este tipo de contratación tiene lugar cuando la relación se encuentra integrada, por un lado, por un profesional y, por el otro, por un consumidor. Es importante resaltar que para que el consumidor sea tal en una relación contractual privada es condición *sine qua non* que frente a él se sitúe un profesional; si no fuese así, la relación no sería de consumo, sino una relación entre simples particulares. Ha de recordarse que el empleo del término «profesional» o «comerciante» está referido al conjunto de personas físicas o jurídicas (empresas u organizaciones de otro tipo de naturaleza pública o privada) que actúan en el marco de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (vid. art. 2.2 Dir. 2011/83/UE, art. 4 Real Decreto Legislativo 1/2007). Por «consumidor» se entiende aquel particular —persona física o jurídica (en España) o sólo física (en la normativa comunitaria)— que actúa en un ámbito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión (vid. art. 2.1 Dir. 2011/83/UE, art. 2 Dir. sobre comercio electrónico, art. 3 Real Decreto Legislativo 1/2007).

Respecto a su régimen jurídico deben tenerse presentes las normas específicas dirigidas a la tutela y protección de los derechos de los consumidores y usuarios que tienen su plasmación en las Directivas comunitarias destinadas a tal efecto, y en las normas de derecho interno que las trasponen al ordenamiento español. Concretando su participación a la contratación en la red, el consumidor siempre se encontrará protegido por las específicas prescripciones que se exigen al prestador de servicios en la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico y en la Ley española 34/2002. En particular, en materia de información general de sus datos personales y de los precios de sus productos o servicios, respecto a las comunicaciones comerciales y las específicas reglas respecto a la contratación electrónica. Estas últimas siempre serán de obligado cumplimiento para el prestador del servicio, y no podrán ser excluidas mediante el acuerdo de ambas partes si está presente un consumidor. La información general (arts. 5 de la Dir. 2000/31/CE y 10 de la Ley española 34/2002) y la regulación en materia de comunicaciones comerciales (arts. 6-8 de la Directiva 2000/31/CE y 19-22 de la Ley española 34/2002) exigidas al prestador de servicios por tales preceptos se aplicarán siempre, sin importar el medio empleado para llevar a término la comunicación, ya sea desde una página *web*, mediante correo electrónico, por *chat* o videoconferencia.

En cuanto a la regulación específica respecto a los contratos por vía electrónica, en particular los artículos 10 (*Información exigida*) y 11 (*Realización de un pedido*) de la Directiva 2000/31/CE y sus equivalentes 27-28 de la Ley española 34/2002, ha de indicarse que está pensada sobre todo para la conclusión de contratos desde una página *web*, salvo algunas alusiones concretas al uso de correo electrónico. De esta forma, cuando el contrato se perfecciona desde la *web* del profesional tendrán plena aplicación los citados artículos. Cuando éste se alcance mediante el empleo de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente (que podría ser el *chat* o la videoconferencia) no se aplicarán aquellos preceptos cuyo supuesto de hecho es, precisamente, el funcionamiento desde la página *web*. Así sucederá con la no aplicación de los artículos 10.1 y 10.2, y el primer guión del artículo 11.1 y el artículo 11.2 de la Directiva 2000/31/CE (cfr. arts. 10.4 y 11.3).

Sin embargo, se va a exigir al profesional que pretenda concluir un contrato por correo electrónico, *chat* o videoconferencia que, con antelación a su nacimiento, facilite al consumidor las condiciones generales de dicho contrato de modo que pueda almacenarlas y reproducirlas (arts. 10.3 de la

Directiva 2000/31/CE y 27.4 de la Ley española 34/2002). Asimismo, a tenor del artículo 11.1, segundo guión, de la Directiva 2000/31/CE (art. 28.2 de la Ley española 34/2002) se considerará que se ha recibido el pedido cuando la parte a la que se dirige pueda tener acceso al mismo. Llama la atención el hecho de que la Directiva no exija al prestador que acuse recibo del pedido sin demora y por vía electrónica a su destinatario (cfr. arts. 11.3 de la Directiva 2000/31/CE y 28.3.b de la Ley española 34/2002); pues si bien puede entenderse respecto al uso de correo electrónico, presentaría más problemas cuando la contratación se pueda perfeccionar mediante *chat* o videoconferencia.

Por otro lado, recordar que toda la normativa protectora en materia de contratación a distancia seguirá siendo plenamente aplicable al consumidor (arts. 1.3 de la Directiva 2000/31/CE y 1.2 de la Ley española 34/2002). En este sentido, la tutela de los derechos de los consumidores será prioritaria sobre la aplicación de las normas especiales destinadas a regular el comercio electrónico; aunque en principio, no tiene por qué existir contradicción alguna. Por todo ello, han de resaltarse especialmente los articulados de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores (que sustituye y deroga a la Dir. 97/7/CE a partir del 13 de junio de 2014), y, en España, el Real Decreto Legislativo 1/2007. Destacan, por su importancia, los artículos 9 y siguientes de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, pues conceden al consumidor un «derecho de desistimiento» del contrato concluido a distancia durante un plazo de 14 días –plazo que en la Dir. 97/7/CE era de 7 días hábiles, y así lo era también en la norma española que la transponía–, a contar desde aquél en que se reciba el producto (adquiriendo posesión material del bien) o desde el día de la perfección del contrato, cuando su objeto consista en la prestación de algún servicio, y, además, se le reconoce al consumidor un «derecho de resolución» durante un plazo más amplio (12 meses) cuando no ha sido informado de modo fehaciente acerca de su derecho de desistimiento.

Por último, cuando la contratación tenga lugar en Internet con consumidores, también será de aplicación la normativa general sobre condiciones generales de la contratación, y la específica relativa a la nulidad de las cláusulas abusivas dirigidas al consumidor, cuando tales cláusulas estén presentes (en España, vid. Ley de condiciones generales de la contratación y Real Decreto Legislativo 1/2007). Asimismo, si en el proceso contractual que media entre el profesional y el consumidor se emplea firma electrónica –que puede ser del tipo simple y consistir únicamente en el empleo de un *username/*

password por el consumidor, previamente asignado por el programa informático de la *web* comercial— será plenamente aplicable la normativa al uso (Ley española 59/2003 de firma electrónica y Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica).

C. Contratación entre profesionales

Al fenómeno contractual que tenga lugar entre profesionales le será de aplicación la Directiva sobre comercio electrónico a través de las normas nacionales que la trasponen, con una serie de peculiaridades.

1. *La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales vía web*

Si la contratación es practicada por los profesionales desde la página *web* de uno de ellos, serán de íntegra aplicación el régimen de información general (arts. 5 de la Directiva 2000/31/CE y 10 de la Ley española 34/2002) y el específico de las comunicaciones comerciales (arts. 6-8 de la Directiva 2000/31/CE y 19-22 de la Ley española 34/2002). Esta conclusión resulta lógica pues, en estos casos, uno de los profesionales ofrece un determinado servicio a través de la red mediante una página *web* de libre acceso a todos los hipotéticos interesados (sean consumidores o no), por lo que deberá cumplir ya desde ese mismo momento con los requisitos de información general recogidos en el artículo 5 de la Directiva sobre comercio electrónico. Respecto a las comunicaciones comerciales, el prestador-profesional ha de respetar las exigencias de la Directiva por la sencilla razón de que no sabe quién pueda ser su hipotético destinatario: un consumidor, un profesional, o ambos.

En cuanto a los artículos 10 (*Información exigida*) y 11 (*Realización de un pedido*) de la Directiva 2000/31/CE, que se refieren propiamente a los contratos por vía electrónica, ha de señalarse la existencia de una serie de alusiones expresas dirigidas a la contratación cuando tiene lugar entre profesionales: en particular, los artículos 10.1, 10.2, 11.1 y 11.2. El conjunto de preceptos señalados hace que el régimen específico en materia de contratos electrónicos que recoge la Directiva no les sea aplicable cuando ambas partes así lo acuerden, con la excepción del artículo 10.3 que será de obligado cumplimiento. Este último precepto exige que «las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas». En definitiva, con la excepción de este artículo 10.3 que es una norma de derecho imperativo, el resto de

reglas recogidas en los artículos 10 y 11 son normas de derecho dispositivo de las partes. No obstante, cuando nada hayan acordado, serán también de aplicación íntegra a los profesionales. La norma española de transposición de la citada Directiva coincide con esta conclusión (vid. arts. 27.2.a y 28.3.a, en relación a la obligación general que recoge el art. 27.4 de la Ley española 34/2002).

2. *La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales por correo electrónico, chat o videoconferencia*

Cuando la contratación entre profesionales sea individualizada, e incluso negociada, mediante el empleo de correo electrónico —simple o acompañado de firma electrónica—, *chat* o videoconferencia, se plantea la duda de si deben exigirse los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Directiva o tal vez puedan, de mutuo acuerdo, reducirlos. Entiendo que, cuando el empleo del correo electrónico sea independiente de la contratación realizada desde una página *web*, no será necesario cumplir con tales requisitos. En cambio, sí lo serán cuando la correspondencia electrónica entre las partes derive directamente de la relación previamente iniciada desde una página *web*.

El régimen que recoge la Directiva y la norma española de transposición respecto a las comunicaciones comerciales seguirá siendo plenamente aplicable cuando sean transmitidas por correo electrónico, ya que, en la mayor parte de los casos, no se sabe si su destinatario será otro profesional o un consumidor. En cuanto a la materia específicamente contractual regulada por la Directiva indicar que, cuando se emplea correo electrónico u otra comunicación individual equivalente (videoconferencia o *chat*), su régimen queda reducido a la aplicación de los artículos 10.3 (vid. arts. 27.4 de la Ley española 34/2002) —en materia de condiciones generales de la contratación— y 11.1, segundo guión, que dispone simplemente que se considera que el destinatario ha recibido su pedido cuando tenga posibilidad de acceder a él (de forma semejante, vid. art. 28.2 de la Ley española 34/2002). Ambos de obligado cumplimiento también en la contratación entre profesionales.

3. *Otras normas de aplicación a la contratación via Internet entre profesionales*

En conclusión, el marco que regula las relaciones contractuales por Internet entre los profesionales está configurado, además de por lo indicado respecto a la Directiva sobre comercio electrónico y la norma española que la transpone, por:

- a) En España se aplica la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en materia de «ventas a distancia» –no la relativa a prestación de servicios– también a la contratación que se efectúa desde Internet entre profesionales. Esta conclusión es especialmente interesante por lo que se refiere a la existencia de un «derecho de desistimiento» a favor del comprador durante 7 días, o de «resolución» durante 3 meses de no ser correctamente informado sobre la existencia de este derecho de desistimiento. Ahora bien, la diferencia de su régimen frente al del consumidor se localiza en dos elementos fundamentales: el primero consiste en que, como ya se ha indicado, sólo se aplica a las ventas a distancia y no a los contratos de prestación de servicios; la segunda diferencia es que tales derechos son en estos casos renunciables, lo que en la práctica es común mediante la inclusión en el contrato de una cláusula genérica destinada a tal fin.
- b) El régimen general sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), pero no el referido a cláusulas abusivas por ser exclusivo de los consumidores.
- c) La normativa vigente sobre firma electrónica cuando ésta se emplee durante cualquier etapa del fenómeno contractual (Ley española 59/2003 y Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica).
- d) Las normas de Derecho mercantil en materia contractual, cuando establezcan alguna especialidad frente al civil.
- e) Las normas generales en materia de obligaciones y contratos de Derecho civil, en cuanto derecho supletorio último.

4. *¿Es aplicable el artículo 5.4 LCGC y el Real Decreto 1906/1999 que lo desarrolla a la contratación B2B?*

Antes de concluir este epígrafe, es necesario hacer referencia a la hipotética aplicación a la contratación entre profesionales del artículo 5.4 –anterior art. 5.3– de la Ley española de condiciones generales de la contratación, y por ello también del Real Decreto español 1906/1999 que lo desarrolla. Al margen de que no se admita una interpretación amplia del ámbito subjetivo de aplicación de este artículo, gracias a la cual se aplicaría este precepto también a la contratación entre profesionales con condiciones generales y no sólo a la que tiene lugar con el consumidor, en la práctica este problema se atenúa completamente por un triple motivo.

- En primer lugar, porque cuando se contrata sobre la base de condiciones generales de contratación a través de Internet implica que la parte que las impone es un profesional. Por esta razón, este tipo de contratación a través de Internet se va a mover desde las páginas *webs*. Esto hace que, cuando el prestador de servicios profesional fija su oferta en la página *web*, no distingue dos regímenes diferenciados: uno para consumidores, y otro para no consumidores u otros profesionales. Por lo que si está obligado a incluir tales condiciones en la hoja de pedido y transmitírselas por correo electrónico frente uno, también lo hará —aunque no esté obligado a ello—frente al otro.
- La segunda razón se asienta en los beneficios que proporcionan las condiciones generales de contratación a la parte que las impone. Como se ha indicado, es habitual que a través de ellas el que objetivamente debiera considerarse oferente (al proporcionar todos los datos del producto y su precio de venta y demás circunstancias del futuro contrato) excluya expresamente su voluntad contractual, y le pase la pelota de la autoría de la oferta al usuario de la página *web* que confecciona la hoja de pedido, con lo que ello conlleva. Estos mismos beneficios quisiera tenerlos frente a cualquier contratante, sin importarle que fuese consumidor o no, por lo que cumplirá también con el trámite del envío.
- Finalmente, cuando se trata con empresas o profesionales de peso en el mercado, lo normal es que no realicen pequeños pedidos, sino de una cuantía económica y de volumen considerables. Ante esta situación, las *webs* suelen disponer a menudo dentro del proceso de compra de una opción dirigida precisamente a negociar el precio de tales operaciones. En estos casos, las condiciones generales son algo de lo que el proveedor puede prescindir voluntaria y alegremente.

Por último, respecto a la aplicación también a la contratación entre profesionales de este artículo 5.4 —antes 5.3— de la Ley española de condiciones generales de la contratación, y del Real Decreto español 1906/1999 que lo desarrolla, ha de recordarse el régimen que recoge la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, en cuanto a las condiciones generales de contratación, al que antes ya se hizo referencia. El artículo 10.3 de la Directiva señala que «las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas». El citado precepto es de aplicación imperativa también para los contratos electrónicos que tengan lugar entre profesionales (en cuanto

que no les permite excluirlo por mutuo acuerdo), sin importar el hecho de se hayan concluido desde la página *web* de uno de ellos o mediante correo electrónico u otra comunicación individual equivalente (*chat* o videoconferencia). Por esta última razón, la previsión que recoge el artículo 5.4 de la LCGC ha de ser interpretada de forma amplia y aplicarse también a la contratación con profesionales, o, de lo contrario, debería ser reformado por contradecir directamente a la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

D. Contratos entre particulares

Este epígrafe se refiere a los contratos concluidos por vía Internet en los que ambas partes son simples particulares; es decir, ni ambos son profesionales, ni uno es profesional y el otro consumidor. Este tipo de relaciones tienen lugar cuando un sujeto contrata un objeto o servicio determinado, en el marco ajeno de actividad comercial o profesional, a otro sujeto que, al carecer de la condición de profesional, posee su misma calificación. Esta situación sería, por ejemplo, la específicamente recogida desde sus orígenes en el Código Civil español de 1889, y en ella se presupone el equilibrio exacto entre las partes. Por esta razón, habría que localizar el régimen jurídico del contrato en las normas del Derecho civil general.

La normativa comunitaria y española sobre comercio electrónico está pensada sobre todo para aquella contratación dirigida desde la red al público en general, y en la que toma parte al menos un profesional; no obstante, será de aplicación a algunos aspectos indirectos de la contratación entre particulares. Como en su momento se analizó, la citada Directiva no se limita a regular las estrictas relaciones contractuales, sino también un conjunto de actuaciones previas y gratuitas que tienen lugar en la red. Entre ellas se ha incluido el caso de la participación de un particular en la red que –mediante el empleo de su propia página *web*– suministra informaciones varias e incluso realiza auténticas ofertas contractuales (p. ej., de compraventa, de permuta, etc.). A esta actuación del particular le serían aplicables las exigencias de información general del prestador de servicios y del precio (arts. 5 de la Directiva 2000/31/CE y 10 de la Ley española 34/2002).

Asimismo, se indicó que, si bien su *web* le permite ponerse en contacto con otro particular, la conclusión del contrato –en el caso de que practique ofertas desde ella– es realizada por otras vías, entre las que figura el uso de correo electrónico. La contratación en la red que llevan a cabo dos particulares mediante correo electrónico no está regulada por la Directiva sobre

comercio electrónico (vid. su *Considerando* 18). De este modo, el particular solamente debe proporcionar al público la información general recogida en el artículo 5 de la Directiva (art. 10 de la Ley española 34/2002) y que le sea aplicable; en concreto, se limitaría a exigirle que figure de forma clara, permanente y directa en la *web* su nombre, dirección geográfica y señas que permitan ponerse en contacto de forma rápida con él, entre estas últimas su dirección de correo electrónico; y, además, que el precio del producto o servicio ofertado figure de forma clara y sin ambigüedades, con expresa indicación a si incluye los impuestos y, en su caso, los gastos de envío.

Las normas específicas de la Directiva relativas a comunicaciones comerciales y contratos por vía electrónica no le son de aplicación. En el caso de las comunicaciones comerciales, por exigir que su responsable sea un profesional (cfr. art. 2. f); y, en cuanto a las normas sobre contratos, porque la única posibilidad que tiene un particular de contratar con otro es de forma individualizada y no masiva, y porque la contratación llevada a cabo entre particulares por medios individuales (correo electrónico, *chat*, videoconferencia) queda expresamente excluida del ámbito de la Directiva (cfr. *Considerando* 18). Lo propio habría que decir de la norma española que transpone la Directiva sobre comercio electrónico. Por esta razón, y con la excepción de la información general exigida por el artículo 5 de la Directiva (art. 10 de la Ley española 34/2002), cuando el particular emplee su propia página *web*, habrá de acudir para conformar su régimen jurídico a las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil. Una última cuestión pudiera plantearse cuando el sujeto que decide contratar con el particular, tras ver su oferta en su página *web*, fuese un profesional. En este caso, la relación deja de ser entre particulares y se transformaría en una relación de consumo, por lo que el particular –ahora consumidor– podría hacer valer en su beneficio todos los derechos que le conceden las normas de tutela y protección de los consumidores. Así, si finalmente perfeccionan el contrato por correo electrónico, le será de aplicación la regulación específica en materia de derecho de desistimiento del contrato (arts. 9 y ss. Dir. 2011/83 y sus equivalentes del Real Decreto Legislativo español 1/2007).

Finalmente recordar que, cuando se emplee la firma electrónica en la contratación entre particulares, deberá aplicarse su normativa específica (Ley española 59/2003 de firma electrónica y Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica).

El derecho y las nuevas tecnologías: codigos deontológicos y autoregulación

La tarea de adquisición del conocimiento se desarrolla fundamentalmente mediante un proceso de información y documentación, más aún en una época como la actual, en la que la información se ha convertido en una seña de identidad de las modernas sociedades. En este sentido se habla de «*Sociedad de la Información*» para hacer referencia al modelo de sociedad tecnológicamente avanzada, caracterizada por un enorme y continuado desarrollo de las nuevas tecnologías, principalmente de la Informática.

Este nuevo tipo de sociedades plantea en el ámbito jurídico múltiples problemas, de diversa índole, que requieren respuestas que no pueden ni deben basarse en los tradicionales y, en muchos casos obsoletos, marcos teóricos y conceptuales hasta ahora vigentes. Por ello, desde finales de la década de los ochenta del siglo XX, han surgido y se han desarrollado algunas disciplinas que pretenden ofrecer nuevos referentes teóricos y metodológicos que permitan analizar y solventar los problemas surgidos por la interacción del Derecho y las Nuevas Tecnologías.

I. INFORMÁTICA Y DERECHO: EL DERECHO INFORMÁTICO Y LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Aunque son muchos y diversos los ámbitos desde los que se han analizado las repercusiones que las nuevas tecnologías tienen en las actuales sociedades (pensemos en los estudios realizados por sociólogos, politólogos, economistas o historiadores, en los que se analizan los efectos que la irrupción de las nuevas tecnologías han provocado en el ámbito social, político, económico, etc.¹), en este epígrafe nuestro análisis se limitará únicamente a

1 Autores como Manuel Castells (*la Era de la información*, 2005, *La Sociedad Red*, 2006),

señalar algunos de los estudios desarrollados dentro del campo jurídico, concretamente los que se sitúan bajo las rúbricas *Informática Jurídica* y *Derecho Informático*.

A. La Informática Jurídica

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información al mundo del Derecho ha provocado la aparición de una nueva disciplina, denominada *Informática Jurídica*, que en los últimos años se ha ido diversificando para dar respuesta a las necesidades que surgen en las diferentes fases de creación, interpretación y aplicación del Derecho. De ahí que, a su vez se distinga entre: *Informática jurídica documental*, *Informática jurídica decisional* e *Informática jurídica de gestión*.

1. *Informática Jurídica documental*

Debemos comenzar haciendo unas precisiones terminológicas a fin de utilizar de manera más adecuada y precisa los términos *Documentación* e *Información*.

En este sentido, por *Documentación* se entiende tanto el conjunto de datos existentes sobre una determinada materia como los procesos que han de realizarse para una eficaz y correcta organización de los mismos. Se trata, por tanto, de una actividad que tiene fundamentalmente una naturaleza *cuantitativa*.

En cambio, hablamos de *Información* para referirnos a la documentación que ya ha sido estructurada e integrada con arreglo a unos determinados fines y, por tanto, se trata de un recurso dinámico y expansivo que puede compartirse, incluso simultáneamente, entre los sujetos.

El Derecho no es sólo una técnica para regular las conductas sociales de los sujetos sino que además configura los diferentes poderes, órganos e instituciones del Estado, estableciendo las funciones y competencias que a cada uno de ellos les corresponden, así como los procedimientos que han de seguir en sus actuaciones. Esto explica que en las modernas y complejas sociedades actuales se haya producido una *hiperinflación normativa*, una situación de incesante flujo de disposiciones, decisiones y análisis jurídicos que dificulta el conocimiento del Derecho vigente, poniendo en riesgo prin-

cipios jurídicos básicos. Es decir, si el Derecho positivo resulta inabarcable para los propios especialistas jurídicos se puede poner en riesgo la propia transparencia del sistema normativo (presupuesto del principio de certeza del Derecho), y por ende la seguridad jurídica.

En este escenario resulta imprescindible recurrir a las tecnologías informáticas y a los sistemas automatizados de documentación para facilitar a los ciudadanos, y especialmente a los operadores jurídicos, el acceso a sistemas adecuados y eficientes de documentación jurídica informatizada, lo que, sin duda, contribuirá a mejorar el funcionamiento del sistema jurídico.

Así, la *Informática jurídica documental* se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de los sistemas de documentación jurídica (legislativa, jurisprudencial y doctrinal) mediante la creación de diferentes recursos que, dependiendo de los avances y transformaciones experimentadas en el campo del hardware y software informático, permiten a los sujetos acceder de forma rápida y eficaz a la información. En este sentido, los procesos de documentación informatizada suponen un cambio en las técnicas operativas de la investigación jurídica, llegando en ocasiones a modificar las actuaciones de los operadores jurídicos.

Pensemos que al facilitar que el juez o el fiscal pueda acceder y consultar la información jurídica desde la Sala de Vistas, se podrían estar condicionando el análisis e interpretación del asunto objeto de litigio.

Dos son, por tanto, los objetivos que se persiguen con el tratamiento automatizado de la documentación jurídica: facilitar un mayor y mejor conocimiento del Derecho y agilizar el trabajo de los operadores jurídicos. Para lograr este objetivo será necesario superar las dificultades generadas por la peculiar naturaleza del Derecho, entre las que se pueden señalar:

- a) Las dificultades o problemas derivados de la correcta elaboración del software idóneo para el tratamiento de la información jurídica
- b) Las *dificultades operativas* relativas a la adecuada elección del procedimiento de acceso a la información (en los últimos años se han ido modernizando métodos tradicionales como los índices de referencia, los sistemas full-text, etc.)
- c) Lo que podríamos denominar *dificultades de carácter lógico-semántico* que surgen como consecuencia de la peculiar naturaleza del lenguaje jurídico. Pensemos que se trata de un lenguaje «especializado» en el que confluyen términos lingüísticos del lenguaje natural, que en ocasiones tienen un significado diferente, junto con términos estrictamen-

te técnico-jurídicos cuya significación puede variar según el ámbito jurídico en el que se utilicen (por ejemplo el término *acción* tiene un significado distinto en el Derecho Procesal y en el Derecho Mercantil). Se trataría de lograr una «normalización» del lenguaje jurídico, evitando ambigüedades, indeterminaciones o polisemias para establecer así un lenguaje unívoco, preciso y coherente que permita su conversión y procesamiento informático

Si bien los sistemas de informatización de la documentación jurídica representan un sector dentro de los sistemas generales de archivo y documentación, conviene resaltar que, por la peculiar naturaleza que el Derecho presenta, resulta necesario que su elaboración y desarrollo se someta a unas exigencias especiales, tanto en su fase de creación o *fase Input* (garantía de calidad de los datos para proteger la veracidad y objetividad de la información; garantía de seguridad de los datos a fin de evitar en lo posible su destrucción o manipulación) como en el momento de puesta en marcha del sistema (*fase Output*) que debe velar por su adecuación a los fines para los que fue creado, evitando utilizaciones abusivas o no justificadas. Aunque en los sistemas informatizados de documentación jurídica creados a partir de fuentes accesibles al público (BOE, repertorios doctrinales o jurisprudenciales, etc.) es inusual que se planteen problemas de uso abusivo o inadecuado², no ocurre lo mismo cuando se trata de sistemas que incorporan datos de carácter personal, cuya indebida utilización puede tener consecuencias sociales, políticas, económicas o jurídicas. Precisamente estas repercusiones jurídicas son el objeto de estudio del *Derecho Informático*, del que más adelante nos ocuparemos.

2. *Informática Jurídica decisional*

A diferencia de la Informática jurídica documental, que como hemos visto se ocupa de la automatización de las *fuentes de conocimiento jurídico*, la *Informática Jurídica Decisional* abarca el tratamiento automatizado de las denominadas *fuentes de producción jurídica*, mediante la informatización de aquellos procedimientos que pudieran reproducir –o incluso sustituir– algu-

2 Por ello, como analizaremos en posteriores capítulos, la legislación española en materia de Protección de Datos excluye expresamente de su ámbito de aplicación «los ficheros cuya consulta pueda ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia, en su caso, que el abono de una contraprestación» (art.3.j LC 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de datos de carácter personal; art. 7 RD 1720/2007 de 21 de diciembre de desarrollo de la Ley Orgánica)

nas de las actividades desarrolladas por el operador jurídico, todo ello con el fin de ofrecer soluciones a los problemas o conflictos jurídicos suscitados.

Se trata de crear *sistemas expertos* que incorporen los factores lógico-formales habitualmente implicados en la toma de decisiones jurídicas, incluyendo el propio conocimiento del sujeto especialista en la materia de que se trate. Es evidente que estos procedimientos no son susceptibles de aplicación en todos los sectores de la decisión jurídica, por lo que quedarían excluidos aquellos ámbitos en los que, debido a su complejidad, la toma de decisiones requiere el análisis valorativo y pormenorizado de múltiples hechos, circunstancias o factores (por ejemplo, los procesos penales). Sin embargo, en los últimos años se han elaborado «prototipos de sistemas expertos» en aquellas materias en las que los criterios decisionales tienen fundamentalmente un carácter cuantitativo (pensemos en sistemas expertos para la aplicación de las liquidaciones tributarias, el cálculo de indemnizaciones en caso de accidente, despido, etc.)

Indudablemente, como antes señalábamos, estos procedimientos automatizados para la adopción de decisiones jurídicas son de gran utilidad, ya que permiten procesar de forma rápida y fiable la información, estableciendo las correspondientes consecuencias lógicas, pero no pueden llegar a sustituir completamente al operador jurídico (juez, abogado), que ha de tomar una decisión basada en el análisis y la comprensión de las múltiples circunstancias que concurren en las actuaciones de los sujetos.

3. *Informática Jurídica de Gestión*

La Informática jurídica de Gestión se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de los procesos de organización de infraestructuras y de todos aquellos medios que permiten realizar las tareas de administración y gestión que habitualmente se desarrollan en el mundo jurídico.

Este es uno de los sectores donde se ha producido un mayor desarrollo, puesto que, en los últimos años se ha acometido, con mayor o menor éxito, la automatización de los Juzgados, Registros, Despachos de Abogados y Procuradores, Asesorías y Consultoras Jurídicas, Comisarías, etc., mediante la incorporación de soportes informáticos y telemáticos, principalmente a través del desarrollo de un software específico. Con ello es posible simplificar y estandarizar todas aquellas actuaciones regidas por pautas constantes y regladas, entre otras las tareas de reparto de asuntos entre Juzgados, el traslado de comunicaciones a las partes, la interposición de demandas, el control de los plazos procesales o la organización y gestión de los registros.

Una correcta gestión informatizada en los diferentes sectores del mundo jurídico permite obtener resultados de forma más rápida y con menores costes, pero sobre todo contribuye a que las actuaciones sean más transparentes, uniformes e imparciales, rasgos que son de especial importancia en el ámbito jurídico puesto que no debemos olvidar que uno de los principales fines del Derecho es el establecimiento de las condiciones que permitan alcanzar la tan deseable y necesaria seguridad jurídica.

B. El Derecho Informático

Como demuestra la experiencia, el imparable avance de las nuevas tecnologías en las últimas décadas ha traído consigo la irrupción de determinados riesgos en relación con los derechos individuales y las actividades de los poderes y órganos de la Administración, por lo que se hizo necesario crear una pluralidad de normas, de distinto rango y naturaleza, que han ido conformando lo que actualmente se conoce como *Derecho Informático*.

En la mayoría de las ocasiones estas nuevas normativas pretenden establecer procedimientos y salvaguardas para impedir la vulneración de derechos subjetivos, de forma que los sujetos puedan ver protegida su personalidad ante una posible utilización abusiva o indebida de los modernos métodos tecnológicos.

En definitiva, por *Derecho Informático* entendemos aquella disciplina que engloba el conjunto de disposiciones jurídicas para la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs). Por tanto, las diferentes cuestiones ya analizadas en capítulos anteriores junto a aquellas a las que se hará referencia en los siguientes, conforman el contenido de este ámbito del Derecho.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FRENTE A LA INFORMÁTICA. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y EL HABEAS DATA

A. La Libertad Informática

Como acabamos de señalar, el imparable y vertiginoso desarrollo de las TICs resulta beneficioso para las sociedades y sus ciudadanos siempre que se fijen las correspondientes cautelas, procedimientos y regulaciones para evitar la vulneración de los derechos de las personas y asegurar el correcto funcionamiento de las instituciones sociales. Cabe recordar que en el ámbito literario y cinematográfico se han descrito sociedades sometidas a un

cuasiabsoluto control del poder —el Gran Hermano orwelliano— que vigila y registra todos sus actos.

Desde antiguo, el hombre ha pretendido preservar su intimidad e impedir que otros sujetos pudieran conocer ciertas informaciones o cuestiones de carácter privado, lográndolo con más o menos éxito. Con la consolidación de las modernas sociedades tecnológicamente avanzadas en las que es posible recabar informaciones parciales y dispersas y, mediante tratamientos automatizados y telemáticos, organizarlas, transmitir las, o incluso, manipular las, el anhelo de salvaguardar la vida privada de injerencias por parte tanto del poder público como de sujetos privados puede convertirse en un deseo imposible de alcanzar.

Para evitarlo, en los últimos años la mayoría de los ordenamientos jurídicos han consagrado el denominado «*derecho a la libertad informática*», como un nuevo derecho que permite a los sujetos substraer del conocimiento ajeno determinadas esferas de su vida, impidiendo así el tratamiento indiscriminado y sin control de determinadas informaciones y datos personales.

Es tal la importancia atribuida a esta cuestión que en algunos países, entre ellos España, se ha llegado a recoger este derecho en la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, en la Constitución. Así, el art. 18, de la Constitución española de 1978 al establecer «*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*», lo ha configurado como un derecho fundamental de los ciudadanos, que habrán de ser amparados cuando terceros no autorizados lleven a cabo una utilización abusiva de informaciones personales susceptibles de tratamiento automatizado, o la elaboración de perfiles personales, sociales o profesionales que pongan en riesgo su privacidad o atenten contra su intimidad.

Este *derecho a la libertad informática*, también llamado *derecho a la autodeterminación informativa* (denominación que surge a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán que en 1983 reconoció por primera vez este derecho) supone aceptar que los sujetos gozan de una esfera de autonomía que les permite determinar los sujetos, la materia y el momento en que pueden ser conocidas aquellas informaciones que les afectan.

Así, y sin perjuicio del desarrollo que sobre esta cuestión se abordará en el siguiente capítulo, podemos señalar que la *libertad informática* otorga al sujeto, entre otros, los siguientes derechos:

- Conocer y controlar la información contenida en ficheros, archivos y datos que afecten a su persona.
- Saber quién ostenta la titularidad de dichos ficheros y cuál es la finalidad perseguida con su creación.
- Corregir las informaciones o datos inexactos y cancelar los que hayan sido indebidamente recabados.
- Oponerse a la utilización de sus datos para fines publicitarios y comerciales, etc.

Estas y otras facultades que forman parte del contenido del *derecho a la libertad informática* se han ido desarrollando normativamente mediante las regulaciones que, en cumplimiento del mandato constitucional del art.18.4, han surgido en las últimas décadas, tanto a nivel nacional como autonómico, sin olvidar las establecidas en el ámbito de la Unión Europea con la pretensión de unificar y armonizar las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

La aplicación de estas normas también afecta a las actuaciones y actividades de los órganos de las Administraciones públicas, que vienen obligadas a adecuar sus procedimientos y resoluciones al nuevo régimen jurídico. Así, la incorporación de los medios electrónicos e informáticos a la actividad diaria de la Administración ha supuesto mejoras en el plano de la gestión, al lograr una mayor eficacia en la reducción de trámites y procedimientos, pero puede provocar situaciones no deseables. Dado que la Administración Pública tiene constitucionalmente atribuida la misión de «satisfacer los intereses generales» y para ello necesita conocer, elaborar y comunicar información (que, además puede ser tratada, archivada y gestionada), será necesario controlar normativamente el uso que la Administración haga de ella, para proteger el mencionado *derecho a la libertad informática*.

Por otra parte también ha sido necesario regular las condiciones jurídicas de implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito de las administraciones públicas (lo que se conoce como *Administración Electrónica*) y los efectos jurídicos que producen los actos y comunicaciones electrónicas. En este sentido la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común declara con carácter general en su artículo 45:

- la licitud del empleo de cualquier medio electrónico, informático o telemático en las relaciones entre la Administración y los particulares, salvo que su utilización esté limitada legal o constitucionalmente (pen-

semos, por ejemplo, en las restricciones legales que impiden grabar las comunicaciones entre abogado y cliente a fin de salvaguardar el derecho de defensa jurídica).

- la obligación de difundir públicamente las características de los programas y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias.

En relación con la tramitación y emisión de documentos a través de procedimientos electrónicos, también se fijan una serie de garantías específicas, entre las que destaca el deber de preservar la autenticidad, integridad y conservación de los documentos emitidos por medios electrónicos, para garantizar su validez y eficacia.

Con el establecimiento de estas disposiciones se da cumplimiento al *principio de transparencia* que ha de regir las actuaciones de la Administración, así como al *principio de Intangibilidad de las Garantías del administrado y de los procedimientos que le afecten*, que implica que la utilización por la Administración de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos siempre ha de respetar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, y no suponer restricciones o discriminaciones en el acceso de los ciudadanos a la prestación de los servicios públicos.

Con todo, para que estas garantías sean realmente eficaces es necesario que exista un adecuado nivel de *seguridad informática*, entendiendo por tal el conjunto de medidas lógicas, físicas, funcionales, administrativas y legales que *garanticen la confidencialidad, integridad, conservación, autenticidad y accesibilidad de las informaciones contenidas en los sistemas informáticos*. Como veremos en el siguiente capítulo, estas medidas de seguridad se regulan expresamente en la legislación española sobre protección de datos

B. El *Habeas Data*

Como ya se ha señalado, muchos de los ordenamientos jurídicos modernos reconocen el derecho a la *libertad informática* como un nuevo derecho que forma parte de los considerados *derechos de tercera generación* (la doctrina jurídica habla de *generaciones de derechos* para hacer referencia a que su reconocimiento jurídico se ha producido en diferentes etapas históricas). Pero no basta con su mero reconocimiento sino que es preciso establecer las garantías jurídicas concretas que salvaguarden esta esfera de libertad de los sujetos.

Surge así el *Habeas Data* como una institución que pretende proteger la libertad informática de manera semejante a como el *Habeas Corpus* protege la libertad personal.

El *Habeas Corpus* fue instituido como una garantía jurídica frente a las actuaciones despóticas o abusivas del poder, con el fin de impedir que decisiones arbitrarias pusieran en peligro la libertad de los sujetos. Mediante este recurso procesal, que aún está presente en los ordenamientos jurídicos, se solicita al Juez que inste a la autoridad o funcionario que mantiene a una persona detenida su puesta a disposición judicial, de forma que se puedan comprobar las condiciones en que se encuentra y si su detención se ha producido cumpliendo los requisitos y condiciones legales establecidas al efecto.

Pues bien, de forma semejante el *Habeas Data* se configura como una garantía jurídica frente a actuaciones indebidas de terceros que permite al sujeto tener acceso y control de las informaciones personales que le conciernen y que se encuentran almacenadas en los registros, archivos o bancos de datos, tanto públicos como privados.

En ambos casos se trata de cauces o garantías procesales para la protección de la libertad, aunque amparan aspectos diferentes de la misma: el *habeas corpus* afecta al ámbito externo de la libertad (la libertad física) mientras que el *habeas data* protege aspectos internos de la libertad de las personas (su intimidad, su identidad, su personalidad).

C. El Derecho a la Protección de Datos como derecho autónomo

Aunque tradicionalmente se ha vinculado el *derecho a la protección de datos* con el derecho a la intimidad, actualmente y a partir de la Sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional, es posible considerarlo como un «derecho fundamental autónomo» que presenta unos rasgos que lo diferencian de otros derechos con los que guarda relación.

La mencionada Sentencia lo configura como un derecho que «persigue garantizar a las personas el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado», de manera que la protección se extiende tanto sobre los datos privados de la persona como sobre cualquier otro tipo de dato personal cuyo conocimiento o utilización pueda afectar a cualquiera de sus derechos individuales y, principalmente a su dignidad.

Junto a ello, el Tribunal Constitucional español ha señalado que este derecho tiene un contenido que lo hace singular y diferente del resto de derechos, a saber, que su ejercicio da lugar a la aparición de una serie de deberes jurídicos (entre otros, por ejemplo, la obligación de recabar el consentimiento del afectado) que se imponen sobre terceros para, de esta forma, garantizar a la persona un control efectivo y real sobre sus datos personales. Además, estas facultades de disposición y control que el sujeto tiene sobre sus datos surten efectos tanto frente al Estado como ante otros particulares.

En definitiva, el contenido del derecho a la protección de datos personales que señala el Tribunal Constitucional en su sentencia resulta coincidente con los principios y derechos que establece la Ley Orgánica 15/1999 de Tratamiento de Datos Personales que se analizará pormenorizadamente en el capítulo siguiente.

III. ÉTICA Y DEONTOLOGÍA PROFESIONAL: LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS Y LA AUTORREGULACIÓN.

Por *Ética* entendemos un conjunto de principios orientadores de las acciones humanas que surgen a partir de la reflexión y el análisis crítico de los actos y conductas.

La *Deontología* es una parte de la *Ética* que, a su vez, se ocupa del estudio de los diferentes deberes y obligaciones morales que tienen las personas cuando se dedican al ejercicio de una determinada profesión.

Resulta un error pensar que los profesionales de las especialidades técnicas (ingenieros, informáticos, físicos, arquitectos, etc.) tienen como única misión resolver los problemas técnicos que surgen durante la realización de sus tareas, y que por tanto su responsabilidad se limita a dar respuestas a esas cuestiones. Por el contrario, es evidente que en el desarrollo de esas actividades profesionales se les plantean situaciones que les exigen adoptar decisiones con trascendencia social.

Así, las decisiones sobre los materiales a utilizar en la construcción de un edificio o sobre el trazado de una carretera pueden afectar a su durabilidad, seguridad y lo que es más grave, generar riesgos para la vida y la integridad física de las personas; la creación de un sistema informático debe tener presente los posibles usos que puede tener y si éstos son pertinentes o no.

La responsabilidad profesional debe entenderse, por tanto, como un principio ético que obliga al profesional a responder de su actuación, aunque no haya lesión a terceros. En este sentido no basta con que los profesionales

actúen con responsabilidad desde el punto de vista legal, pues en ocasiones –sobre todo en los sectores de las nuevas tecnologías–, la existencia de vacíos normativos o lagunas jurídicas hace imposible la exigencia de responsabilidad jurídica.

Los Códigos deontológicos, al recoger los principios y reglas consideradas como correctas por los propios sujetos que desarrollan su actividad en ese sector, son un mecanismo de autorregulación en materia de responsabilidad de los profesionales que resulta de gran utilidad para suplir la ausencia de regulación jurídica, o para complementar la existente. Por ello, cuando las Asociaciones y los Colegios profesionales elaboran los Códigos deontológicos están señalando no sólo cuáles son los compromisos de conducta profesional que se espera de todos sus miembros, así como las obligaciones que conlleva el ejercicio profesional, sino que están informando al mismo tiempo a los ciudadanos sobre la función social de la profesión.

Con carácter general se considera que los códigos deontológicos no son únicamente un mero instrumento disciplinario sino que además sirven de orientación a los propios profesionales sobre los principios éticos de la profesión, estableciendo sus obligaciones y responsabilidades sociales y contribuyendo a mantener la credibilidad y el respeto social de la profesión.

Centrándonos en el ámbito de la ingeniería informática, los códigos deontológicos elaborados en los últimos años (entre otros, el *Code of Ethics and Professional Conduct* de la *Association for Computer Machinery*–ACM) recogen una serie de principios que se corresponden con lo que se ha considerado las cuestiones éticas básicas para las distintas aplicaciones de las tecnologías de la información: *intimidad*, *exactitud*, *propiedad intelectual* y *accesibilidad*, cuestiones éstas que, en 1986, Richard Mason compendió en el acrónimo **PAPA**: *privacy–accuracy–property–accessibility*.

La cuestión de la *intimidad* se ve reflejada en el principio relativo al deber de secreto profesional del informático, así como en el deber de proteger la intimidad y mejorar la dignidad personal. Aunque el primero de estos deberes hace referencia a la *confidencialidad* y el segundo a la *invasión de la intimidad*, se trata de dos conceptos fuertemente relacionados, por lo que la unión de ambos principios exige que el profesional dé un tratamiento respetuoso a la información privada y confidencial, preservando la integridad de los datos, manejando sólo aquellas informaciones estrictamente necesarias para el funcionamiento del sistema, cumpliendo los plazos de conservación y eliminación de la información, etc. En algunos códigos deontológicos el deber de *confidencialidad*

aparece vinculado con la idea del honor, al entender que los sujetos han hecho una promesa (explícita o implícita) que les obliga a guardar el secreto de la información privada de la que puedan tener conocimiento.

La cuestión de la *exactitud* está presente en todos aquellos principios que hacen referencia a la competencia profesional y a la transmisión de los datos. Por ello, los profesionales vienen obligados a velar por la precisión de la información y han de salvaguardarla de alteraciones o manipulaciones inapropiadas, lo que implica actuar con diligencia y fidelidad en la transmisión de la información.

Respecto a la *propiedad intelectual*, los códigos deontológicos destacan la obligación de proteger la integridad de las ideas y el trabajo ajeno, aunque la obra no haya sido explícitamente protegida por los correspondientes derechos de autor o de patentes.

Actualmente una de las cuestiones más problemáticas en el campo de los derechos de autor hace referencia a cómo preservar y mantener los derechos de propiedad intelectual de las diferentes creaciones cuando éstas resultan accesibles a través de Internet. Ante la imposibilidad de que se pueda dar una respuesta unitaria y completa a este problema desde el ámbito jurídico, resulta conveniente que los propios profesionales de las tecnologías de la información adquieran un compromiso ante esta situación, que evite, en la medida de lo posible, la vulneración de esos derechos.

Y por lo que se refiere a la *accesibilidad*, fundamentalmente implica el respeto del derecho a proveer y recibir información, pero puede suponer un reto aún mayor. Las actuales tecnologías permiten almacenar, recopilar e intercambiar un sinfín de conocimientos e informaciones que se encuentran a disposición de los usuarios sin limitaciones de tiempo y espacio. Así, en los últimos años hemos visto compartir prácticas y conocimientos en tiempo real como operaciones quirúrgicas en las que participan facultativos desde países distintos a aquel en el que se encontraba el paciente o conferencias de expertos seguidas online desde cualquier lugar del planeta; además se han desarrollado nuevas metodologías educativas que permiten a los estudiantes realizar sus estudios a través del contacto «virtual» con los docentes, sin acudir a un aula física y utilizando materiales electrónicos (ebooks, Moocs, OCW), redundando todo ello en una mejora de la calidad de vida de los individuos.

Indudablemente estos nuevos servicios no se encuentran al alcance de todo el mundo sino que únicamente resultan accesibles para quienes dispo-

nen de medios económicos suficientes y viven en países tecnológicamente avanzados, lo que incrementa las diferencias entre ricos y pobres, entre países desarrollados y en vías de desarrollo. Está en manos de los profesionales tecnológicos el contribuir a que el acceso a la informática, y especialmente a Internet, sea accesible para la gran mayoría, mediante, por ejemplo, la creación de software libre o la fabricación de dispositivos menos costosos y fáciles de manejar. Sólo de esta forma las nuevas tecnologías de la información se convertirán en instrumentos al servicio de una realidad social más justa.

Además de estas cuatro cuestiones éticas básicas, la mayoría de los Códigos deontológicos también recogen otras responsabilidades profesionales más específicas:

- Conocer y respetar la normativa reguladora de su actividad profesional y las políticas y procedimientos de las organizaciones en las que participen.
- Adquirir y mejorar su competencia profesional, a través de una formación continuada que les permita la actualización de sus conocimientos técnicos.
- Mantener la neutralidad y objetividad profesional al realizar valoraciones o evaluaciones técnicas, emitir dictámenes, etc.
- Evitar causar daños (pérdidas de información, funcionamientos incorrectos, impactos medioambientales no deseados) y no realizar acciones perjudiciales (destrucción o modificación de archivos, programas o sistemas) a fin de evitar pérdidas de recursos y/o gastos innecesarios.
- Cumplir con los compromisos y obligaciones adquiridas para la realización de sus tareas, garantizando el funcionamiento previsto de los elementos y de los propios sistemas.
- Colaborar en el desarrollo y promoción de la Informática y las tecnologías de la información, mejorando la comprensión pública de su impacto y sus efectos.
- Actuar con lealtad a la organización empresarial de la que formen parte, sin que ello suponga un abandono de sus deberes con la sociedad en general. Si se tuviera conocimiento de la realización de actividades inmorales o ilegales por parte de la empresa que pudieran comportar riesgos para la sociedad, habrán de primar el principio de *autonomía*, que les capacita para decidir según sus principios morales y sus conocimientos técnicos, el principio de *confianza* que prima la protección del bien común sobre los intereses particulares y la actuación responsable.

Junto a lo anterior, algunos de estos Códigos también toman en consideración las obligaciones éticas de las organizaciones, estableciendo los denominados *principios de actuación de liderazgo organizativo*, como serían:

- Articular las responsabilidades sociales de los miembros de la organización y alentar el cumplimiento de estas responsabilidades.
- Gestionar el personal y los recursos necesarios para diseñar y construir sistemas de información que mejoren la calidad de vida laboral.
- Establecer y definir los usos apropiados e inapropiados de los recursos informáticos y de comunicación.
- Apoyar las políticas que protejan la dignidad de los usuarios y otras personas afectadas por los sistemas informáticos.

En definitiva, los Códigos Deontológicos suponen un claro ejemplo de *autorregulación*, puesto que son los propios profesionales los que seleccionan los principios y valores orientadores de su profesión, estableciendo las pautas que han de regir su comportamiento, los deberes que han de asumir, las medidas a adoptar en caso de incumplimiento y las responsabilidades derivadas del mismo. Ese carácter autónomo o autorregulativo contribuye a su eficacia, al lograr que sus directrices alcancen un elevado grado de cumplimiento.

En el análisis realizado sobre los Códigos deontológicos nos hemos limitado a destacar aquellos aspectos que afectan a los sujetos de forma individual dejando al margen las responsabilidades que corresponden a las instituciones o empresas.

Las estructuras empresariales surgen con el objetivo de producir bienes o prestar servicios para obtener los consiguientes beneficios, pero cuando se trata de grandes empresas encargadas de la producción de bienes básicos (empresas alimentarias) o de la prestación de servicios fundamentales (energía o comunicaciones) el desarrollo de sus actividades y las decisiones que adopten afectan no sólo a su «cuenta de resultados» sino a la sociedad en su conjunto. Además, desde finales de la década de los noventa, la idea de que la empresa no sólo es un medio de creación de riqueza y empleo sino que también desempeña un papel fundamental en el ámbito social, ha dado lugar a la elaboración de principios organizativos y estándares de actuación (ISO, AENOR) que pretenden la armonización y adecuación de la actividades empresariales y corporativas a modelos socialmente sostenibles.

Surge así el concepto de *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC) con la finalidad de contrarrestar el impacto social que tienen las acciones de em-

presas y organizaciones a través de la exigencia de actitudes responsables. Se trata de establecer normas encaminadas a promover un comportamiento de las empresas y de las instituciones públicas (universidades, ministerios) más ético, sostenible y respetuoso con los derechos humanos, la sociedad y el medioambiente.

La aplicación de esta *Responsabilidad Social Corporativa* en el ámbito de las TICs plantea diversos problemas, pues muchas de las empresas de este sector operan simultáneamente en diferentes países con distintas legislaciones laborales y medioambientales. Por tanto, únicamente podrán fijarse unos criterios y estándares generales que habrán de ser complementados con la puesta en marcha de mecanismos de control concretos que aseguren su cumplimiento atendiendo en todo momento a las peculiaridades existentes en cada país.

No debemos olvidar que algunas actividades desarrolladas por las empresas de informática y comunicaciones tienen un gran impacto sobre el medioambiente (procesos de producción contaminantes, elevados consumos de energía, generación de residuos) y sobre la salud de las personas debido sobre todo a la influencia de los campos electromagnéticos. Así, la producción de componentes electrónicos se enfrenta no sólo al problema de la utilización de elementos contaminantes sino, principalmente a la gestión de residuos puesto que el incremento del consumo de estos productos, la obsolescencia que les caracteriza –en ocasiones predeterminada por los propios fabricantes– debe obligar a las empresas a incorporar criterios de sostenibilidad en su fabricación, para reducir en lo posible el impacto medioambiental.

Asimismo, también se han intentado minimizar estos riesgos mediante el establecimiento de normativas específicas. A modo de ejemplo cabe citar las Directivas 2002/96/CE, de 27 de enero de 2003 sobre *residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE)* y la Directiva 2002/95/CE, sobre *restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos*, cuyas disposiciones han sido incorporadas a los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión.

Pero además es necesario que los poderes públicos tomen decisiones y dicten políticas públicas de promoción y sensibilización de la *Responsabilidad Social Corporativa*, políticas que ayuden, en definitiva, a distinguir las buenas de las malas prácticas empresariales, educando a su vez a los ciudadanos y consumidores en relación con los derechos que pueden ejercitar para un efectivo control de dichas prácticas.

La protección de datos

Las nuevas tecnologías permiten, como nunca antes había sido posible, recabar datos y procesarlos, transformándolos en información. Pero además, esta tarea puede realizarse accediendo desde cualquier lugar a datos e informaciones contenidas en múltiples archivos o ficheros que se encuentran alojados en servidores situados en diferentes territorios. Por todo ello, la preocupación surgida en las sociedades de los años ochenta y noventa del siglo XX en relación con la protección de los datos personales ha ido aumentando a medida que se producían los avances tecnológicos, susceptibles de menoscabar los derechos de los ciudadanos. Lamentablemente el Derecho no ha podido seguir el ritmo vertiginoso marcado por la sociedad tecnológica, y lentamente ha ido tomando en consideración los nuevos problemas planteados, estableciendo medidas jurídicas para intentar controlarlos y, si fuera posible, eliminarlos.

Aunque —como ya se ha indicado en el capítulo precedente— tradicionalmente se ha vinculado el derecho a la protección de datos con el derecho a la intimidad, a principios del presente siglo comienza a ser reconocido como un derecho autónomo, con un contenido propio que se fundamenta en principios específicos y que ha de gozar de unos mecanismos de protección concretos.

Resulta, por tanto, necesario analizar algunas de las cuestiones más relevantes en materia de protección de datos.

I. PRINCIPIOS Y NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

A. Evolución histórica de la normativa sobre protección de datos

A nivel internacional, la invocación del derecho a la intimidad y a la privacidad la encontramos en la Declaración de Derechos Humanos aprobada en el seno de la ONU el 10 de diciembre de 1948. En su artículo 12 se

declara expresamente que *«nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques»*.

En el ámbito europeo, y unos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó el Convenio *«para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales»* (la Convención Europea de 4 de noviembre de 1950), que no se limita sólo a proclamar y reconocer los derechos humanos y libertades públicas sino que incorpora un sistema de protección y control ciertamente avanzado (a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Así, en su artículo 8 establece que *«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»*. En este mismo sentido se expresan otras disposiciones de ámbito supranacional, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

Es a partir de los años setenta del pasado siglo cuando comienza paulatinamente a implantarse, sobre todo en EEUU y en algunos países europeos, la utilización de las nuevas tecnologías, especialmente el uso de la informática, que permite no sólo el almacenamiento de los datos sino su selección y tratamiento automatizado. Y es en ese momento en el que surgen las primeras preocupaciones sobre los riesgos que la utilización de la informática puede generar sobre los derechos de las personas.

Así, en 1967 en el seno del Consejo de Europa se constituyó una Comisión encargada de analizar las tecnologías de la información, con el fin de esclarecer si su desarrollo podía incidir negativamente en el ámbito de los derechos individuales. Como resultado del trabajo que la Comisión llevó a cabo, la Asamblea del Consejo de Europa aprobó la Resolución 68/509/CE sobre *«los Derechos Humanos y los nuevos logros científicos y técnicos»* que, en cierto sentido, podría ser considerada como el germen de las actuales normativas en materia de protección de datos. Y fue tal su repercusión que, en los años siguientes, surgen las primeras regulaciones nacionales sobre protección de datos, entre otras, la ley Sueca de 11 de mayo de 1973; la ley federal alemana de protección de datos de 1977 que tutela los datos que son objeto

de tratamiento por los organismos públicos, incluyendo sanciones penales y administrativas; o la ley francesa sobre *Informática, Ficheros y libertades* de 6 de enero de 1978.

Asimismo, en el seno del propio Consejo de Europa se elaboraron una serie de recomendaciones sobre aquellos aspectos que, en materia de política legislativa, los Estados miembros debían tener en cuenta en relación con la creación de bancos de datos. Surgen así las Resoluciones del Comité de Ministros de 1973, «sobre la protección de las personas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector privado», y la Resolución de 1974 «sobre la protección de las personas respecto a los bancos de datos electrónicos en el sector público», que contienen principios que aún hoy siguen estando plenamente vigentes.

Pero, sin duda, el texto decisivo en el ámbito legal de la protección de datos de carácter personal fue el Convenio número 108 de 28 de enero de 1981, del Consejo de Europa, para la «protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal», en el que se establecen los criterios que deben contemplar las legislaciones nacionales al objeto de tutelar y proteger los derechos y libertades de los individuos frente al tratamiento automatizado de datos, así como las consecuencias que de dicho tratamiento pueden derivarse (cesiones de datos, flujos transfronterizos, etc.).

Como aportaciones más relevantes del Convenio destacan:

- La designación de los principios básicos de la protección de datos, entre los que destacan los de calidad, exactitud y pertinencia.
- La determinación de los datos que han de contar con una especial protección (los denominados «datos sensibles»), es decir, los referidos al origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas y los relativos a la salud y a la vida sexual.
- El establecimiento de las garantías y recursos que asisten a las personas afectadas.
- También se destaca la necesidad de establecer las medidas de seguridad ineludibles para evitar la vulneración de los derechos.

El Convenio entró en vigor en el año 1987, fecha a partir de la cual los Estados signatarios debían adoptar a nivel nacional las medidas legislativas tendentes a la regulación de la protección de los datos personales. Cabe señalar que cada país siguió su propio ritmo respecto al cumplimiento de esta obligación, y en este sentido España aprobó su primera Ley de protección de datos— la LORTAD— en 1992.

En los años siguientes, la preocupación por la protección de los derechos frente a la utilización de las nuevas tecnologías se extendió a otros ámbitos y organizaciones. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) adoptó, el 23 de septiembre de 1980, una Recomendación sobre las *«directrices en materia de protección de la intimidad y circulación transfronteriza de datos personales»* elaborando posteriormente un Memorándum relativo a estas cuestiones. También en el marco de la Unión Europea se aprobaron durante esos años diferentes Recomendaciones en la materia.

Entre las disposiciones emanadas de la Unión Europea destaca especialmente la Directiva 95/46, de 24 de octubre de 1995, *«relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos»*, que puede ser considerada el texto de referencia a escala europea en materia de protección de datos personales. En ella se crea un marco regulador que pretende establecer un equilibrio entre un elevado nivel de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea. Este principio de *libre circulación de los datos* supone una ampliación del de la *libre circulación de las personas, bienes y mercancías* que aparece en los Tratados fundacionales de la Unión como uno de los pilares fundamentales para su construcción. Para lograr este objetivo, la Directiva fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de su vigilancia y protección.

Entre los aspectos más destacados de la Directiva 96/45 cabe señalar:

- Sus disposiciones son aplicables tanto a los ficheros automatizados como a los ficheros manuales.
- Se amplía el concepto de *datos de carácter personal*, incluyendo las imágenes y el sonido.
- Se reconoce un nuevo derecho a los sujetos, el *derecho de oposición*, que se une a los ya establecidos en normativas anteriores (derechos de información y acceso, rectificación y cancelación)
- Se incluyen los *datos sindicales* entre los datos especialmente protegidos.
- Se crea la figura del *encargado del tratamiento*.

Las disposiciones contenidas en la Directiva debían haber sido incorporadas a los respectivos Derechos nacionales antes del 25 de octubre de 1998 y aunque en algunos países el plazo no fue cumplido, como fue el caso de España, a lo largo de los años siguientes la mayoría de los países

adecuaron su legislación o crearon una normativa específica en materia de protección de datos.

Para concluir, cabe señalar que, con posterioridad, fue aprobada la Directiva 97/66/CE, de 15 de diciembre de 1997 en materia de «*protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*», modificada en los años 2002 (Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002) y 2006 (Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo) en relación con las comunicaciones electrónicas, y cuyo análisis ya ha sido abordado en los capítulos precedentes.

B. Principios rectores en materia de protección de datos de carácter personal

Como se ha indicado anteriormente, tanto el Convenio nº108 de 1981 como la Directiva 95/46 establecieron unos principios básicos para garantizar que el tratamiento de los datos personales no suponga una vulneración de los derechos fundamentales y las libertades individuales. La mayoría de ellos han sido recogidos y desarrollados en las legislaciones nacionales y se concretan, principalmente, en los siguientes:

1. *La Calidad de los Datos*

El *principio de calidad* implica que los datos recabados deben ser adecuados y pertinentes en relación con el ámbito y finalidad para el que se hayan obtenido. Dentro de este principio se engloban:

- El *principio de exactitud* que supone que los datos han de ser precisos y deben ser actualizados para que se correspondan realmente con la situación que el sujeto tenga en cada momento.
- El *principio de finalidad* que impide que los datos sean tratados con fines diferentes o incompatibles con aquellos para los que se obtuvieron, de manera que si dejaran de ser pertinentes o necesarios o se hubiera cumplido la finalidad para la que se recabaron, deberán ser cancelados o destruidos.
- El *principio de lealtad* implica que, para la recogida de los datos sólo podrán utilizarse medios legales, sin que sea posible emplear métodos o procedimientos fraudulentos o ilícitos.

2. *Principio de Información*

Los titulares de los datos tienen derecho a conocer quién va a realizar un tratamiento de sus datos y con qué fines y por tanto, deberán ser infor-

mados expresamente y de forma precisa e inequívoca sobre los siguientes extremos:

- a) la existencia del fichero en el que sus datos van a ser incorporados, la finalidad que se persigue y los destinatarios de la información.
- b) si está o no obligado a facilitar los datos.
- c) las consecuencias que se derivan de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante, para que los afectados puedan ejercer sus derechos.

3. *El Consentimiento del interesado*

La existencia del *consentimiento del interesado* es condición indispensable para que el tratamiento de datos de carácter personal se considere lícito y, además, para que el sujeto pueda ejercitar los derechos que le corresponden. Supone una declaración de voluntad libre, informada e inequívoca que puede ser revocada cuando exista causa para ello.

El consentimiento puede prestarse expresa o tácitamente, aunque cuando se trate de datos especialmente protegidos (los *datos sensibles*) ha de prestarse expresamente y por escrito. Algunas legislaciones, como la española, han establecido excepciones al requisito del consentimiento, por ejemplo cuando se trate de datos procedentes de fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos, o cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.

4. *La seguridad de los datos*

Dada la naturaleza de los datos que son objeto de protección, parece obvio que resulta imprescindible garantizar su seguridad, y para lograrlo se establece la obligación de implementar las medidas técnicas u organizativas que eviten su alteración o pérdida y que impidan el acceso y tratamiento no autorizado. También se deben fijar los requisitos y las condiciones que han de cumplir los ficheros, equipos y sistemas utilizados para el tratamiento. Como se expondrá al analizar la Ley española, existen diferentes niveles de seguridad dependiendo de cuáles sean los datos objeto de tratamiento.

Relacionado con este principio de seguridad se encuentra el *deber de secreto* exigido a aquellos sujetos que, de una u otra forma, intervienen en el proceso de tratamiento de los datos, que quedan sometidos al deber de secreto profesional y a la obligación de custodiarlos.

5. *Principio de protección especial*

En general, las legislaciones en materia de protección de datos se justifican por la necesidad de establecer unas normas que permitan garantizar la tutela de los datos de carácter personal. Pero no todos los datos e informaciones relativas a las personas tienen la misma importancia, ya que algunos de ellos son especialmente relevantes al afectar a facetas de su privacidad relacionadas con determinadas libertades y derechos fundamentales (ideología, creencias, etc.).

Por ello, uno de los principios básicos en esta materia es el que otorga una especial protección a aquellos datos considerados como *sensibles*, para salvaguardarlos e impedir la trasgresión de derechos esenciales del sujeto. Y para lograrlo, se imponen unas obligaciones específicas como el deber de obtener el consentimiento expreso y por escrito del interesado, informándole, además, de los derechos que les asisten.

Concretamente se encuadran dentro de la categoría de «*datos especialmente protegidos*» los relativos a la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, origen racial, salud, vida sexual, y los que hagan referencia a los antecedentes penales o administrativos del sujeto.

6. *Comunicación o cesión de los datos*

Como ya se ha indicado, los sujetos que participan en el proceso de tratamiento de los datos están sometidos al deber de secreto y custodia, lo que implica que los datos sólo estarán disponibles para ellos, sin posibilidad de transmitirlos a terceros. Con todo, hay supuestos en los que resulta necesario ceder a terceros la información obrante en el fichero, y para poder llevar a cabo esta comunicación es necesario contar con autorización o consentimiento del afectado. Por tanto, la cesión de los datos aparece vinculada al principio de información antes reseñado, ya que el sujeto debe ser previamente informado de la posibilidad de comunicación a terceros y ha de recaerle su consentimiento. Únicamente si la posibilidad de cesión está prevista legalmente (por ejemplo cuando se trata de datos recogidos de fuentes accesibles al público) no será exigible solicitar el consentimiento del interesado.

Cuando se produce la cesión o comunicación, el tercero a quien se le hayan comunicado los datos queda sometido a las mismas obligaciones que tiene el cedente y debe cumplir con todas las disposiciones legales establecidas al efecto.

En el ámbito del Derecho español, todos estos principios aparecen recogidos en el Título II de la Ley de Protección de Datos Personales, a la que más adelante se hará referencia.

II. LA REGULACION EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Con la aprobación en 1978 del Texto Constitucional que incluía la disposición contenida en el artículo 18,4 respecto a la protección de la intimidad frente a la utilización de la informática, España se sumó al grupo de países que recogían este deber de protección en la norma de mayor rango de su ordenamiento jurídico.

A. La Ley Orgánica 5/1992 Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal

Para dar cumplimiento al mandato constitucional, en 1992 se aprobó la Ley Orgánica Reguladora del «*Tratamiento Automatizado de datos de carácter personal*» (conocida como LORTAD) que se ajustaba a lo dispuesto en el Convenio europeo de 1981 e incluso se anticipaba a algunas de las prescripciones que posteriormente aparecerían incluidas en la Directiva 95/46, disposiciones a las ya se ha hecho referencia con anterioridad.

En la propia Exposición de Motivos de la LORTAD se indicaba que la ley tenía como finalidad establecer unas medidas y arbitrar unos procedimientos de protección de las múltiples facetas que integran la personalidad del ciudadano, es decir, su *privacidad*, al considerar que las tecnologías de la información eran una potencial amenaza para la misma. Por tanto, la protección que la norma otorgaba iba más allá del mero amparo de la *intimidad*, es decir, de la esfera más reservada de la vida de las personas.

La LORTAD contenía disposiciones reguladoras de las principales cuestiones en materia de protección de datos:

- Establecía el principio de consentimiento informado, la veracidad de la información contenida (principio de calidad de los datos) y la congruencia y racionalidad en su utilización (finalidad);

- Distinguía entre los ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada, estableciendo requisitos de creación diferentes en cada caso;
- Introducía el concepto de *tratamiento*, lo que se tradujo en la consideración de los ficheros no como un mero depósito de datos, sino como una realidad dinámica que puede someterse a diferentes procesos informáticos;
- Regulaba los derechos de los interesados, concretamente los de acceso, rectificación y cancelación configurándolos como auténticos derechos subjetivos, es decir, como facultades o posibilidad de actuación que la norma confiere a los sujetos;
- Contemplaba la cuestión de la cesión de los datos, regulando la exigibilidad del consentimiento previo para que así, la privacidad de los afectados estuviera eficazmente protegida.
- Hacía referencia al flujo transfronterizo de datos, exigiendo que en el país receptor existiera un sistema y nivel de protección equivalente o que, al menos, se ofrecieran las garantías suficientes para su tutela.
- Contemplaba la creación de la Agencia de Protección de Datos configurándolo como órgano público de supervisión, inspección y control, al que también se le reconocía potestad sancionadora.

En definitiva, la LORTAD desarrolló la mayoría de los aspectos fundamentales en materia de protección de datos, hasta el punto que la LOPD, actualmente vigente, transcribe de forma casi literal muchas de sus disposiciones normativas.

Con todo, la regulación de 1992 presentaba algunos aspectos negativos, entre otros el dejar excluidos de su ámbito de aplicación los ficheros manuales o en soporte papel. Sus continuas remisiones a posteriores regulaciones para la ordenación por vía reglamentaria de cuestiones centrales –como es el caso de la determinación de los procedimientos para ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación o el plazo de cumplimiento de las obligaciones de rectificación y cancelación–, suponían en la práctica un riesgo para el sistema de garantías de los derechos objeto de regulación. Además, la ley de 1992 contenía numerosos conceptos jurídicos indeterminados o de difícil precisión (interés público, interés general, etc.) que se utilizaban para justificar y excepcionar su aplicación en determinados supuestos.

Pese a éstas y otras críticas planteadas tanto por la doctrina jurídica como por organismos privados y públicos y que llevaron a la interposición de tres recursos de inconstitucionalidad que fueron desestimados por el Tribu-

nal Constitucional, la Ley estuvo vigente durante siete años, durante los que fueron surgiendo todo un elenco de disposiciones de diferente rango para dar contenido y desarrollo a lo establecido en sus normas. Incluso la Agencia de Protección de Datos elaboró una serie de *Instrucciones* en materias específicas que, pese a la entrada en vigor de la LOPD, se han mantenido vigentes.

La derogación de la LORTAD se produjo con la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre (LOPD) que fue elaborada, entre otros motivos, para dar cumplimiento a la obligación de transponer al Derecho español las disposiciones de la Directiva 95/46/CE «relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos», a cuyo contenido se ha hecho referencia en el epígrafe anterior.

B. La Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal

La aprobación de la LOPD, el 13 de diciembre de 1999, y su entrada en vigor al mes de su publicación, supuso cambios en el ámbito de la protección de datos al contemplar aspectos que no habían sido regulados anteriormente por la LORTAD. Sin embargo, la estructura de la norma y la redacción de algunos de sus artículos guardan mucha similitud con la Ley de 1992 y, lo que es más grave, en la ley actualmente vigente no se afrontan ni resuelven ciertos problemas que ya se planteaban en la legislación anterior.

La LOPD utiliza una nueva terminología para hacer referencia a supuestos que ya habían sido contemplados por la LORTAD —como por ejemplo la expresión *comunicación de datos* para hacer referencia a la *cesión de los datos* o el término *interesado* para referirse al *sujeto afectado*—, sin que todo ello afecte al contenido de la regulación.

Se introduce el denominado *acceso a los datos por cuenta de terceros* (art. 12), modalidad que debe diferenciarse de la *comunicación o cesión de datos*, y que consiste en la posibilidad de que personas distintas al responsable o encargado del tratamiento puedan acceder a los datos con el fin de prestar a aquellos un determinado servicio. La realización de este tipo de actividades por cuenta de terceros está sometida a determinados requisitos formales (por ejemplo, la existencia de un contrato escrito y expreso) y a ciertas condiciones relativas al uso que puede darse a los datos, a los fines perseguidos y a la adopción de medidas de seguridad concretas. En este sentido se prevé que una vez concluida la realización del servicio se destruyan los datos y se devuelvan los documentos o soportes utilizados al responsable del tratamiento.

En caso de incumplimiento de los fines establecidos para la prestación del servicio, se exigirán al infractor las mismas responsabilidades que las establecidas para el responsable del tratamiento.

Asimismo, debido al imperativo legal de incorporar la normativa comunitaria, la LOPD extiende su ámbito de aplicación a los ficheros manuales; concreta los supuestos en los que pueden recabarse los datos sin el consentimiento del interesado (las *fuentes accesibles al público*: censo promocional, repertorios telefónicos, listados públicos de profesionales, diarios y boletines oficiales y medios de comunicación); refuerza el *principio de finalidad* al exigir que el empleo de los datos se realice con fines «*legítimos, determinados y explícitos*»; amplía tanto el catálogo de derechos de los ciudadanos al establecer el *derecho de oposición*, como los supuestos de datos especialmente protegidos al incluir los *datos sindicales*, y contempla la posibilidad de creación de Códigos Tipo de carácter deontológico.

Además, y como se ha indicado al desarrollar los principios rectores en materia de protección de datos, la LOPD dedica su Título II a los denominados *Principios de la protección de datos*, por lo que, en relación con esta cuestión, nos remitidos a lo allí señalado.

Como aspectos más destacados de la regulación de la vigente LOPD, cabe destacar:

1. *Ámbito de aplicación*

Con carácter general, el *ámbito objetivo o material* de la LOPD se extiende a todos los datos de carácter personal que estén registrados en cualquier tipo de soporte físico que permita su tratamiento (art.2,1). Pero la propia ley excluye una serie de supuestos, concretamente cuando se trata de ficheros implicados en cuestiones de seguridad (ficheros sobre materias clasificadas o investigaciones terroristas); aquellos que se rigen por normas específicas, como serían los ficheros estadísticos, los del Registro Civil, los derivados del uso de videocámaras por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad; o cuando se trate de ficheros privados, es decir los referidos a actividades personales o domésticas.

Asimismo, cuando se trata de ficheros de titularidad pública, además de la regulación prevista con carácter general, en los artículos 20 al 24 se establecen una serie de disposiciones específicas sobre su creación, modificación o supresión así como respecto a la comunicación de datos entre las Administraciones públicas, los Ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y determinadas excepciones a los derechos de los afectados.

Cabe resaltar que la LOPD fija su propio *ámbito espacial o territorial* (algo inhabitual ya que todas las normas de Derecho español son de aplicación únicamente sobre actuaciones o conductas realizadas en el territorio nacional) al señalar que sus disposiciones se aplican:

- cuando el tratamiento se realiza en el territorio español,
- cuando se realice fuera, pero el responsable del tratamiento está sometido al Derecho español, según lo dispuesto en normas de Derecho Internacional Público.
- cuando el sujeto responsable del tratamiento utilice medios situados en territorio español.

Con esta regulación la Ley española pretende hacer frente a la peculiar situación provocada por la utilización de las nuevas tecnologías, que permite traspasar los tradicionales marcos de espacio y tiempo.

2. *Sujetos*

Una de las aportaciones de la LOPD es la de establecer diferentes sujetos que quedan sometidos a responsabilidad por las actividades que hayan realizado. En este sentido se distingue entre el *Responsable del fichero o tratamiento*, que tiene capacidad decisoria respecto a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos, y el *Encargado del tratamiento* que únicamente desempeña funciones de gestión por cuenta del primero. Según se dispone en el art. 43, ambos quedan sometidos al régimen sancionador previsto en los artículos 44 y siguientes.

Frente a ellos, en calidad de sujeto pasivo se encuentran las personas físicas titulares de los datos objeto del tratamiento, a las que se denomina *Afectados* o *Interesados*, y quedan excluidas las personas jurídicas (asociaciones, corporaciones, fundaciones, etc.).

3. *Derechos de los afectados*

La LOPD contempla en el Título III los derechos que asisten a los interesados y que podrán ser ejercidos ante el responsable del fichero o tratamiento, así como el procedimiento a seguir para su tutela o protección.

Se trata de derechos personalísimos (salvo el derecho de consulta) y gratuitos, que exigen unas formalidades de identificación (o de representación cuando se trate de menores de edad o incapaces) y que se ejercitan ante el responsable del fichero a través de una solicitud, formulada por cualquier

medio admitido en Derecho, en la que consten los datos de identificación, la petición que se formula y los documentos que la acrediten o justifiquen.

El *Derecho de información* se contempla en el artículo 5 (dentro del Título II dedicado a los *Principios de la protección de datos*) y se configura como uno de los derechos básicos que permite a los sujetos saber quién conoce sus datos y cómo y para qué van a ser utilizados y tratados (en relación con este derecho conviene recordar lo señalado en el apartado 2, B, I del presente capítulo). Además la existencia y respeto de este derecho condiciona la prestación de consentimiento válido.

El *Derecho de consulta* (art.14) se establece con carácter general, a fin de que cualquier sujeto pueda conocer los tratamientos de datos que existen, la finalidad que se persigue con su realización y la identidad del responsable del fichero. Para dar virtualidad a este derecho se crea un Registro General de Protección de Datos de acceso público y gratuito.

Aunque la Ley configura como independientes todos los derechos que en ella se contemplan, sin embargo parece lógico pensar que el *Derecho de Consulta* es un derecho previo a los de acceso, rectificación, cancelación y oposición, puesto que si el sujeto no conoce la existencia de los tratamientos de datos que le conciernen, al haberse incumplido el deber de información, difícilmente podrá actuar frente a ellos.

El *Derecho a la impugnación de valoraciones* (art.13) permite al sujeto rechazar u oponerse a decisiones que tengan efectos jurídicos y que se hayan adoptado evaluando o valorando determinados aspectos de su personalidad (rendimiento laboral, crédito, fiabilidad o conducta) mediante el tratamiento de sus datos.

El *Derecho de acceso* (art.15) consiste en la facultad que se reconoce a aquellos sujetos que estén afectados por el tratamiento de los datos (los *interesados* o *afectados*), para obtener gratuitamente información sobre los datos de carácter personal objeto de tratamiento, su origen y las cesiones que se hayan realizado o se pudieran realizar en el futuro. Aunque en principio se prevé que sólo pueda ejercitarse en intervalos no inferiores a un año, el plazo podrá ser menor si el afectado acredita la existencia de un interés legítimo.

El artículo 16 se ocupa de los *derechos de rectificación o cancelación* que otorgan al interesado la posibilidad de exigir al responsable del fichero que cumpla con el principio de calidad de los datos (al que se ha hecho mención en el apartado 1, B, I de este capítulo), instándole a rectificar aquellos datos

que estén siendo tratados sin ajustarse a la legalidad o que sean inexactos e incompletos, así como a cancelarlos cuando ya no sean necesarios para la finalidad prevista con su registro o se hayan cumplido los plazos establecidos legalmente. El ejercicio de estos derechos puede afectar a la totalidad de los datos o sólo a una parte de ellos.

Hay que destacar que el ejercicio del *derecho de cancelación* no provoca inmediatamente la supresión de los datos, sino que el apartado tercero del art. 16, establece un período transitorio durante el cual los datos permanecerán únicamente bloqueados.

Como se indicaba al comienzo de este epígrafe, una de las novedades de la LOPD es la incorporación del *derecho de oposición*, que sin embargo únicamente aparece citado en algunas de sus disposiciones. Por ello, para poder conocer cuál es el contenido que tiene este derecho hay que acudir a lo señalado en el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre) que, en su artículo 34, lo concibe como la facultad de exigir que «no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo». Pero este derecho sólo podrá ejercitarse cuando se trate de ficheros para la realización de actividades de publicidad y prospección comercial o si el tratamiento de sus datos afecta al derecho a la impugnación de valoraciones contemplado en el art. 13 de la LOPD.

Si como consecuencia del incumplimiento de alguna de las disposiciones de la LOPD se provocase la lesión de bienes o derechos de los sujetos, éstos tendrán *derecho a ser indemnizados* (art. 19) por el daño causado o los perjuicios producidos, recayendo sobre el responsable o el encargado del tratamiento la obligación de resarcirlos.

La vulneración de cualquiera de estos derechos podrá ser comunicada a la Agencia de Protección de Datos (o los órganos que se establezcan como competentes en cada Comunidad Autónoma) que deberá decidir, mediante resolución expresa, la procedencia o improcedencia de aquellas decisiones que hayan impedido el ejercicio de los mismos. Por tanto, la tutela y protección de los derechos se atribuye a un órgano administrativo, aunque sus decisiones pueden ser recurridas, posteriormente, ante los Tribunales de Justicia.

4. *Obligaciones de los responsables de los ficheros*

El tratamiento de los datos se desarrolla en una serie de fases (recogida de los datos, tratamiento y utilización o comunicación de los mismos) en cada una de las cuales surgen, en virtud de las disposiciones legales, una serie de obligaciones.

En principio, cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que trate datos de carácter personal debe cumplir con las obligaciones que, en cada caso, se determinen, de forma que el tratamiento se realice garantizando el máximo nivel de protección para los interesados o afectados. Asimismo, se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los afectados el ejercicio de sus derechos.

En este sentido, son obligaciones del titular o responsable del fichero: el deber de secreto, la obligación de inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de datos y el establecimiento de medidas de seguridad.

a. El deber de secreto

Para garantizar el *principio de seguridad*, los responsables de los ficheros y las personas que intervengan en las distintas fases del tratamiento de los datos están obligados a su custodia y a guardar el secreto profesional respecto a ellos. Este deber se mantiene incluso con posterioridad a la finalización de las actividades realizadas

b. Deber de inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de datos

Con el fin de hacer efectivo el *derecho de consulta* que asiste a los interesados o afectados, la LOPD prevé, en el artículo 39, la creación en el seno de la Agencia de Protección de Datos del *Registro General de Protección de Datos*, a fin de garantizar el *principio de publicidad* respecto a la creación de ficheros.

Por tanto, quienes pretendan realizar ficheros de datos de carácter personal, antes de llevar a cabo su elaboración, deben notificar a la Agencia de Protección de Datos su creación, ubicación, finalidad, el tipo de datos que contiene, las medidas de seguridad adoptadas, las cesiones que se vayan a realizar, las transferencias a terceros países y la identificación de las personas responsables.

Una vez comprobado que la notificación practicada cumple con todos los requisitos exigidos, se procederá a inscribir el fichero en el Registro. Es decir, con la inscripción únicamente se pretende dejar constancia de su existencia como fichero que contiene datos de carácter personal susceptibles de protección.

c. Deber de establecer medidas de seguridad

Como se indicó con anterioridad, uno de los principios básicos en materia de protección de datos es el *principio de seguridad* (contemplado en el art.9 LOPD), que se materializa a través del establecimiento de medidas téc-

nicas y organizativas que eviten la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado de los datos.

La concreción de estas medidas se ha realizado en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 1720/2007 por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD, cuyo artículo 88 establece el deber que tiene el responsable del fichero de elaborar un documento en el que, atendiendo a la naturaleza de los datos, se concreten las correspondientes medidas de seguridad.

Además, el Reglamento establece tres niveles de seguridad diferentes, según cuáles sean los datos objeto de tratamiento, para garantizar así la confidencialidad e integridad de la información. Por tanto, cada uno de los niveles exige el cumplimiento obligatorio de unas medidas de seguridad específicas.

c.1. Nivel de seguridad Básico: Se aplica, por defecto, a todos los ficheros comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

NIVEL BÁSICO	
TIPO DE DATOS	MEDIDAS DE SEGURIDAD OBLIGATORIAS
• Nombre • Apellidos • Direcciones de contacto • Teléfono • Otros	• Documento de Seguridad • Régimen de funciones y obligaciones del personal • Registro de incidencias • Identificación y autenticación de usuarios • Control de acceso • Gestión de soportes • Copias de respaldo y recuperación

c.2. Nivel de seguridad Medio: Aplicable a los ficheros que contengan información relativa a la comisión de infracciones administrativas o penales y a los datos en relación con la Hacienda Pública, los servicios financieros, las entidades gestoras de la Seguridad Social, las Mutuas de accidentes laborales, etc.

NIVEL MEDIO	
TIPO DE DATOS	MEDIDAS DE SEGURIDAD OBLIGATORIAS
• Comisión infracciones penales • Comisión infracciones administrativas • Información de Hacienda Pública • Información de servicios financieros	• Medidas de seguridad del nivel básico • Responsable de Seguridad • Auditoría bianual • Medidas adicionales de identificación y autenticación de usuarios • Control de acceso físico

c.3. Nivel de seguridad Alto: Deben cumplir con este nivel de seguridad los ficheros que contengan datos considerados especialmente protegidos (*datos sensibles*) así como los ficheros recabados para fines policiales.

NIVEL ALTO	
TIPO DE DATOS	MEDIDAS DE SEGURIDAD OBLIGATORIAS
• Ideología • Religión • Creencias • Origen racial • Salud • Vida sexual.	• Medidas de seguridad del nivel básico y medio. • Seguridad en la distribución de soportes • Registro de accesos • Medidas adicionales de copias de respaldo • Cifrado de telecomunicaciones.

Junto a los deberes específicamente señalados en los apartados anteriores, los titulares de los ficheros tienen la obligación de realizar el tratamiento de los datos de forma legal y leal, de modo que la recogida, tratamiento y utilización o cesión se realice respetando los derechos de los afectados y cumpliendo además con los principios legalmente establecidos. Sólo así se podrá garantizar un tratamiento correcto y adecuado de los datos o informaciones

5. *Transferencia Internacional de datos*

Esta es una de la cuestiones de mayor interés en la sociedad actual ya que, como consecuencia de los procesos de deslocalización llevados a cabo por las corporaciones multinacionales y por las grandes empresas, se plantean situaciones en las que resulta necesario realizar tratamientos de datos en aquellos países en los que las empresas desarrollan sus actividades. Concretamente esta regulación se aborda en el Título V de la LOPD.

Con carácter general se establece la posibilidad de realizar transferencias internacionales cuando los países receptores de los datos tengan un nivel de protección equiparable al del Derecho español, siendo la Agencia de Protección de Datos la encargada de evaluar la adecuación o inadecuación de la transferencia en base a unos determinados criterios, entre otros, la naturaleza de los datos, su finalidad y la duración del tratamiento.

Asimismo, en el artículo 34 de la Ley se señalan una serie de excepciones entre las que cabe destacar si la transferencia se realiza para prestar o solicitar auxilio judicial, o bien porque se derive de la aplicación de un Convenio o Tratado internacional que así lo establezca, o cuando la transferencia resulta necesaria, entre otros motivos, para la prestación de asistencia sanitaria, para la celebración o la ejecución de un contrato.

Debido a la importancia adquirida por este flujo de datos, desde el año 2000 la Agencia de Protección de Datos ha elaborado varias *Instrucciones* específicas en la materia, en las que se establece cómo han de actuar los responsables de los correspondientes ficheros.

6. *La Agencia de Protección de Datos*

La LOPD contempla la creación de un órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, especialmente en lo que se refiere a los derechos de los afectados, atribuyéndole además, la competencia para sancionar los posibles incumplimientos. Este órgano es la Agencia de Protección de Datos que aparece regulada en los arts. 35 y siguientes de la LOPD.

Se trata de un órgano de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas. Su estructura organizativa está integrada por el Director, un Consejo Consultivo y el Registro General de Protección de Datos.

Por lo que se refiere a las tareas que la Agencia tiene encomendadas, las más destacadas han sido señaladas al abordar el desarrollo de los apartados anteriores.

7. *Infracciones y Régimen sancionador*

La LOPD incluye, en el Título VII, el régimen sancionador al que se encuentran sometidos los responsables de los ficheros y los encargados del tratamiento de los datos. Se diferencian varios niveles o grados de infracción: leves, graves y muy graves que serán sancionados con multas que van desde los 601,01 euros a los 601.012,10 euros, según los casos.

La cuantía de la sanción aplicable en cada caso se gradúa en función de la naturaleza del derecho personal afectado, el volumen de los tratamientos que se hayan efectuado, los beneficios obtenidos con el tratamiento indebidamente realizado, la posible reincidencia del infractor, su grado de intencionalidad, así como los daños y perjuicios producidos tanto a los sujetos afectados como a terceras personas.

a. Infracciones leves: (art 44, 2 LOPD)

INFRACCIONES LEVES	
CONDUCTAS SANCIONABLES	SANCIONES (art.45,1)
- No atender las solicitudes de rectificación o cancelación de los datos personales. - No proporcionar información a la Agencia de Protección de Datos. - Incumplir la obligación de inscripción en el Registro general de datos (salvo que sea motivo de infracción grave). - Infringir el deber de secreto (salvo que sea motivo de infracción grave). - Incumplir el deber de información en el momento de la recogida de los datos.	Multa de 601,01 a 60.101,21 euros

b. Infracciones graves: (art.44, 3 LOPD)

INFRACCIONES GRAVES	
CONDUCTAS SANCIONABLES	SANCIONES (art.45,2)
- Crear ficheros de titularidad pública y recoger datos de carácter personal sin la autorización legalmente establecida. - Crear ficheros de titularidad privada y recoger datos con fines distintos al legítimo objeto social de la empresa. - Recoger datos sin recabar el consentimiento expreso, cuando éste sea exigible. - Tratamiento o utilización de los datos incumpliendo los principios y garantías legalmente establecidas (salvo que sea motivo de infracción grave). - Impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos de acceso y oposición. - Mantener datos inexactos y no rectificarlos o cancelarlos cuando proceda. - Vulnerar el deber de secreto de los datos de los ficheros de la Hacienda Pública, servicios financieros, prestación de servicios de solvencia patrimonial o los relativos a infracciones administrativas o penales. - Mantener ficheros de datos o equipos sin las debidas condiciones de seguridad - Obstaculizar la función inspectora. - No inscribir los ficheros en el Registro General a requerimiento del Director de la APD. - Incumplir las obligaciones de notificación a la APD - Incumplir el deber de información al interesado si los datos no los hubiera facilitado el mismo	Multa de 60.101,21 a 300.506,05 euros

c. infracciones muy graves: (art.44, 4 LOPD)

INFRACCIONES MUY GRAVES	
CONDUCTAS SANCIONABLES	SANCIONES (art.45,3)
• Recogida de datos engañosa y/o fraudulenta. • Comunicación o cesión de datos fuera de los supuestos establecidos. • Tratamiento de los datos especialmente protegidos señalados en el art.7 • No cesar en el uso ilegítimo del tratamiento, habiendo sido requerido para ello. • Llevar a cabo Transferencias internacionales de datos a países sin nivel de protección equiparable. • Realizar un tratamiento ilegítimo de los datos vulnerando derechos fundamentales. • Incumplir el deber de secreto de los datos especialmente protegidos (art.7) y de los recabados con fines policiales. • Desatender reiteradamente u obstaculizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación cancelación u oposición. • Incumplir el deber de notificar la inclusión de datos en un fichero.	Multa de 300.506,05 a 601.012,10 euros

Hay que resaltar que las sanciones señaladas únicamente serán de aplicación cuando se trate de ficheros de titularidad privada pues, según lo dispuesto en el art. 46, si las infracciones son realizadas por los responsables de ficheros de las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia de Protección de datos dictará una resolución estableciendo las medidas que han de ser adoptadas para lograr que cesen las infracciones, e indicando si procede la imposición de medidas disciplinarias a los infractores. Esta resolución ha de ser comunicada al responsable del fichero, al órgano del que dependa, al interesado o afectado y al Defensor del Pueblo.

Asimismo, en el caso de utilización o cesión ilícita de datos que atenten contra los derechos fundamentales, el director de la Agencia de Protección realizará un requerimiento a los responsables para que cesen en su actividad y, en caso de no hacerlo, se podrán inmovilizar los ficheros correspondientes.

Para concluir con el análisis de la normativa española reguladora de la protección de datos de carácter personal, cabe señalar que algunas Comunidades Autónomas han aprobado su propia legislación en esta materia, creando asimismo Agencias de Protección de Datos de ámbito autonómico que, en general, realizan funciones semejantes a las anteriormente señaladas cuando se trata de ficheros situados en el ámbito de la respectiva Comunidad autónoma.

La protección jurídica del *software*

Uno de los temas más controvertidos en el ámbito del Derecho Informático es el de la protección de los programas de ordenador (*software*) y bases de datos, pues el debate se centra en su peculiar naturaleza, y por tanto, en cuál debe ser el medio más idóneo para su protección.

Indudablemente son múltiples los intereses que demandan dicha protección, desde el más genérico (los avances de la investigación) hasta aquellos que afectan a las empresas que invierten grandes cantidades en investigación y desarrollo del *software* y ven perjudicados sus intereses por la existencia de copias ilícitas, sin olvidar los deseos de los programadores que ansían ver reconocida la autoría de su tarea.

Respecto al problema de su naturaleza, la consideración del *software* como una invención susceptible de aplicación industrial supondría la aplicación de la legislación en materia de patentes, y por tanto la protección se otorgaría desde el ámbito de la Propiedad Industrial; por el contrario si se consideran creaciones u obras artísticas deberán ser protegidas a través del derecho a la Propiedad Intelectual.

La inclusión de los programas de ordenador en el ámbito de la Propiedad Intelectual presenta como ventaja su protección automática, es decir, desde el mismo momento en que la idea es expresada en el correspondiente soporte, y el disponer de una protección temporal superior, pues el plazo de protección de los derechos de autor es mayor que el de los derechos de propiedad industrial.

Por el contrario, a favor de la protección a través del derecho de Patentes estaría el contar con una regulación sobre la transmisión de los derechos que asegura al adquirente o cesionario la adquisición de los mismos a título de dominio, y no de simple uso.

En este momento, y sin perjuicio de las decisiones que en un futuro se puedan llegar a adoptar, el legislador español se ha decantado por considerar

a los programas de ordenador y a las bases de datos como objetos susceptibles de ser amparados a través de la Propiedad Intelectual, y por ello, vamos a centrar el análisis en este ámbito.

I. LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE Y LOS DERECHOS DE AUTOR

La inclusión de los programas de ordenador en el ámbito del derecho a la Propiedad Intelectual supone que su régimen jurídico surge de lo establecido tanto en el artículo 20 de la Constitución, que reconoce el derecho de libre creación, como en los arts. 428 y 429 del Código civil, que atribuyen a los autores de obras literarias, artísticas o científicas la facultad de explotarlas y disponer de ellas a su voluntad.

Con todo, la regulación básica en esta materia se encuentra en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, parcialmente modificada por la Ley 23/2006 de 7 de julio de Economía sostenible.

A. Análisis del derecho a la propiedad intelectual en la legislación española

Según se establece en el artículo 10,1 de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), pueden ser objeto del derecho a la propiedad intelectual las «*creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*».

Dos son, por tanto, los requisitos que han de concurrir para que la obra creada sea objeto de este derecho: la *originalidad* (ha de ser una creación individual y subjetiva del creador) y la *plasmación en algún tipo de medio o soporte material* (libro, cuadro, escultura, fotografía, maqueta o gráfico), puesto que no se protegen las ideas abstractas sino en cuanto que han sido incorporadas en algún medio concreto.

Se trata, por tanto, de un derecho subjetivo que confiere a su titular un poder absoluto sobre la obra, aunque temporalmente limitado, y que surge desde el mismo momento en que exista dicha creación. Hay que destacar que este derecho presenta una naturaleza mixta, personal y patrimonial, ya que quedan protegidos los *derechos morales* del autor y también sus *derechos de explotación o patrimoniales*.

Los *derechos morales* (arts. 14 a 16 LPI) corresponden al autor o autores de la obra y tienen un carácter irrenunciable e inalienable, es decir, no

pueden ser cedidos o transferidos a otro sujeto. Entre ellos, la LPI incluye el derecho a la autoría, a la divulgación de la obra, a exigir su integridad o a retirar la obra del comercio.

Los *derechos de explotación o patrimoniales* (arts. 17 a 25 LPI) protegen el valor económico que la obra tiene, lo que permite al autor disfrutar de forma exclusiva de los correspondientes beneficios económicos durante el plazo legalmente establecido. Estos derechos surgen cuando el autor ejercita su *derecho moral* a decidir si la obra ha de ser divulgada o no y en qué forma.

Con todo, estos derechos patrimoniales que facultan al sujeto a decidir sobre la utilización de su obra, de forma que no podrá ser usada sin su autorización, pueden ser cedidos a terceros.

La LPI incluye como derechos de explotación:

- la *Reproducción*, que supone la transcripción de forma directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de una parte o de la totalidad de la obra, con el fin de permitir su comunicación así como la posibilidad de obtener copias de ella.
- La *Distribución*, entendiendo por tal poner el original o sus copias a disposición pública mediante venta, alquiler, préstamo, etc.
- La *Comunicación pública*, que implica que, pese a sólo existir una licencia de distribución, se permita el acceso a la obra a una pluralidad de sujetos.
- La *Transformación*, que incluye su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma que dé lugar a una obra diferente.

También se reconoce el derecho del autor a publicar la colección completa, pese a haber cedido los derechos de explotación y el *Derecho de participación* establecido para los autores de obras plásticas.

Estos derechos exclusivos de explotación pueden verse limitados por razones de *interés público o social*, y por tanto la LPI reconoce que existen determinados usos de las obras protegidas que no requieren autorización ni suponen trasgresión de los derechos de autor, como serían entre otros: las reproducciones, distribuciones y comunicaciones públicas realizadas con fines de seguridad pública o en beneficio de personas con discapacidad; las citas o ilustraciones realizadas en el ámbito de la enseñanza; la utilización de las obras con ocasión de informaciones de actualidad, etc.

Como se ha señalado con anterioridad, los derechos de autor tienen un plazo de duración limitado, que una vez transcurrido provoca la extin-

ción de los *derechos morales* (aunque el derecho a la autoría y el respeto a la integridad de la obra, no prescriben) y el paso de los *derechos de explotación* a dominio público, por lo que la obra podrá ser utilizada sin más limitación que el respeto a su integridad y autoría (debe ser indicado el nombre del creador).

Los *derechos morales* se mantienen durante toda la vida del autor, salvo el derecho a la divulgación de la obra inédita en vida del autor, que se extingue transcurridos setenta años desde su fallecimiento.

Cuando se trate de *derechos de explotación*, y con carácter general, el plazo es de setenta años a contar desde el fallecimiento, es decir, perviven durante toda la vida del autor y setenta años después, salvo que se trate de fotografías o bases de datos que, como posteriormente veremos, tienen señalado un plazo menor. El cómputo de los setenta años se realiza de forma distinta según se trate de obras en colaboración (p.ej. un libro de varios autores donde cada uno elabora uno o varios capítulos), obras colectivas (p.ej. una enciclopedia) o un programa de ordenador.

Para concluir este breve análisis de las principales cuestiones del derecho a la Propiedad Intelectual, cabe señalar que los principales instrumentos de protección de los derechos de autor se establecen en dos ámbitos diferentes: de una parte en el marco de la LPI cuando se trate de exigir *responsabilidades civiles* por el perjuicio producido y, como veremos en el capítulo siguiente, también en el ámbito del Derecho Penal, si se trata de exigir responsabilidades penales por el daño causado.

La protección civil se contempla en los artículos 138 a 140 de la LPI que facultan al titular del derecho (autor, herederos o cesionario en exclusiva) para solicitar no sólo la reparación o indemnización del daño material causado sino también el cese de la actividad infractora, mediante la retirada de los ejemplares ilícitos, su destrucción, la inutilización de los mecanismos destinados exclusivamente a su reproducción o el precinto de los aparatos utilizados para la comunicación pública, etc.

Por lo que se refiere a la indemnización, y para la fijación de su cuantía, puede optarse por recibir los beneficios derivados de la explotación ilícita o recibir la remuneración que le hubiera correspondido de haber autorizado la explotación. También está previsto que se pueda solicitar la entrega de las copias ilícitas, que deberán ser abonadas a precio de coste.

En aquellos supuestos en que no se haya acreditado la existencia de perjuicios patrimoniales podrá exigirse la indemnización que corresponda por daños morales.

B. La protección de los programas de ordenador en el Derecho español

Los programas de ordenador constituyen bienes inmateriales que requieren una protección jurídica, pues su creación supone una actividad de creación que exige además una inversión económica que ha de ser salvaguardada. Actualmente, la protección de los programas de ordenador está garantizada por lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual y la normativa comunitaria e internacional aplicable.

El artículo 10,1, apartado i) de la LPI incluye a los programas de ordenador entre las creaciones u obras susceptibles de ser objeto de propiedad intelectual. En este sentido se dedica el Título VII de la Ley (arts. 95 a 104) a establecer el régimen jurídico aplicable, regulando aspectos tan importantes como el de la titularidad de los derechos sobre los programas, la duración de la protección, su contenido y sus límites, señalando además las medidas de protección de naturaleza sancionadora y registral.

1. *Objeto de la protección: concepto y requisitos de los programas de ordenador*

El art.96.1 de la LPI define el programa de ordenador como «*toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación*», incluyendo también en este concepto la documentación preparatoria. Asimismo, la protección jurídica prevista en la Ley se extiende a la documentación técnica, los manuales de uso, las versiones sucesivas del programa y los programas derivados (salvo los creados para provocar efectos nocivos)

Por tanto, el concepto de programa de ordenador protegido por la LPI engloba el Código Fuente, el Código Objeto y el Manual explicativo

El *Código Fuente* supone aquel conjunto de órdenes, expresadas mediante un lenguaje de programación, necesarias para la ejecución de una función o para la obtención de un resultado concreto. Es precisamente en estas fuentes donde se manifiesta la carga creativa que puede ser objeto de protección.

Por *Código objeto* se entiende aquellos ejecutables o programas concretos que aseguran la ejecución del código fuente. Y mediante el *Manual de*

Uso, se explican cuáles son las funciones del programa, sus medios de funcionamiento y el procedimiento a seguir para poder ejecutar cada una de las aplicaciones que conforman el programa informático.

Para que todos estos elementos puedan ser objeto de protección mediante el derecho a la Propiedad Intelectual, es imprescindible que concurra el requisito de la *originalidad*, un concepto que tradicionalmente se ha considerado que hace referencia al valor de lo estético. El problema surge porque, dejando al margen su contenido concreto, un programa de ordenador no aporta desde el punto de vista estético ningún elemento que justifique la recepción de protección jurídica como derecho de autor, lo que obliga a medir su originalidad atendiendo a otro tipo de criterios, por ejemplo, su *arquitectura* (su estructura, secuencia y organización) o las funciones que se logran con su aplicación. Así, algunos autores han señalado que los *interfaces* constituyen el elemento que aporta los mayores niveles de originalidad en materia de programas de ordenador.

2. *Ámbito subjetivo de protección*

Son titulares de los derechos de propiedad intelectual, el autor o creador del programa y la persona que esté facultada para ejercer los derechos de explotación o para autorizar el uso del programa informático.

Sin embargo, aunque el Derecho de autor se configura como un derecho personalísimo, y por tanto atribuido exclusivamente en favor de las personas físicas, el art. 5 de la LPI incorpora una excepción, al admitir que las personas jurídicas (empresas, corporaciones, etc.) puedan ser consideradas como autoras, pero únicamente cuando la ley lo establezca expresamente. Y precisamente uno de los supuestos previstos legalmente es el de la creación de los programas de ordenador.

La creación, transmisión y explotación de los derechos de autor sobre los programas informáticos puede revestir varias modalidades:

- a) *Obra en colaboración* (art. 97.3): Cuando el programa informático es fruto de la colaboración entre varias personas, los derechos de propiedad intelectual les pertenecen a todos en la proporción que se determine, y en su defecto, a partes iguales para todos ellos.
- b) *Obra colectiva* (art. 97.2): Cuando, pese a que el programa informático se ha elaborado mediante la contribución de varios sujetos, las aportaciones individuales se integran y dan lugar a una creación única y autóno-

ma, de forma que la autoría de la obra se atribuye a una única persona física o jurídica, que se hace responsable de su edición y divulgación.

c) *Obra creada en el marco de una relación laboral* (art. 97. 4): En este caso lo decisivo no es si el programa de ordenador ha sido elaborado por uno o varios autores, sino el hecho de que su creador mantiene una relación laboral con una empresa que se encarga de su distribución. En estos casos, y salvo pacto en contrario, la titularidad de los *derechos de explotación del software* la ostenta el empresario, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- que el trabajador realice la creación del programa dentro del ámbito usual y pactado en su contrato de trabajo.
- que al empleado, contratado para realizar otras funciones, se le encomiende la elaboración del *software*.
- que el sujeto haya creado el programa de ordenador siguiendo las instrucciones expresas del empresario respecto a las funcionalidades y al tipo de programa informático que se desea crear.

Además, el empresario no puede utilizar la obra o disponer de ella para fines distintos de los que corresponden a su actividad empresarial habitual, es decir, a su objeto social.

En todo caso, rige un principio de libertad de pacto que permite al empresario y al trabajador establecer el marco contractual más adecuado para la explotación de los derechos de autor del programa informático realizado.

Algún sector doctrinal entiende que se englobarían en esta modalidad aquellos supuestos en que la obra es creada por un funcionario en el marco de su actividad funcionarial.

3. *Las licencias de uso de los programas de ordenador*

Los programas informáticos se rigen por *licencias de utilización*, es decir, un usuario que adquiere un programa en ningún momento se convierte en su propietario, sino que tan sólo adquiere un *derecho de uso* que le permite realizar ciertas actuaciones sobre el mismo sin que el creador pueda oponerse a ellas.

Por tanto, una Licencia supone la existencia de una relación contractual entre el desarrollador del *software* (o el titular de los derechos de explotación, cuando el autor los haya cedido a un tercero) y los usuarios, que determina los derechos y deberes que corresponden a cada uno de ellos. En

virtud de este contrato se cede el uso de un determinado programa a cambio de una contraprestación económica (pago de un precio), siendo importante que figure una correcta descripción del programa y de sus funcionalidades, que dependerán del tipo de programa del que se trate: *software* de base, de sistema, de aplicación, etc.

En función de cuál sea el *software* desarrollado (propietario, shareware, de demostración, libre o de dominio público, entre otros) podrán utilizarse diferentes tipos de licencias para su protección.

En general, las licencias señalan los derechos que se conceden a los usuarios, cuando se trata de *software* libre, y las restricciones de uso en el caso del *software* propietario.

La existencia de las licencias supone una garantía respecto a la titularidad del programa y sobre los derechos de los consumidores.

4. *Contenido de los derechos de explotación*

El contenido de los *derechos de explotación* que tiene el titular del derecho aparece contemplado en el artículo 99 de la LPI, e incluye:

- a) «La reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador; por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho». Tradicionalmente la reproducción quedaba reducida al entorno analógico, y por tanto consistía en la incorporación de la obra a un soporte fijo y estable (art 18 LPI).

Sin embargo, en los actuales «*entornos digitales*», donde han aparecido diferentes tipos de obras que se caracterizan por la incorporeidad en su materialización y por la facilidad de trasmisión y copia (*software*, audiovisuales, mp3), resulta evidente que la reproducción no puede seguir entendiéndose en los términos del art.18, aunque legalmente aún no se haya definido cuál ha de ser la interpretación jurídicamente adecuada.

Lo cierto es que, dadas las peculiaridades que están presentes en los programas de ordenador, la ley no parece permitir el uso del *software* si no se cuenta previamente con la autorización de su autor, permiso que es exigible incluso cuando se trate de «*reproducción para el uso personal*». Como hemos señalado, esta autorización se materializa en las *Licencias de Uso* anteriormente analizadas.

- b) «La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador». Sólo el titular de los derechos está facultado para autorizar o prohibir la traducción o adaptación del programa de ordenador a otro lenguaje de programación, así como la realización de cualquier proceso que provoque una alteración sustancial del resultado logrado por el programador originario.
- c) «Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias». La distribución de un programa informático abarca la puesta en circulación o comercialización del programa original o de copia del mismo en un soporte tangible, mediante la venta, alquiler o cualquier otro acto de disposición.

5. Límites a los derechos de explotación

La peculiar naturaleza que presentan los programas de ordenador, como obra susceptible de protección a través de los derechos de autor, ha obligado a establecer una serie de excepciones específicas a los *derechos de explotación* que corresponden en exclusiva a los titulares. Estas excepciones se justifican fundamentalmente porque los programas de ordenador exigen en numerosas ocasiones la realización de determinados actos o procedimientos posteriores, necesarios para su correcto funcionamiento.

El artículo 100 de la LPI establece las actividades que pueden llevarse a cabo sin necesidad de solicitar autorización al autor o al titular de los derechos, entre las que destacan:

- a) La *corrección de errores* (art. 100.1), que junto con la *transformación* del programa podrá realizarse por quien sea su usuario legítimo, siempre que resulte necesario para lograr su correcta utilización de cara a lograr los fines previstos en la correspondiente Licencia. Esta excepción está supeditada a que no exista una cláusula contractual que lo prohíba. Cuando el usuario realice la reproducción o transformación del programa informático sin la pertinente autorización, incurrirá en infracción y, además, no podrá exigir responsabilidades por funcionamiento incorrecto o inadecuado.
- b) La *copia de seguridad* (art. 100.2), que no se reconoce a los usuarios con carácter general, sino únicamente al usuario legítimo y siempre que resulte necesaria para su uso. La doctrina se ha planteado si la norma sólo autoriza la realización de una copia única o si cabe una interpre-

tación flexible que permitiría fijar el número de copias en función de las necesidades del usuario afectado (p.e.j. en una empresa con oficinas independientes en las que se opera desde diferentes puestos de trabajo, la realización de una única copia de seguridad resultaría disfuncional) y, por ello, además de la posible solución pactada por contrato, la doctrina se decanta por utilizar un criterio de interpretación funcional.

- c) La *ingeniería inversa* (art.100.3), supone que el usuario legítimo está autorizado para desarrollar aquellas actividades tendentes a verificar las ideas implícitas que permiten el correcto funcionamiento del programa, aunque estas actividades han de realizarse durante «*las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa*». Además, esta autorización no implica que se pueda hacer uso, en beneficio propio o ajeno, de las ideas o fundamentos del programa, so pena de incurrir en un comportamiento sancionable.
- d) Las *versiones sucesivas* (art 100.4) suponen que, salvo que exista pacto en contrario, el titular de los derechos de explotación o el tercero autorizado pueden realizar versiones del programa, siempre que éstas tengan la originalidad suficiente para ser consideradas jurídicamente como «*obra derivada*» (tienen esa consideración las señaladas en el artículo 11 LPI: «*traducciones y adaptaciones; revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; arreglos musicales; cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica*»).
- e) La *descompilación e interoperatividad* (art.100.5). La descompilación permite transformar el código objeto en código fuente para así obtener la información técnica que permita al programa actuar de manera integrada con otros programas. Se podrá llevar a cabo esta actividad siempre que sea indispensable (que la información no se haya podido obtener por otros cauces), la realice el usuario legítimo, se limite sólo a aquellas partes del programa necesarias para lograr la interoperatividad, y que la información obtenida no se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de programas semejantes.

6. *Protección de los programas de ordenador*

La legislación española ofrece a los programas de ordenador los mecanismos de protección previstos para la tutela de los derechos de protección intelectual y, por tanto, permite recurrir a la vía administrativa, civil y penal para salvaguardarlos.

Las acciones y procedimientos contemplados en los artículos 138 y siguientes de la LPI protegen tanto los derechos exclusivos de explotación como los derechos morales, todo ello con independencia de si esos derechos corresponden al autor o a un tercero que los haya adquirido.

En este sentido se regulan tres tipos de acciones específicas para la protección de los titulares de los derechos: la acción de cesación, la acción indemnizatoria y el establecimiento de medidas cautelares.

a) La *Acción de cesación* faculta al titular del derecho (autor, causahabientes o cesionario) a solicitar el cese de aquella actividad que suponga una infracción de sus derechos. En el caso de los programas de ordenador esta medida puede suponer:

- la suspensión de la explotación o actividad infractora;
- la prohibición al infractor de reanudar la explotación o la actividad infractora;
- la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción;
- la retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción, de los elementos materiales destinados principalmente a la reproducción, creación o fabricación de ejemplares ilícitos;
- el embargo, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción, con cargo al infractor, de los instrumentos cuyo única utilidad sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico establecido para proteger un programa de ordenador.

b) La *Acción indemnizatoria*: La indemnización por daños y perjuicios que pueda corresponder al titular del derecho infringido comprende tanto el denominado *daño emergente* (el valor de la pérdida que haya sufrido) como el *lucro cesante* (la ganancia que haya dejado de obtener).

Para la fijación de su cuantía, el perjudicado puede optar por recibir los beneficios derivados de la explotación ilícita o percibir la remuneración que le hubiera correspondido de haber autorizado la explotación.

También se indemnizará por el daño moral producido, que se valorará atendiendo a las «*circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra*».

- c) Las *Medidas cautelares* se pueden solicitar cuando la infracción ya se ha producido o cuando exista la sospecha de que se va a cometer de forma inminente. Se establecerán aquellas medidas que se consideren necesarias para la protección urgente de los derechos, y concretamente:
- la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, o la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración.
 - la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública o la prohibición de su realización, si dichas actuaciones aún no se hubieran realizado.
 - el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.
 - el secuestro de los instrumentos o dispositivos cuyo única utilidad sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.
 - la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros, realizados con la finalidad de infringir los derechos de propiedad intelectual.
- d) La *Protección Registral*. Los programas de ordenador, sus versiones y los programas derivados pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. La inscripción es absolutamente voluntaria ya que, como se ha indicado en otros apartados de este capítulo, el derecho de autor existe por el mero hecho de la creación de una obra original y no depende de que haya sido o no inscrita.

Pero como el acceso al Registro es público se prevé que sólo serán susceptibles de consulta pública: el nombre del autor (o de quien solicite la inscripción) la naturaleza y condiciones del hecho inscrito, y el título y fecha de publicación, para evitar así que los contenidos resulten accesibles a cualquier persona y pudieran ser plagiados.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS

Las diferencias de protección jurídica de las bases de datos en las legislaciones de los países europeos, y concretamente en los Estados miembros de la Unión Europea, suponían un obstáculo para el suministro de bienes y

la prestación de servicios en el sector de las bases de datos. Por ello, el Parlamento Europeo y el Consejo procedieron a la elaboración y aprobación de la Directiva 96/9/CE, de 11 de marzo de 1996, «sobre la protección jurídica de las bases de datos».

La trasposición de esta Directiva al Derecho español se llevó a cabo mediante la Ley 5/1998, de 6 de marzo, que modificaba directamente los correspondientes preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, con el fin de facilitar una mejor comprensión de la normativa existente en la materia, evitando, así, una indeseable e incómoda duplicidad de regulaciones sobre esta cuestión.

La incorporación de la normativa comunitaria ha traído consigo el establecimiento de una doble protección para las bases de datos: de una parte se reconoce el *derecho de autor* sobre las mismas, y por otro un derecho «*sui generis*», que tiene por objeto garantizar y proteger las inversiones que, desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo, se hayan realizado para la elaboración, verificación o presentación del contenido de una base de datos.

Es evidente que la producción de una base de datos requiere llevar a cabo múltiples actividades y tareas: la utilización de soportes (físicos y lógicos) que permitan el tratamiento de la información; realizar trabajos de selección, revisión y actualización de las fuentes de información; la elección de los datos que serán objeto de almacenamiento; el empleo de recursos y personal para llevar adelante estas labores, etc., lo que exige realizar las correspondientes inversiones económicas.

Pues bien, cuando esas bases de datos están integradas por informaciones procedentes de fuentes accesibles al público (repertorios telefónicos, profesionales, etc.) y carecen de una estructura que pueda ser considerada exclusiva u original, no quedan protegidas por la vía de los derechos de propiedad intelectual, de manera que si se produjese una reutilización de los datos por parte de terceros no autorizados se produciría un perjuicio patrimonial a su fabricante que, de alguna manera, habría de ser resarcido. Con el reconocimiento de este *derecho «sui generis»* los fabricantes de este tipo de bases de datos quedan amparados al menos en relación con la inversión realizada.

Por tanto, desde el ámbito de los derechos de autor se protege la *estructura original* de la base de datos, mientras que la protección del *derecho «sui generis»* se otorga sustituyendo el criterio de la *originalidad* por el de la *inversión*.

A. Las bases de datos y los derechos de autor

Habitualmente, por base de datos se entiende el almacenamiento de datos o documentos, organizado y estructurado de forma que permita su recuperación como información. La propia Ley define las bases de datos como «*las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.*». Es decir, se protegen tanto las bases de datos electrónicas como las tradicionales bases editadas en papel.

Las bases de datos son consideradas como obras objeto de propiedad intelectual, en los términos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual para las restantes elaboraciones intelectuales (art.12.1 LPI), siempre que la selección o disposición de sus contenidos pueda ser considerada «*creación intelectual*».

En este sentido cabe recordar que, según se indicó al analizar la protección jurídica de los programas de ordenador, el requisito *sine qua non* para que una obra sea considerada *creación* y, por tanto, quede protegida a través de los derechos de autor, es el de la *originalidad*, que tratándose de bases de datos plantea algunos problemas puesto que los datos que forman parte de su contenido difícilmente van a poder tener la consideración de originales. Por tanto, se entiende que una base de datos será *original* cuando su estructura sea creativa en función de, por ejemplo, sus criterios de selección o de la ordenación y almacenamiento de sus datos. Es decir, lo que se protege es la estructura o forma de expresión de la base de datos y no su contenido, todo ello sin perjuicio de los posibles derechos que a dicho contenido pudieran corresponderle.

Así, el artículo 12 reconoce dos clases de derechos de autor, que tienen diferente objeto: por una parte, los derechos exclusivos que corresponden a los creadores de la base de datos respecto a su estructura; y, de otra, los derechos que pudieran corresponder a los autores de los datos o de los elementos que forman el contenido de la base de datos. En definitiva, se protegen a través de la propiedad intelectual tanto el contenido de los elementos individuales que forman la base de datos como la propia base de datos globalmente considerada, e incluso a los elementos necesarios para su funcionamiento o consulta (tesauros, sistemas de indexación), siempre que tengan un grado de originalidad suficiente.

La protección otorgada a las bases de datos por la LPI coincide con la establecida para los programas de ordenador (y con las restantes creaciones

intelectuales, artísticas, etc.), por lo que todas las cuestiones analizadas anteriormente en relación con la protección del *software* (sujetos, derechos morales, derechos de explotación y mecanismos de protección) son aplicables también en este caso.

Con todo, hay que destacar algunas disposiciones específicas que hacen referencia a la *comunicación pública de las bases de datos* (art. 20. j, k) y al contenido del *derecho de transformación* regulado en el art.21, puesto que según lo dispuesto en esta norma se considera que la reordenación de una base de datos supone un acto de transformación.

B. La bases de datos y el derecho «*sui generis*»

Este derecho constituye una novedad en el ordenamiento jurídico español, que se incorporó por la obligada transposición de la Directiva 96/9/CE, lo que ha dado lugar a la creación –dentro de la Ley de Propiedad Intelectual– de un nuevo Título dedicado a esta materia (concretamente el Título VIII del Libro II), integrado por los artículos 133 al 137 y dedicados a regular los distintos aspectos de la protección de este derecho.

El establecimiento de este nuevo *derecho «sui generis»* se fundamenta en los problemas surgidos en el ámbito de la industria de las bases de datos como consecuencia de la casuística existente. Existían bases de datos que no podían ser objeto de protección por la LPI, al no cumplir con los requisitos exigibles; bases de datos susceptibles de protección cuyos derechos de explotación corresponden a un titular distinto al creador de las mismas; bases de datos no protegidas (p.ej las bases de datos exhaustivas), lo que unido a los elevados costes de producción y la creciente competencia existente en el mercado internacional, situaba a sus fabricantes en una difícil situación.

Este nuevo derecho actúa de forma autónoma e independiente del resto de los derechos de propiedad intelectual o cualesquiera otros (derecho de propiedad industrial, derecho de la competencia, derecho contractual o protección de los datos de carácter personal) que pudieran existir para la protección de las bases de datos.

a) Objeto de Protección

El *derecho «sui generis»*, previsto en el artículo 133.1 de la LPI, protege aquellas bases de datos en las que haya sido necesario realizar una sustancial inversión en medios financieros, tiempo, esfuerzo, para su creación, producción, verificación o presentación de su contenido. De esta forma se pretende

estimular la creación, la distribución de las bases de datos y su comercialización. La consideración de la inversión como sustancial deberá realizarse en base a valoraciones o criterios objetivos

b) *Sujetos*

La existencia de una base de datos supone la existencia de al menos tres sujetos distintos (creador, distribuidor y usuario), que al relacionarse entre sí dan lugar a la aparición de una serie de obligaciones específicas para cada uno de ellos, y sus correlativos derechos.

Se considera *creador* al autor de la base de datos. Esta autoría puede ser contemplada respecto a su contenido o en relación a su estructura, e incluso sobre ambos aspectos.

Las obligaciones de los creadores de las bases de datos se centran principalmente, en la fijación de los correspondientes contenidos, estableciendo la estructura de los datos, los métodos de recuperación de la información, las previsiones de desarrollo y todas aquellas características que puedan incidir en el contenido y consulta de los datos y documentos que integran la base. Además, el creador se compromete a realizar las tareas de mantenimiento y las actualizaciones necesarias para garantizar su correcto funcionamiento. Junto a ello, el creador asume también las obligaciones dimanantes del contrato celebrado con el distribuidor (o de la relación laboral que les pudiera unir), y por tanto habrá de abstenerse de realizar conductas que supongan competencia desleal.

El *distribuidor* es aquella persona física o jurídica que disponiendo de la estructura informática y comercial adecuada ofrece la base de datos en el mercado con el fin de captar los correspondientes usuarios. Sus obligaciones han de ser analizadas desde una doble perspectiva: en relación con el creador de la base, su compromiso afecta a la distribución y comercialización del producto en las condiciones acordadas; y en relación con los usuarios, el distribuidor viene obligado a facilitar el acceso y consulta, o a proporcionar el servicio que corresponda, según el tipo de base de datos ofertada.

Por último, tiene la consideración de *usuario*, aquél que, teniendo interés en conocer y consultar la información obrante en la base de datos, establece una relación contractual con el distribuidor para poder acceder a los contenidos en las condiciones y con los medios previamente pactados entre ambos. Por tanto, y con carácter general, sus obligaciones se centran principalmente en pagar el precio estipulado y utilizar la información para

el fin que se hubiera solicitado (uso personal o profesional). Además, viene obligado a utilizar correctamente el código o contraseña personal de acceso, para impedir que la base de datos pueda ser utilizada por personas no autorizadas, es decir, todos aquellos que no tengan contratado el servicio.

Junto a lo anterior, la LPI dedica unas disposiciones concretas a la regulación de los *derechos y obligaciones de los usuarios legítimos* (art.134) y a las *excepciones al derecho «sui generis»* (art.135), entre las que cabe destacar:

- La prohibición de realizar actividades contrarias a la normal explotación de la base de datos, que lesionen los intereses del fabricante o aquellos actos que perjudiquen los *derechos de autor*.
- El derecho de los usuarios legítimos a extraer o utilizar partes del contenido de la base de datos, siempre que se trate de partes *no sustanciales del contenido*.
- El derecho a extraer o reutilizar una parte sustancial del contenido, cuando se trate de bases de datos no electrónicas, y siempre que se realice con fines privados; cuando se haga con fines docentes o de investigación científica (indicando la fuente); o cuando se lleve a cabo por motivos de seguridad pública o en el ámbito de un proceso administrativo o judicial (art.135).

c) *Contenido del derecho «sui generis»*

Según se deriva de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 133.1, este derecho otorga a sus titulares, es decir, a los fabricantes de las bases de datos protegidas, la potestad de autorizar o prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o una parte sustancial de su contenido. La consideración de «sustancial» debe realizarse teniendo en cuenta tanto el volumen como la importancia de la parte extraída o reutilizada. Asimismo, se permite la transmisión de este derecho a favor de terceros, mediante cesión o licencia.

d) *Plazos de protección del derecho «sui generis»*

Frente al plazo de protección de setenta años que la LPI otorga a las restantes creaciones artísticas –incluidos los programas de ordenador–, la duración de la protección se reduce a quince años cuando se trata de bases de datos. La reducción se justifica si se tiene en cuenta que el objetivo que se persigue con el reconocimiento de ese *derecho «sui generis»* es proteger y garantizar las inversiones realizadas para la gestación de las bases de datos.

Dada la dinamicidad que presentan estas creaciones y la permanente necesidad de actualización, puede ser necesario llevar a cabo nuevas inversiones materiales, económicas y personales, que habrán de ser nuevamente protegidas. Por tanto, la regulación existente en la materia prevé renovaciones periódicas del plazo de protección, cuando se trate de bases de datos en las que se produzcan modificaciones sustanciales de su contenido, o adiciones, supresiones o modificaciones que impliquen nuevos y elevados gastos.

Para concluir con el análisis de la protección jurídica de las bases de datos, y concretamente con la tutela otorgada a través del *derecho «sui generis»*, conviene destacar que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva 96/9/CE de 11 de marzo de 1996, «sobre la protección jurídica de las bases de datos», y en consonancia con algunos de los principios fundacionales de la Unión Europea (entre otros la creación de un mercado interior y la libre circulación de servicios), el artículo 167 de la LPI extiende este específico sistema de protección a los fabricantes de bases de datos que sean nacionales o tengan su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión.

La criminalidad informática y los delitos informáticos

Debemos comenzar realizando una aclaración terminológica: aunque en muchas ocasiones se utiliza la expresión *delitos informáticos* para hacer referencia a aquellas conductas que a través de medios tecnológicos o informáticos conculcan lo establecido en el ordenamiento jurídico (tanto las que responden a los tipos delictivos legalmente establecidos como las que pertenecen a la esfera de las faltas, las meras infracciones administrativas, los ilícitos civiles, etc.), conviene precisar que, en sentido estricto, únicamente son *delitos informáticos* aquellas conductas ilícitas tipificadas como tales en las correspondientes leyes penales.

Por ello, algunos autores abogan por utilizar la denominación *Delincuencia o Criminalidad informática*, que al ser más genérica permite englobar las diferentes modalidades delictivas vinculadas con las nuevas tecnologías. Asimismo, hay que tener en cuenta que este tipo de delitos se caracterizan por la dificultad que entraña su descubrimiento, persecución y prueba, debido a la propia vulnerabilidad de los sistemas y al elevado nivel de especialización que tienen los sujetos que los perpetran (se ha llegado a catalogar estas conductas como «*delitos de cuello blanco*»).

Pues bien, como se ha expuesto en los capítulos anteriores, a pesar de que a lo largo de los años noventa del pasado siglo surgieron diferentes normativas sobre protección del derecho a la intimidad y protección de datos que intentaban establecer una regulación específica para estas cuestiones la regulación en materia de infracciones y sanciones se limitó al establecimiento de las correspondientes responsabilidades civiles y administrativas – mediante la imposición de sanciones pecuniarias y responsabilidades disciplinarias según que la actuación irregular fuera cometida por particulares o funcionarios –, sin incluir referencia alguna a posibles sanciones penales.

En el caso español esta situación provocó la existencia de un vacío normativo que dejaba en suspenso el sistema de garantías penales de los

derechos frente a la utilización de las nuevas tecnologías en general, y de la informática en particular. Y es que el ordenamiento jurídico penal español vigente en aquellos momentos (el Código penal de 1973) no tomaba en consideración la comisión de delitos a través de medios informatizados, ni tampoco tipificaba la utilización ilegítima de la informática como medio de lesión de otros bienes jurídicos protegidos por el propio Código.

Sin embargo, era evidente que el imparable desarrollo de las tecnologías informáticas abría las puertas a nuevas posibilidades de delincuencia hasta entonces inimaginables, al ser la informática un instrumento idóneo (por su capacidad para el almacenamiento de datos, accesibilidad a los mismos y posible manipulación) para la comisión de diversas modalidades delictivas.

Acciones como la destrucción de programas o datos, el acceso y la utilización indebida de información privada, la manipulación de equipos con ánimo de lucro, etc., pueden llegar a reportar grandes beneficios económicos y/o causar importantes daños materiales o morales. Y como, lo que se pretende en la mayoría de las ocasiones es la obtención de réditos económicos, estas actividades delictivas suelen afectar fundamentalmente a aquellos sistemas y empresas en los que resulta más o menos sencillo convertir transacciones fraudulentas en dinero, como es el caso de los Bancos o de las compañías de seguros, cuyos sistemas automatizados presentan unas características que les hacen más vulnerables: tratan grandes volúmenes de datos e interviene poco personal lo que impide verificar todas las partidas; existe una sobrecarga de los registros magnéticos, resulta difícil distinguir entre el mero error y el fraude, etc.

En el caso de España, con la aprobación en 1995 de un nuevo Código Penal¹ quedaron resueltas algunas de las lagunas jurídicas existentes en esta materia por lo que se comenzó a hacer frente con mayor eficacia a estas nuevas amenazas, aunque, como rápidamente quedó en evidencia, resultaba imposible abarcarlas todas, debido a los incesantes cambios en el ámbito tecnológico que permiten sustituir y transformar las acciones ilícitas en otras que no puedan ser subsumidas en lo contemplado por la normas.

En este sentido conviene tener presente que en el ámbito del Derecho Penal rige el principio «Nullum crimen sine lege previa» que impide sancionar aquellos

1 Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995, que en las cuestiones que se van a analizar en estas páginas ha sido modificada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio y más recientemente por algunas de las disposiciones contenidas en la L.O. 3/2011 de 28 de enero.

actos que, en el momento de su comisión, no están expresamente contemplados en las normas jurídicas. Y además, el ordenamiento jurídico español prohíbe el uso de la analogía (que supone aplicar las consecuencias jurídicas previstas para un determinado supuesto a otro supuesto distinto que carece de regulación) para colmar las posibles lagunas o vacíos en el ámbito penal.

Otro de los problemas que se plantea en relación con los delitos informáticos o telemáticos es que en muchas ocasiones el ilícito penal se inicia en un país pero el resultado se produce en otro diferente –los llamados *ciberdelitos*–, lo que provoca numerosos problemas, hasta el punto de hacer imposible su represión por la falta de uniformidad de las legislaciones de los países implicados o, incluso, por la ausencia de regulación.

Una persecución y castigo eficaz de estos delitos requiere lograr una armonización internacional de los tipos penales, la construcción de espacios judiciales únicos, una adecuada cooperación policial, un correcto auxilio judicial y el establecimiento de convenios de extradición. Por ello, en 2001 el Consejo de Europa aprobó el texto del Convenio sobre Ciberdelincuencia, el primer instrumento internacional que pretende armonizar en el ámbito penal las diferentes legislaciones en materia de delitos informáticos, algo que, por ahora, está muy lejos de ser alcanzado. Con posterioridad, y en el ámbito del Derecho comunitario, se aprobó la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, sustituida recientemente por la Directiva 2013/40/UE que tiene por objeto luchar contra la delincuencia informática y promover la seguridad de la información.

Asimismo, conviene señalar que en la vigente normativa penal española no existe una figura típica a la que se pueda denominar *delito informático*, y por tanto el Código penal no dedica un Título específico para regular todas las acciones típicas y antijurídicas realizadas a través de medios informáticos, sino que, a lo largo de las diferentes disposiciones, y según cuál sea el bien jurídico protegido, se reseña la utilización de las tecnologías de la información para la comisión de las conductas ilícitas. Por tanto, como analizaremos a lo largo de este capítulo, se tipifican por separado los ataques contra el Derecho a la intimidad, las falsedades documentales, el sabotaje informático, el fraude informático, las infracciones a la propiedad intelectual, etc.

Por último, hay que destacar que la actual legislación penal incorpora el concepto de *documento electrónico*, cuestión ésta de gran trascendencia, pues no existía acuerdo doctrinal ni jurisprudencial sobre si los documentos contenidos en soporte informático tenían o no valor probatorio. Así, lo dispuesto en el artículo 26, que establece que « a los efectos de este Código se

considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica «, debe ser tenido en cuenta para analizar e interpretar adecuadamente lo establecido en las restantes disposiciones penales en materia de Derecho informático.

II. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO

El Título X del Libro II del Código contiene la regulación en materia de los denominados *DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO*.

Concretamente, en los artículos 197 y siguientes se tipifican las intromisiones en el ámbito de la intimidad cometidas, entre otros medios, a través de la utilización de la informática. La doctrina entiende que el bien jurídico protegido no es la intimidad en el sentido lato del término, sino más concretamente lo que podríamos denominar *esfera íntima o privacidad*, es decir aquellas informaciones o datos que el sujeto quiere y puede mantener fuera del alcance general.

Pueden ser sujetos activos de estos delitos cualquier persona física o jurídica,—aunque existe un principio de especialidad en el artículo 198 y siguientes—, cuando las conductas son realizadas por autoridad, funcionario o agente de éstos (que actúen prevaliéndose de su cargo y sin que medie una causa o investigación judicial) o por profesionales sometidos al secreto profesional.

El apartado primero del art.197² contiene el tipo básico en materia de *descubrimiento de secretos y vulneración de la intimidad*, exigiéndose la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. el apoderamiento del documento (papeles, cartas o mensajes de correo electrónico) o la interceptación de las telecomunicaciones —incluyendo las inalámbricas— o las imágenes, directamente o por mecanismos técnicos de escucha y/o grabación.

2 Artículo 197.1: «El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus comunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

2. la falta de consentimiento del afectado, ya que el carácter de *intimo* o *secreto* es determinado por la propia voluntad del interesado o particular, es decir, cada sujeto es libre de decidir qué aspectos de su vida quiere que queden al margen del conocimiento de los demás. Por ello, tratándose de conversaciones telefónicas grabadas incluso con el conocimiento del sujeto, su posterior divulgación requiere autorización expresa.
3. que la conducta se realice con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro.

En el *apartado segundo* del mismo artículo 197, y tomando en consideración las prescripciones de la legislación nacional e internacional en materia de protección de datos, se tipifica con igual pena el *apoderamiento, utilización y modificación de datos reservados de carácter personal y familiar*³. Según este precepto, concurriendo la falta de consentimiento, son conductas punibles tanto las mencionadas anteriormente (apropiación e interceptación) como el mero acceso a los datos, con lo que se está ampliando el ámbito de seguridad jurídica de los ciudadanos al tipificar como delitos conductas que implican abusos informáticos contra la *libertad informática* (a la que se hizo referencia en el capítulo séptimo) y cuya realización, hasta la aparición del CP de 1995, únicamente era castigada con una sanción administrativa en aplicación de la normativa sobre protección de datos.

Lo establecido en este artículo debe ponerse en relación con las disposiciones contenidas en la LOPD de 1999, pues es en ella donde se establece qué son datos de carácter personal así como las directrices sobre el consentimiento en la cesión de los datos, etc.

La regulación contenida en el *apartado 3* del artículo 197 se ha incorporado recientemente⁴ para dar cumplimiento a un acuerdo legislativo europeo, la Decisión Marco 2005/222 JAI⁵. En ella, tras destacar la creciente ame-

3 Artículo 197, 2: *Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.*

4 Introducido por la L.O. 5/2010 de 22 de junio.

5 Esta Decisión Marco de 24 de febrero de 2005 recoge el contenido de varios artículos del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia de 2001.

naza que la delincuencia organizada supone para los sistemas de información y el riesgo de ataques terroristas contra la seguridad informática, la UE insta a que los Estados miembros sancionen aquellas conductas que atenten contra la seguridad de los sistemas y las redes, incluyendo en esa exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas (sociedades, empresas y asociaciones) por la posibles conductas realizadas por sus empleados.

Aunque la Unión Europea no exigía que esas responsabilidades tuvieran que ser necesariamente de carácter penal, al optar por ellas el legislador español se ha unido a la tendencia mayoritaria en Europa y EEUU.

De manera que, en el art. 197,3 se está tipificando la *intrusión informática*, entendiendo que dicha conducta puede revestir dos modalidades:

- el mero acceso no consentido, que se realiza vulnerando las medidas de seguridad establecidas, y
- el hecho de permanecer dentro del sistema en contra de la voluntad de quien tiene el derecho a poder excluir al intruso.

Tratándose de la primera modalidad (mero acceso) para que se deriven consecuencias penales se exige la concurrencia de dos requisitos:

1. el *simple acceso* no autorizado o ilícito a sistemas informáticos ajenos, puesto que la sanción se impone por el hecho de acceder, de forma directa o remota, obteniendo algún tipo de control sobre los procesos del sistema (que permita conocer los datos o utilizar los programas), y ello con independencia de si se producen o no daños.
2. la vulneración de los sistemas y medidas de seguridad existentes y, concretamente, las medidas internas del sistema, tanto de software como de hardware (contraseñas de acceso, firewall, medidas de bloqueo del sistema, uso de sistemas de Spyware, etc.)

La redacción de este artículo suscita dudas y puede plantear algunos problemas, como es el caso de una petición de «ftp» para ver el contenido de una carpeta en un servidor. ¿Supondría la realización del tipo penal descrito, aunque los datos no sean leídos o descargados? Incluso se ha llegado a defender que no todas las intrusiones son destructivas o provocan daños, puesto que hay quienes entran en sistemas o programas por curiosidad, y si descubren agujeros, fallos o debilidades, lo comunican o lo arreglan ellos mismos. Por todo ello habrá que tener en cuenta la interpretación que realicen los jueces y Tribunales cuando tengan que enfrentarse a la tarea de aplicación de estas normas.

En la segunda modalidad contenida en este precepto se trataría de realizar inicialmente un acceso lícito y consentido, pero con posterioridad cuando el titular revoca el consentimiento otorgado, aquel que accedió lícitamente permanece en el sistema en contra de la voluntad del titular, a pesar de haber sido requerido para que lo abandone.

El apartado 4 del artículo 197 contiene un tipo penal cualificado o agravado, al considerar que se produce un mayor menoscabo de la intimidad cuando, además de los comportamientos mencionados en los apartados anteriores (apoderamiento, utilización, manipulación y acceso), se produce la divulgación o revelación de lo descubierto. Por tanto la norma engloba dos supuestos distintos:

1. que el sujeto de forma ilícita acceda, se apodere, utilice o manipule los documentos, datos, imágenes o programas (no es necesario la realización de todas las conductas siendo suficiente con que se realice sólo alguno de los comportamientos señalados) y los difunda, revele o ceda a terceros no autorizados.
2. que el sujeto realice un acto de difusión, revelación o cesión de datos, hechos o imágenes concernientes a la intimidad de otro, sin haber participado en el apoderamiento o manipulación, pero conociendo que tienen un origen ilícito.

También se contiene una figura agravada o cualificada en el apartado 5 del artículo 197 cuando el apoderamiento, utilización, difusión o cesión sea realizado por « las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros ». Este precepto ha dado virtualidad práctica a lo establecido en el art. 10 de la LOPD que contempla el *deber de secreto* que obliga tanto al responsable del fichero como a los demás sujetos intervinientes en el tratamiento de datos⁶, al imponer responsabilidades penales a todos aquellos que lo violen o conculquen.

Además, la normativa penal contempla en el artículo 197.6 dos situaciones que se consideran como agravantes del tipo básico (considerando como tal el descrito al analizar lo dispuesto en el art. 197. 1 y 2) que son:

6 Art.10 LOPD (LO 15/1999 de 13 de diciembre): «El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo».

1. que el afectado por la vulneración sea un menor de edad o un incapaz (según el concepto establecido en art. 25 del propio código)⁷
2. que cualquiera de las conductas ilícitas afecten a los considerados por el art. 7 LOPD como *datos sensibles* o *especialmente protegidos* (ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual), reforzando así las garantías establecidas por la Ley Orgánica 15/1999 que considera como *infracción muy grave* las conductas que atentan contra los datos sensibles, sancionándolas únicamente con multas.

También se incluye como figura cualificada la realización con fines lucrativos de las conductas ilícitas que atenten contra la intimidad (art.197. 7) sin que sea necesario que se haya conseguido realmente ningún beneficio económico, ya que es suficiente con la acreditación de dicha finalidad.

Finalmente, el artículo 200 dispone que son de aplicación los preceptos anteriormente analizados (arts.197 a 199) cuando resultan afectados los datos reservados de las «*personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes*», lo que supone atribuir relevancia jurídico-penal a la vulneración de la intimidad de las sociedades, asociaciones, etc., al menos en lo que se refiere al descubrimiento, revelación y cesión de sus datos. Esta regulación plantea una paradójica situación, ya que el artículo 1 de la LOPD no incluye en su ámbito de protección a la personas jurídicas (que quedan, por tanto, excluidas de las garantías previstas en dicha normativa) pero, en cambio, si quedan protegidas por la vía penal, a través de lo establecido en los artículos anteriormente analizados. Y también mediante lo contemplado en los artículos 278 a 280, que dentro de los *DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES* castigan el descubrimiento, la difusión, revelación o cesión de los secretos de empresa realizado a través del apoderamiento de datos, documentos electrónicos, soportes informáticos o empleando los artificios señalados en el artículo 197. Debido a esta doble regulación, algunos autores han señalado que el artículo 200 CP. debe interpretarse en sentido restrictivo, de forma que la mención a los datos reservados de las personas jurídicas se entienda hecha sobre aquellos datos con trascendencia en la intimidad de las personas físicas que las integran, por ejemplo de los datos de los socios, directivos o empleados de la empresa.

7 Art.25 C.P: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma».

II. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN ECONOMICO: ESTAFAS, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS

La informatización de las transacciones financieras, comerciales y bancarias y la generalización de los pagos a través de procedimientos electrónicos han dado lugar a la aparición de nuevas modalidades delictivas dentro del ámbito de los delitos económicos. Además, el gran desarrollo alcanzado en las redes de comunicación, que permiten una rápida transmisión de datos, facilita la comisión o realización de estos delitos

Hoy en día, un sujeto con los conocimientos adecuados puede, desde su propio domicilio o lugar de trabajo, efectuar modificaciones que le reporten beneficios económicos o patrimoniales en perjuicio de terceros, disponiendo únicamente de un terminal y un instrumento de transferencia de datos adecuado.

De ahí que la actual normativa penal incluya lo que podríamos llamar *fraudes o estafas informáticas*, al penalizar tanto las estafas realizadas a través de manipulaciones informáticas como la fabricación de programas o aplicaciones informáticas con esos fines.

La estafa mediante manipulación informática (*Phishing*) se regula en el apartado a) del art. 248. 2 que señala como reos de estafa a quienes «*con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero*». Se trata de un supuesto peculiar de estafa que se configura por la existencia de una *manipulación informática*, entendiendo por tal tanto la introducción, alteración, borrado o supresión indebida de datos informáticos (especialmente los datos de identidad) como la *interferencia ilícita en el funcionamiento* de un programa o sistema informático, y que produce como resultado que el infractor trasfiere de forma real y en perjuicio de terceros, un elemento patrimonial evaluable económicamente, es decir, un activo patrimonial.

Las manipulaciones más usuales se producen normalmente mediante la introducción de datos falsos, alteración de los programas o utilización de bombas lógicas, caballos de Troya u otras técnicas que provocan la realización automática de transferencias bancarias, ingresos o reconocimiento de créditos en favor de quien realiza la alteración o modificación.

Por otra parte, el apartado b) del artículo 248.2 castiga la elaboración, difusión e incluso la mera tenencia de programas o aplicaciones que permitan la comisión de las estafas, aun cuando no se hayan utilizado, siendo suficiente con que estén específicamente destinados a tal fin. Aunque estos comportamientos en sí mismos no pueden ser considerados como *estafas*, el

legislador ha querido sancionarlos al considerarlos como *actos preparatorios*, en la medida en que sirven para la realización de un fin ilícito.

Dentro del apartado de los fraudes, y concretamente dentro del ámbito de *las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas*, nos encontramos con el artículo 255 que sanciona la realización de aquellas conexiones ilícitas que permitan realizar un aprovechamiento ilegítimo de las telecomunicaciones. A su vez, el artículo 256 castiga al «*que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio...*», es decir, se castiga el uso no autorizado de un terminal de telecomunicación (teléfono, fax, télex, correo electrónico) que pertenece a otro sujeto causándole, por tanto, un perjuicio económico. Si bien estos artículos están pensados para los fraudes telefónicos, realizando una interpretación extensiva se podrían considerar incluidos los supuestos de conexiones con proveedores de servicios o acceso a redes realizados mediante equipos informáticos conectados a través de redes de comunicaciones.

Por lo que se refiere a la regulación del *Delito de Daños*, el Código Penal vigente ha dado carta de naturaleza a los *daños informáticos* y al *sabotaje informático*, puesto que el artículo 264 contempla expresamente tanto «*los daños sobre los datos o programas*» como «*los ataques que impidan que un sistema pueda funcionar correctamente*».

Por tanto, se recogen dos modalidades delictivas diferentes:

1. causar daños a los programas informáticos o documentos electrónicos mediante la destrucción o inutilización del soporte físico o lógico (hardware y/o software), a fin de impedir que pueda accederse a la información procesada o almacenada. (art. 264.1). Dado que pueden darse diferentes formas de comisión del delito, conviene diferenciar cuando se trata de dañar el equipo informático con el fin de producir daños en los datos o informaciones que en él se contienen –conducta que encajaría con lo establecido en el art.264– y los meros daños producidos en el hardware –por ejemplo, causar destrozos en un ordenador ajeno– que se castigarían como un simple delito de daños del art. 263 («*causar daños en propiedad ajena*»).
2. obstaculizar o interrumpir, a través de diferentes medios, el funcionamiento de sistemas informáticos ajenos: el *sabotaje informático* contemplado en el art. 264.2.

De lo establecido en este precepto cabe deducir que están incluidas en el tipo penal, entre otras, las siguientes conductas:

- a) la destrucción de la información, contenida en un determinado soporte lógico, realizada desde el propio ordenador o desde otro distinto a través de una red;
- b) la destrucción del soporte físico en el que se contiene la información;
- c) la utilización de programas que, resultando desconocidos para el usuario-propietario, inutilicen, deterioren o destruyan la información o inutilicen e impidan el funcionamiento del sistema. En definitiva, se está penalizando la utilización de *bombas lógicas*, *virus informáticos* u otros procedimientos que tengan como finalidad la producción de los resultados mencionados.

Existen algunas formas de destrucción de ficheros (utilizando comandos como delete, erase o borrar archivo) que no implican su desaparición física sino que únicamente provocan su «aparente desaparición». Así, aunque el fichero no figure en los listados de archivos existentes sigue existiendo, y prueba de ello es que puede ser recuperado utilizando los adecuados procedimientos. Por ello, el *borrado*, *daño*, *deterioro* o *supresión* al que se refiere el art. 264, debe entenderse como una desaparición completa y definitiva de los datos, programas o documentos que impida la recuperación íntegra de los mismos. Y la *alteración* ha de entenderse en el sentido de que los datos afectados acaben teniendo un contenido distinto al original, que modifique su funcionalidad. En definitiva, las diferentes acciones que pueden realizarse (borrado, deterioro o inutilización) deben suponer una alteración definitiva de la integridad de los datos, haciendo imposible su utilización o su restauración al estado en el que inicialmente se encontraban.

Para concluir este apartado hay que señalar que, el ordenamiento penal establece un tipo agravado cuando los daños informáticos indicados en el art. 264 se produzcan mediante «*incendios, explosiones o utilizando otro medio de potencia destructiva o poniendo en peligro la vida o integridad de las personas*» (art.266, 2).

III. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Con carácter general, el Derecho penal español protege el derecho a la propiedad intelectual (los derechos de autor) al sancionar a «*quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique en*

todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de la propiedad intelectual o de sus cesionarios»(art. 270.1 CP).

Como se indicó en el capítulo anterior, al hablar de propiedad intelectual se está haciendo referencia al derecho que asiste a los creadores de obras literarias, artísticas o científicas –siempre que sean originales y con independencia del medio o soporte a través del que se expresen– a disponer de ellas a su voluntad, autorizando o no su reproducción, explotación, difusión, etc. Este derecho a la propiedad intelectual se conoce como «*derechos de autor*».

La regulación penal en esta materia tiene por objeto tutelar los derechos de carácter patrimonial que corresponden al autor y, por tanto, la normativa jurídico-penal se limita a sancionar las violaciones de los *derechos de explotación* (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra), sin tomar en consideración los *derechos morales*, salvo que su vulneración tenga trascendencia económica (conviene recordar lo indicado en el capítulo noveno respecto al contenido de los derechos de autor).

Es decir, la protección penal sólo se otorga si el sujeto pasivo (el titular de los derechos vulnerados) ha sufrido o pudiera sufrir pérdidas económicas –de ahí la expresión utilizada en el precepto «*en perjuicio de terceros*»– y siempre que el sujeto activo (el que comete el delito) actúe «*con ánimo de lucro*», es decir, con el propósito de obtener un beneficio, ventaja o utilidad patrimonial.

Para salvaguardar esos derechos, el legislador ha tipificado como conductas ilícitas la reproducción, el plagio, la distribución y comunicación pública, la importación y exportación fraudulenta y el almacenamiento de las obras o creaciones protegidas (art. 270 en sus apartados 1 y 2 C.P.)

Hay que recordar que, como se ha señalado en el capítulo anterior, el Derecho español considera a los programas de ordenador como creaciones susceptibles de ser protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, y por tanto para su protección desde el punto de vista penal resultan de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 270 y siguientes del Código Penal, que deberán interpretarse en relación con lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual.

Son objeto de protección penal tanto el «*programa fuente*» como el «*programa-objeto*», la documentación preparatoria, la documentación téc-

nica y los manuales de uso, así como las versiones sucesivas del programa y los programas derivados. Quedan excluidas las ideas y los principios básicos del programa, incluso los que sirven de fundamento a sus interfaces, y obviamente, aquellos programas creados con el fin de ocasionar efectos nocivos a un sistema informático.

Resulta conveniente aclarar en qué casos incurre en responsabilidad criminal el sujeto que reproduce y/o distribuye copias fraudulentas de un programa.

En principio hay que entender que, al margen de lo expresamente previsto en la Ley de Propiedad Intelectual, la copia, instalación o utilización de cualquier programa de ordenador sin consentimiento del titular del derecho supone una reproducción ilegal que debe ser castigada según lo establecido en la normativa sobre propiedad intelectual. Por tanto, la copia no autorizada, la cesión onerosa o gratuita a tercero o la instalación más allá de las posibilidades cubiertas por la licencia de uso, son conductas sancionables que darán lugar a las correspondientes responsabilidades civiles.

Sin embargo, si esas mismas conductas (copia, instalación o utilización) se realizan «con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero», supondrán un acto ilícito desde el punto de vista penal que, por tanto, habrá de ser castigado según las disposiciones previstas en el Código Penal.

En los últimos años la protección penal de los programas de ordenador se ha visto ampliada con la regulación contenida en el art. 270.3 CP, que castiga la fabricación, importación, puesta en circulación o posesión de «cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador». Se trata de impedir la creación y uso de dispositivos físicos o lógicos específicamente dirigidos a desproteger los mecanismos anti-copia incorporados en los programas de ordenador, con el fin de efectuar reproducciones, instalaciones o copias no autorizadas de los mismos.

Sin embargo, para que dichas conductas sean penalmente exigibles, el medio o dispositivo debe servir «específicamente» para ese fin de vulnerar la protección anti-copia y, por tanto, no podrán aplicarse las sanciones previstas cuando se trate de medios que, además de suponer la posibilidad de desproteger programas, incluyan otras utilidades distintas, como, por ejemplo, la compresión/descompresión de ficheros, la encriptación/desencriptación, los formateos especiales, etc.

Por último, conviene indicar que en los supuestos en que exista condena por delito contra la Propiedad Intelectual, se podrá decretar la publicación de la sentencia, a costa del infractor, en un periódico oficial (BOE, BOCAM, u otros).

V. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIOS DE REALIZACIÓN DE OTROS TIPOS DELICTIVOS

En los apartados anteriores se han analizado aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido (el objeto de la protección penal) son los elementos informáticos o telemáticos (datos, documentos electrónicos, programas de ordenador, sistemas informáticos), y, en consecuencia, lo que se castiga es su vulneración o lesión.

Pero hay que tener en cuenta que las normas penales también contemplan el uso de las TICs como simples medios o instrumentos que sirven y se utilizan para la comisión de conductas delictivas, y, en este sentido, lo que se castiga es el hecho realizado (amenazar, falsificar, calumniar, etc.) con independencia del mecanismo que se haya utilizado para llevarlo a cabo.

Aunque hoy en día la mayoría de los delitos pueden ser cometidos mediante la utilización de las modernas tecnologías de la información y comunicación, vamos a destacar únicamente aquellos en los que la participación de instrumentos informáticos o telemáticos resulta más evidente.

A. Las falsedades

Para proteger la seguridad del tráfico jurídico, el Código penal español regula en los artículos 386 y siguientes la falsificación de moneda y efectos timbrados, de documentos públicos, oficiales y mercantiles, certificados, documentos privados, tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje.

Es evidente que la utilización de instrumentos electrónicos o sistemas informáticos, y, concretamente, el uso de sofisticados programas de ordenador facilitan la realización de estos delitos y mejoran los resultados que se obtendrían con la utilización de otros medios.

Por ello, el Código contiene una disposición general, aplicable a todos los tipos de falsedades, que sanciona –con la misma pena establecida para los autores de falsedad–, « *la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores* ».

Es decir, se castiga por igual la realización de la conducta delictiva y la mera creación o posesión de aparatos electrónicos o informáticos, siempre que se utilicen específicamente con fines ilícitos.

B. Delitos contra el Honor

La protección penal del derecho al honor se articula mediante la regulación de los delitos de *Calumnias e Injurias*. Se considera *Calumnia* la imputación o atribución a una persona de un hecho delictivo a sabiendas de que es falso; las *Injurias* consisten en la imputación de hechos o la formulación de juicios de valor despectivos respecto a un sujeto, que lesionan su dignidad y perjudican su fama.

Las sanciones son diferentes según que las calumnias e injurias se hagan con o sin publicidad. El artículo 211 define en qué casos se entiende que existe publicidad en la comisión de estos delitos, ya que la concurrencia de este hecho implica una agravante en la tipificación de la conducta. Concretamente, se establece que «*la calumnia e injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante*».

Cabe entender que los medios informáticos y telemáticos pueden considerarse «*medios de eficacia semejante*», pues es indudable que hoy en día la difusión de un mensaje calumnioso o injurioso a través de una red informática —pública o privada—, del correo electrónico, de aplicaciones o programas que permiten el intercambio de mensajes entre usuarios o de las redes sociales, puede dañar gravemente el honor de las personas

C. Pornografía infantil

Bajo esta denominación se incluyen diferentes conductas, tradicionalmente contempladas en las normas penales, que en los últimos años han ido aumentando como consecuencia del desarrollo y uso generalizado de las TICs.

El artículo 186 castiga la venta, difusión y exhibición de material pornográfico a menores o incapaces «*a través de cualquier medio directo*». Es indudable que el correo electrónico, los sistemas de mensajería instantánea o las redes sociales son medios eficaces para la realización de estas prácticas, que suelen realizarse bajo la cobertura de «falsas identidades».

Por su parte el artículo 189.1 sanciona:

- a) la utilización de menores e incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y en la elaboración en cualquier soporte de material pornográfico.

- b) la producción, venta, distribución o exhibición «*por cualquier medio*» de material pornográfico en el que se hayan utilizado menores.

En ambos casos, la utilización de las Redes sociales, para la obtención del material, el uso de programas informáticos para su manipulación así como de Internet para lograr su difusión, exhibición y venta, son instrumentos que indudablemente favorecen y facilitan la realización de esas conductas.

Como conclusión, cabe señalar que las TICs son un potente motor para el progreso de las sociedades y, por tanto, su adecuada utilización reporta beneficios a nivel individual (mejorando la calidad de vida de los sujetos) y colectivo (contribuyendo al desarrollo científico, económico, social, etc.). Pero como los usos inadecuados no pueden ser totalmente eliminados, ni siquiera mediante el Derecho, resulta necesario concienciar a los sujetos a través de la educación y la cultura, para intentar erradicar las malas prácticas y las vulneraciones de los derechos.

Bibliografía

- AA.VV., dirigido por X. ABEL LLUCH – J. PICÓ I JUNOY – M. RICHARD GONZÁLEZ, *La Prueba Judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativa*, La Ley, Madrid, 2011.
- AA.VV., a cura di A. ANTONUCCI, *E-commerce. La direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Giuffrè, Milano, 2001.
- AA.VV., a cura di G. CASSANO, *Il commercio via Internet. Aspetti giuridici, fiscali, tributari, comunitari, sociali, filosofici, normativi*, La Tribuna, Piacenza, 2002.
- AA.VV., a cura di G. CASSANO, *Internet. Nuovi problemi e questioni controverse*, Giuffrè, Milano, 2001.
- AA.VV., a cura di M. A. GALEOTTI FLORI, *Commercio elettronico e fisco*, Giappichelli, Torino, 2002.
- AA.VV., a cura di V. RICCIUTO – N. ZORZI, *Il contratto telematico*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F. GALGANO, vol. 27, Cedam, Padova, 2002.
- AA.VV., a cura di G. SACERDOTI – G. MARINO, *Il commercio elettronico. Profili giuridici e fiscali internazionali*, E.G.E.A., Milano, 2001.
- AA.VV., a cura di E. TOSI, *I problemi giuridici di Internet. Dall'E-Commerce all'E-Business*, Giuffrè, Milano, 2001.
- AA.VV., dirigido por F. J. ORDUÑA MORENO, *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- AA.VV., *Contratación electrónica, privacidad e Internet*, UNED, Mérida, 1999.
- AA.VV., *Marco legal y deontológico de la informática*, UNED, Mérida, 1998.
- AA.VV., *Informática y Derecho* (Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho), UNED, Mérida, 1996.

- AA.VV., *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 19, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- AA.VV., *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 17, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- AA.VV., *Il Commercio elettronico. Il documento digitale, Internet, la pubblicità on line*, ISDACI, Egea, Milano, 1999.
- AA.VV., *Gateways to the global market. Consumers and electronic commerce*, OECD Proceedings, OECD, Paris, 1998.
- AA.VV., *Informática y Derecho* (Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho), UNED, Mérida, 1996.
- ADAM MUÑOZ, M.^a D., «Los contratos a distancia celebrados por consumidores en el Derecho internacional privado comunitario», *Estudios sobre consumo*, n.º 52, 2000, pp. 25 y ss.
- BARRIUS● RUIZ, C., *La contratación electrónica*, Dykinson, 1998.
- BENSOUSSAN, A., *Le commerce électronique. Aspects juridiques*, Hermès, Paris, 1998.
- *Internet, aspects juridiques*, 2^a ed., Hermès, Paris, 1998.
- *Informatique et Télécoms, Réglementations, contrats, fiscalité, réseaux*, Éditions Francis Lefebvre, Levallois, 1997.
- CARRASCOSA LÓPEZ, V. — POZO ARRANZ, M.^a A. — RODRÍGUEZ DE CASTRO●, E. P., *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Comares, Granada, 1997.
- CAVANILLAS MÚGICA, S., «Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat: le regard d'un juriste de droit civil», en AA.VV., *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, 17, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 99 y ss.
- CLEMENTE MEORO, M. E., «Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica», *Revista de Derecho patrimonial*, 2000-1, n.º 4, pp. 59 y ss.
- COMANDÉ, G. — SICA, S., *Il commercio elettronico. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino, 2001.
- CORRIPI● GIL-DELGADO●, M.^a R., *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*, Comillas, Madrid, 1999.
- DELFINI, F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2002.

- DRAEITA, U., *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Giuffrè, Milano, 2001.
- FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I., «La contratación electrónica y el Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica», *Actualidad Civil*, n.º 14, 3 al 9 de abril de 2000, crónica XXIII, pp. 527 y ss.
- FINOCCHIARO, G., *I contratti informatici*, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, diretto da F. GALGANO, vol. 22, Cedam, Padova, 1997.
- FROSINI, V., *Informatica, diritto e società*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1992.
- GAMBINO, A. M., *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano, 1997.
- GARCÍA MÁZ, F. J., «La firma electrónica: Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999 y Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 2000, n.º 659, pp. 1927 y ss.
- GÓMEZ PERAÍ S, M., *La cesión de uso de los programas de ordenador*, Colex, Madrid, 1999.
- LE TOURNEAU, P., *Théorie et pratique des contrats informatiques*, Dalloz, Paris, 2000.
- *Les contrats informatiques*, Dalloz, Paris, 1997.
- MARINI, L., «Profili giuridici del commercio elettronico nel Diritto internazionale e comunitario», *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, pp. 329 y ss.
- MENÉNDEZ MATO, J.C., *La oferta contractual*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- *El contrato vía Internet*, JMª Bosch, 2005.
- «La contratación a distancia e Internet en el Derecho europeo: los ejemplos de España e Italia», en AA.VV., *Derecho de Internet*, dirigido por CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., 2ª ed., Editorial Heliasa, Buenos Aires, 2012, pp. 313 a 359.
- MIRA ROS, C., *El expediente judicial electrónico*, Dykinson, Madrid, 2010.
- MORENO NAVARRETE, M. A., *Contratos electrónicos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- OLIVER LALANA, A. D., «La equiparación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos y escritos ante la futura regulación de la firma electrónica», *La Ley*, 1999, 3, D-144, pp. 1971 y ss.

- PARRAS ROSA, M. — BERNAL JURADO, E., «El sistema de tarjetas de pago bancario en España y su influencia en el desarrollo del comercio electrónico», *Estudios sobre consumo*, n.º 59, 2001, pp. 23 y ss.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Saggi di Informatica*, trad. BARRESI, R. G., Giuffrè, Milano, 1998.
- *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012.
- PLAZA PENADÉS, J., «El pago a través de redes de comunicación en el Derecho español y comunitario», *Revista Electrónica de Derecho Informático*, n.º 23, junio del 2000 (<http://publicaciones.derecho.org/redi>).
- RIBAS ALEJANDRO, J., *Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet*, Aranzadi, 1999.
- RODRÍGUEZ ADRADES, A., «La firma electrónica», *Revista de Derecho privado*, Diciembre 2000, pp. 913 y ss.
- SÁNCHEZ FELIPE, J. M., «La réglementation du commerce électronique dans l'Union européenne», *Uniform Law Review*, 2000-4, pp. 665 y ss.
- SANZ VIOLA, A. M^a, «Contratación electrónica», *Actualidad Civil*, 2001, pp. 645 y ss.
- SARZANA DI S. IPPOLITO, F., *I contratti di Internet e del commercio elettronico*, Giuffrè, Milano, 2001.
- «Approvata la direttiva sul commercio elettronico», *Il Corriere Giuridico*, 2000, pp. 1288 y ss.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., «El régimen jurídico de los nombres de dominio», en AA.VV., dirigido por F. J. ORDUÑA MORENO, *Contratación y comercio electrónico*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 713 y ss.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «El régimen legal de la firma electrónica», *Actualidad Civil*, n.º 11, 13 al 19 de marzo de 2000, crónica XVIII, pp. 411 y ss.
- VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., *Derecho de Tecnologías de la información y las comunicaciones (T.I.C.)*, Colex, Madrid, 2001.
- VIVANT, M., *Les contrats du commerce électronique*, Litec, Paris, 1999.
- ZICCARDI, G., *Il diritto in internet. Ciberspazio e risorse giuridiche per il professionista del diritto*, Mucchi, Modena, 1999.