



Universidad  
de Alcalá

**DERECHO-E: COMERCIO  
ELECTRÓNICO Y  
CONTRATACIÓN  
ELECTRÓNICA**

**RIGHT-E: ELECTRONIC  
COMMERCE AND  
ELECTRONIC CONTRACTING**

**Máster Universitario en  
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor/a: D. Mario Barquín Gómez

Tutor/a: Dr. D. José Manuel Otero Lastres

Alcalá de Henares, a 6 de febrero de 2017

## **RESUMEN**

El comercio electrónico es un «formato» novedoso a la hora de realizar actos jurídicos (en esto podremos estar de acuerdo); es una idea o medio novedoso que viene para quedarse, aunque este sea sólo el principio de lo que supone la globalización en nuestros días, y que irá *in crescendo* con el paso de los años a niveles sorprendentes por la frenética y constante evolución informática y tecnológica que vivimos. Por ello, hago un llamamiento al Derecho en este trabajo, a que intente estar lo más cerca de este hecho, para que, en el futuro, esos inevitables pasos agigantados no despisten la intervención del legislador. Nos encontramos ante evoluciones contractuales de este tipo, no tengamos miedo en atacarlas y abordarlas, porque tenemos los medios y conocimientos suficientes (doctrina, jurisprudencia, fuentes del derecho...) para situarnos a la altura.

Personalmente, vengo de una generación envuelta en las TICs, razón entre otras que me impulsó a elegir este tema para mi trabajo de máster, las cuales te cambian el estilo y forma de proceder. Debemos adaptar y actualizar el Derecho sin quedarnos atrás, para así poder mejorar a la par que éstas avanzan.

Por otra parte, la comunicación está siendo una parte esencial en la sociedad de la información, un motor constante de intercambio de información que aporta, a través de los medios electrónicos, unos derechos y obligaciones para los emitentes, los que reciben la información y aquellos que presten los servicios.

### **PALABRAS CLAVE o KEY WORDS:**

Ley de Servicios de la Sociedad y del Comercio Electrónico, Firma electrónica, Sociedad de la Información, Contrato, Eficacia y Seguridad Jurídica, Documento Electrónico.

# ÍNDICE

1.- EL COMERCIO ELECTRÓNICO (E-COMMERCE) .....	6
1.1.- INTRODUCCIÓN AL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	6
1.2.- PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO.....	7
1.2.1.- VALIDEZ Y EFICACIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO EN SÍ MISMO CONSIDERADO .....	7
1.2.2.- PRINCIPIO DE «UNIVERSALIDAD» DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO .....	8
1.2.3.- PRINCIPIO DE «EQUIVALENCIA FUNCIONAL».....	9
1.2.4.- NO NECESIDAD DE PACTO PREVISTO SOBRE LA FORMACIÓN ELECTRÓNICA DE CONTRATACIÓN .....	11
1.2.5.- NO NECESIDAD DE CONFIRMACIÓN POSTERIOR DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PARA LA PERFECCIÓN DEL MISMO ..	11
1.2.6.- EXTENSIÓN DE LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO A LOS ACTOS DE EJECUCIÓN POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.....	12
1.2.7.- PRINCIPIO DE «NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA».....	13
1.2.8.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.....	14
1.2.9.- PRINCIPIO DE PRIVACIDAD .....	15
1.2.10.- PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES .....	15
1.3.- SEGURIDAD JURÍDICA Y COMERCIO ELECTRÓNICO .....	16
2.- EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA .....	19
2.1.- INTRODUCCIÓN AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA.....	19

2.1.1.- DOCUMENTO ELECTRÓNICO: NATURALEZA DOCUMENTAL, MATERIA Y GRAFÍA .....	20
2.1.2.- FIRMA ELECTRÓNICA: CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES....	27
3.- LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	33
3.1.- CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE CONTRATO ELECTRÓNICO: EVOLUCIÓN NORMATIVA .....	33
3.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ON-LINE.....	36
3.2.1.- CONSENTIMIENTO ¿ELECTRÓNICO? .....	36
3.2.2.- LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR .....	37
3.2.3.- CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL.....	38
3.2.4.- OBJETO DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA .....	40
3.3.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO .....	43
3.3.1.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO.....	43
3.3.2.- LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.....	43
3.3.3.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO POR LA CONCURRENCIA DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN .....	44
3.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS .....	54
4.- INTRODUCCIÓN A LA LEY 34/2002, LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO .....	56
4.1.- INTRODUCIÉNDONOS EN LA LSSI-CE.....	56
4.2.- CONCEPTO BÁSICOS .....	57
4.3.- LA DOBLE FAZ DE LA LSSI-CE.....	59
4.4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN .....	61

4.4.1.- SERVICIOS INCLUIDOS, EXCLUIDOS Y DUDOSOS .....	61
4.4.2.- ÁMBITO TERRITORIAL.....	64
4.5.- OBLIGACIONES COMUNES A TODOS LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN .....	66
4.5.1.- CONSTANCIA REGISTRAL DEL NOMBRE DE DOMINIO .....	67
4.5.2.- LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN GENERAL .....	68
4.5.3.- ¿ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA CONVERTIRSE EN PSSI? .....	69
4.5.4.- ÁMBITO NORMATIVO COODINADO (ANC) .....	70
4.6.- LA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS: LA ACCIÓN DE CESACIÓN, EL ARBITRAJE Y LAS ADR (ALTERNATIVE DISPUTE SOLUTION) .	71
4.6.1.- LA ACCIÓN DE CESACIÓN.....	72
4.6.2.- EL ARBITRAJE Y LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR).....	75
4.7.- LA INFRACCIÓN Y SU SANCIÓN .....	76
4.7.1.- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.....	78
4.7.2.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES .....	79
4.7.3.- ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN .....	80
5.- CONCLUSIONES .....	82
6.- BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN .....	84

## 1.- EL COMERCIO ELECTRÓNICO (E-COMMERCE)

### 1.1.- INTRODUCCIÓN AL COMERCIO ELECTRÓNICO

Puede decirse que el comercio electrónico es una consecuencia más del denominado fenómeno de la globalización que se produce por la interacción entre el uso de las tecnologías de la información y la apertura de mercados como posibilidad real de las empresas.

La asociación entre el comercio y las tecnologías de la información no es pacífica; existen ciertos problemas. En efecto, la apertura de las empresas a cualquier mercado como posibilidad es contradictoria con el hermetismo propio de los Estados, sobre todo por lo que respecta a las fronteras físicas y, sobre todo, jurídicas<sup>1</sup>. Dicho de otro modo, la globalización de mercados como fenómeno de finales del siglo XX está limitada, en cuanto a su eficacia, por las diferentes regulaciones jurídicas de los Estados y las concepciones de los diferentes sistemas de Derecho, muy específicamente, el modelo latino en relación con el anglosajón. Por estos motivos, en cierta medida se ha intentado superar dicha problemática a través de:

- a) Las asociaciones supranacionales de Estados y las regulaciones unitarias, como es el caso de la Unión Europea.
- b) El esfuerzo desde organizaciones globales como Naciones Unidas.
- c) El propio interés de los Estados mediante la limitación de barreras legales en lo que respecta al fenómeno de la globalización.

La denominación de «Derecho-e» se justifica en que cada vez más los esfuerzos por una legislación uniforme se alejan de las divisiones tradicionales del Derecho -público y privado-. La regulación legal de los servicios en la sociedad de la información y del comercio electrónico no puede tildarse con las notas de Derecho público o privado, sino que surge una rama diferente en la que se mezclan conceptos tradicionales con nuevos, regulación de particulares y de éstos con las administraciones, consumidores y empresas, civil y mercantil. Por estos motivos hemos creído conveniente hacer abstracción de todo

---

<sup>1</sup> Cfr. ILLESCAS. R., *Derecho de la contratación electrónica*, Madrid, Civitas, 2000, pág. 33. Añade lo siguiente: «Se produce -afirma ILLESCAS- una apreciable modificación de las pautas físicas y materiales que gobiernan la práctica del comercio, así como de las manifestaciones jurídicas más relevantes del mismo».

y llamar «Derecho-e» a las diferentes normas jurídicas que reglan cualquier aspecto relacionado con los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y, frente a la costumbre generalizada de utilizar anglicismos en el sentido de anteponer el calificativo sustantivo, como «*e-commerce*», «*e-marketing*», «*e-business*», etc., hemos querido recurrir a nuestra lengua común, rica de contenidos, para denominar a tan actual y atractiva regulación.

## 1.2.- PRINCIPIOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

### 1.2.1.- VALIDEZ Y EFICACIA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO EN SÍ MISMO CONSIDERADO

De acuerdo con el artículo 23.1 LSSI-CE, la declaración electrónica del consentimiento no necesita el sustento de la forma escrita ni de ningún otro requisito - salvo los esenciales del tipo de negocio jurídico de que se trate- para ser válida y producir plenos efectos legales. Es la tesis que nuestra mejor doctrina lleva sosteniendo desde hace años y la única coherente con el principio espiritualista que, como recuerda la Exposición de Motivos de la LSSI-CE, rige la perfección de los contratos en el Derecho español.

El art. 23.1, de la citada ley, matiza la declaración de que «los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico», añadiendo la frase «cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez». La exigencia del consentimiento, como la del objeto y la causa, es consustancial a la existencia y validez del contrato, de acuerdo con los principios jurídicos generales. Los «demás requisitos» serán, junto a la causa y el objeto, los que pueda establecer la ley sustantiva y reguladora del contrato o acto jurídico de que se trate, como por ejemplo la entrega de la cosa en los contratos reales (arts. 1.740, 1.758 y 1.863, entre otros, del Código Civil); la certeza del precio en la compraventa (art. 1.447 C.c.) o los requisitos especiales de información previa que pueda imponer una ley especial.

## DERECHO-E: COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

El contrato electrónico se perfecciona por la oferta y la aceptación electrónica entre las partes: en la forma electrónica de perfección del negocio jurídico está la raíz del concepto de contrato electrónico, conocimiento que trataremos más adelante.

El consentimiento electrónico no se identifica con la firma electrónica ni depende de la concurrencia de la misma. La firma electrónica, incluso la de carácter avanzado y reconocido, no es una garantía de la prestación del consentimiento, sino un medio de prueba de la identidad de las partes y, por extensión, de la autenticidad del contrato. Lo veremos más adelante en detenimiento.

También añadir, que la validez del consentimiento electrónico ha de ser expresamente favorecida por el ordenamiento jurídico como no cabe de ninguna otra forma.

### 1.2.2.- PRINCIPIO DE «UNIVERSALIDAD» DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO

El consentimiento electrónico se proyecta sobre todas las modalidades de actos jurídicos y de contratos, extendiéndose por tanto a todo el universo del negocio jurídico, es decir, de los actos y contratos del Derecho patrimonial privado, sin más excepciones que las legalmente establecidas. La fuerza expansiva del consentimiento electrónico va más allá del ámbito del Derecho Civil y Mercantil de obligaciones y contratos y se prolonga incluso al ámbito del Derecho Público.

Las excepciones previstas en el artículo 23.4 LSSI-CE deben ser objeto de interpretación restrictiva -art. 4.2 C.c.- y adolecen del signo de provisionalidad que dimana del artículo 9.3 Directiva 2000/31/CE que, por un lado, concibe tales excepciones como potestad a los Estados miembros y no como decisión comunitaria y, por otro lado, obliga a los Estados miembros a comunicar a la Comisión las categorías de contratos celebrados por vía electrónica y a informar a la misma, cada cinco años, sobre la aplicación de las referidas excepciones y sobre los motivos por los que consideren necesario mantener las excepciones referentes a los «contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública».



Si el principio espiritualista es el principio rector de la forma del contrato en el Derecho español<sup>2</sup>, pues los contratos «se perfeccionan por el mero consentimiento» (art. 1.258 C.c.) y «serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado» (art. 1.278 C.c.), en el ámbito del contrato electrónico la consecuencia de aquel principio no puede ser otro que la validez general del consentimiento electrónico por sí mismo («mero consentimiento») y «cualquiera que sea la forma» (electrónica) utilizada por los contratantes para su celebración.

### 1.2.3.- PRINCIPIO DE «EQUIVALENCIA FUNCIONAL»

El principio así denominado por la doctrina<sup>3</sup> aparece recogido en el apartado 3 del artículo 23 de la LSSI-CE: «Siempre que la Ley exija que el contrato (...) conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato (...) se contiene en un soporte electrónico».

El apartado 3 del artículo 23 de la LSSI-CE debe ser interpretado en el sentido coherente con la definición contenida en el apartado h) del Anexo y con el artículo específico de la misma sobre la prueba del contrato celebrado por vía electrónica, el artículo 24, que es más preciso que el artículo 23.2, al referirse al soporte electrónico como medio de constancia del contrato. No puede considerarse que el artículo 23.3 concede al soporte del contrato electrónico un rango -el de elemento constitutivo o configurador del contrato- que no le corresponde; en rigor, el precepto se limita a comparar la constancia por escrito de carácter obligatorio con la «forma electrónica» y, más exactamente, con la prueba del contrato electrónico, pero al hacerlo podría albergar interpretaciones que comprimen artificialmente el ámbito del principio de equivalencia. La vía electrónica de contratación descansa, insistimos, en la perfección telemática del contrato no en la naturaleza electrónica del soporte o medio de prueba. El consentimiento electrónico existe desde que se cruzan la oferta y la aceptación, aunque en ese momento

---

<sup>2</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, 4ª ed., Civitas, págs. 182 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Art. 6.1, Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL (Actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje). El antecedente de la equivalencia de contratos y de documentos, se halla en la equiparación entre la firma electrónica y la firma manuscrita.

de generación, el contrato no se rige en soporte alguno -sea un consentimiento virtual puro- o incluso si el registro electrónico de la operación no existe o no aparece. Por la misma razón que el consentimiento electrónico no se identifica con la forma -soporte del mismo- y de hecho su existencia pueda probarse por otros medios, incluso por la transcripción del contrato en papel u otros soportes convencionales, en cuyo caso la fecha y los efectos del contrato serán siempre los que correspondan al momento de la perfección telemática del mismo-, el llamado documento electrónico no representa sino un uso metafórico del concepto jurídico de documento y la denominada firma electrónica es sólo una expresión, no demasiado afortunada, para describir un mecanismo de autenticación del contrato telemático. Ni soporte, ni documento ni firma: el consentimiento electrónico se manifiesta por los medios que le son característicos y no requiere, salvo a los exclusivos efectos de la prueba, ser documentado ni ser firmado. Salvo, naturalmente, que la expresión «soporte electrónico» se utilice en sentido muy amplio, comprensivo incluso de los propios dispositivos y sistemas -terminales de ordenador, nodos, servidores, enlaces-, a través de los cuales discurren las comunicaciones telemáticas de los contratantes y de los registros que archivan en la memoria de los sistemas informáticos del prestado la fecha y la hora de las operaciones.

Una vez expuesto que el principio de «equivalencia funcional» no significa sólo equiparación de documentos sino, sobre todo, equiparación de contratos, hay que añadir que dicho principio no comporta, como podría parecer a primera vista, un simple criterio de «no discriminación» del contrato electrónico: todo contrato cuya forma de celebración descansa en la especialidad de la prestación telemática del consentimiento, más que en la del soporte o documento electrónico, es diferente del contrato en documento privado, así como del contrato verbal o fáctico. El contrato electrónico es un contrato de base regulada, normalmente incorpora en sí mismo un principio de prueba y cuando se perfecciona y ejecuta en determinadas condiciones produce unos efectos probatorios adicionales, muy superiores a los de los contratos «informales». La equiparación en términos de validez jurídica no implica identidad del contrato electrónico respecto de determinadas modalidades menores de la contratación de consumo diario ni siquiera, en muchos casos, de los contratos en documento privado que imperan en el tráfico mercantil, a los que el contrato electrónico va a superar con frecuencia en cuanto a seguridad y certeza de la contratación. Por tanto, junto a la «equivalencia», hay también un principio de «especialidad» o «singularidad» del contrato electrónico. De ahí también la relatividad

-o libertad de uso- de la firma electrónica, ya que la firma electrónica tiene en nuestro ordenamiento el carácter de forma potestativa del contrato celebrado por vía electrónica, no es obligatoria nunca.

#### 1.2.4.- NO NECESIDAD DE PACTO PREVISTO SOBRE LA FORMACIÓN ELECTRÓNICA DE CONTRATACIÓN

Resolviendo de una vez por todas, la falsa polémica existente sobre este extremo<sup>4</sup>, la LSSI-CE (art. 23.2) establece que «para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos». La «admisión expresa de esta técnica», en palabras de la Exposición de Motivos, apartado IV, de la LSSI-CE, el «acuerdo previo» ya no es necesario para que el contrato electrónico, cada contrato considerado de modo autónomo e individual, surta efectos, en forma escrita (contrato marco, contrato básico...) o en forma electrónica<sup>5</sup>.

#### 1.2.5.- NO NECESIDAD DE CONFIRMACIÓN POSTERIOR DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO PARA LA PERFECCIÓN DEL MISMO

La perfección del contrato electrónico no está supeditada a un actor ulterior de confirmación -electrónica o escrita- o de registro del mismo. La LSSI-CE establece un deber de información del oferente (art. 28) y otras disposiciones se refieren al «acuse de recibo» del destinatario (así, en el ámbito de la contratación bancaria, la Circular 3/2001

---

<sup>4</sup> La inexistencia de un acuerdo previo obligatorio, facilita que el contrato electrónico sea celebrado por personas que sólo operan a distancia y entre las cuales no ha existido relación ni contacto anterior; permite, por tanto, contratar, por vía electrónica desde el primer momento en que el interesado accede a una página o sitio de Internet y manifiesta, a través de la formulación de una declaración de oferta y aceptación, la voluntad de contratar.

<sup>5</sup> Determinadas normas de nuestro ordenamiento jurídico, como el art. 51 del C.Com., cuya reforma por cierto, también podría haber abordado la LSSI-CE, suministraba cierta base, hasta la entrada en vigor de la citada Ley a la teoría del contrato escrito previo como condición *sine qua non* para la validez del medio electrónico de contratación: el «acuerdo de intercambio» previo, característico del EDI, que algunos autores defendían como garantía del reconocimiento por las partes contratantes de la validez del medio «especial» utilizado para la celebración del negocio jurídico.

del Banco de España), pero en ninguno de estos casos la norma impone un requisito confirmatorio del que depende la perfección ni la eficacia del contrato electrónico. El deber de información del prestados (mismo artículo 28), no es un elemento constitutivo del contrato. Desde el momento en que se produce la perfección electrónica del negocio jurídico, éste genera todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico.

Ha quedado derogado -de hecho, gran parte de la doctrina ya lo consideraba inaplicable- el apartado 3 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación (LCGC); que ha pasado a ser el apartado 4 del mismo artículo tras la reforma introducida por la Ley 24/2001, en lo que afecta a los contratos electrónicos, apartado que -en relación con los contratos con consumidores- establecía dos requisitos: la constancia -en los términos reglamentariamente establecidos- de la aceptación «de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional» y el envío inmediato al consumidor de «justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma».

#### 1.2.6.- EXTENSIÓN DE LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO ELECTRÓNICO A LOS ACTOS DE EJECUCIÓN POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Los actos de ejecución, información o constatación, notificaciones y demás comunicaciones entre las partes del contrato, tanto si son obligatorias como de carácter voluntario, pueden también realizarse por medios electrónicos: «Siempre que la Ley exija que... cualquier información relacionada con el mismo “el contrato” conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si...la información se contiene en soporte electrónico» (art. 23.3 LSSI-CE)<sup>6</sup>. El precepto está formulado en términos tan amplios

---

<sup>6</sup> Una referencia a los actos electrónicos de ejecución o cumplimiento de contratos lo encontramos en la Circular 3/2001, de 24 de septiembre, del Banco de España, que representa el ejemplo más importante en Derecho español, antes de la promulgación de la LSSI-CE, de regulación del proceso de contratación on-line. La Circular BE 3/2001 introduce importantes modificaciones en la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, aplicables a todos los clientes de las entidades de crédito, tanto particulares como profesionales y empresas, y, en lo que ahora nos interesa, contempla lo siguiente:

-Las demás comunicaciones individualizadas (incluidas ofertas vinculantes) que el Banco deba realizar a los clientes, de acuerdo con la Circular 8/90, podrán efectuarse por medios electrónicos cuando el cliente así lo solicite o cuando éste haya sido el procedimiento utilizado en la contratación y así esté previsto en el documento contractual.

que acoge todos los actos de administración, cumplimiento, ejecución, disposición, comunicación, entrega, información, intimación y reclamación que pueden producirse en el seno de una relación jurídico.-obligatorio durante la vida de la misma, incluido el supuesto de que habiendo sido formalizado el contrato por escrito en soporte papel posteriormente, el acto derivado del contrato se realiza por vía electrónica con la conformidad de la otra parte contratante. La referencia del art. 23.3 LSSI-CE al contrato y a «cualquier información relacionada con el mismo» tiene un significado alternativo en virtud del cual la forma electrónica sirve para el contrato, aunque los actos derivados no se ejecuten en dicha forma y viceversa.

#### 1.2.7.- PRINCIPIO DE «NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA»

La evolución permanente de las técnicas de comunicación a distancia, de las comunicaciones comerciales electrónicas, de los mecanismos de accesibilidad a la red, almacenamiento y reproducción de contratos celebrados por vía electrónica, así como de las firmas digitales, claves criptográficas de autenticación y sistemas de seguridad informática en general, dejarían obsoletas en poco tiempo las normas jurídicas que pretendieran elevar determinada solución tecnológica a la categoría formal de obligatoria o exclusiva. Las leyes sobre comercio electrónico deben, por tanto, definir criterios muy generales, que sean válidos incluso para las tecnologías que todavía se utilizan escasamente o que están en fase de desarrollo experimental<sup>7</sup>.

La Ley responde, en mayor medida que el Real Decreto-Ley 14/1999, a la idea de la neutralidad tecnológica al admitir el valor jurídico del «soporte electrónico» cualquiera que sea su naturaleza o modalidad y al no vincular la seguridad de los contratos electrónicos al uso de la firma electrónica regulada ni de ningún otro sistema técnico específico. La LSSI-CE muestra también una escrupulosa neutralidad en lo que se refiere a la identificación de las partes contratantes, la prestación electrónica del consentimiento, los medios técnicos de información previa y simultánea a la celebración del contrato, el

---

-La remisión de los documentos de liquidación de operaciones también podrá realizarse en los mismos términos indicados.

<sup>7</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 24.

almacenamiento y la reproducción de condiciones generales por parte del destinatario y la confirmación del contrato. En ninguno de estos supuestos, la Ley se decanta por una o varias soluciones tecnológicas en detrimento de otras. Pero, al mismo tiempo, presenta lagunas difíciles de entender en una norma abierta a las posibilidades de la innovación tecnológica, como la omisión de toda referencia a los contratos electrónicos en tiempo real y a los contratos electrónicos celebrados a través de la telefonía móvil automática.

### 1.2.8.- PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Este principio ofrece dos aspectos diferentes y complementarios: transparencia material y transparencia formal. Transparencia significa en primer lugar, información de calidad. La LSSI-CE contiene diversas disposiciones dirigidas a facilitar al destinatario de los servicios de la sociedad de la información exhaustiva sobre la identidad y características de la persona del prestador (art. 10.1), sobre el propio procedimiento de contratación electrónica (art. 27.1), sobre las condiciones económicas de la operación (art. 10.1.f) y sobre las condiciones jurídicas de la misma (art. 27.4). hay que anotar el cambio radical de la filosofía jurídica que expresan las normas reguladoras del Derecho de obligaciones y contratos desde mediados del siglo pasado en comparación con la legislación internacional y con el Derecho privado elaborado a partir de la codificación.

Si transparencia es sinónimo, ante todo, de información veraz y completa, en el contexto de la LSSI-CE significa algo más: simplicidad y claridad, transparencia formal. Para la ley, no es suficiente que el prestador suministre al destinatario todo el caudal informativo contemplado en la misma. Además, lo debe de hacer de un modo determinado: de forma permanente, directa y gratuita, con facilidad, exactitud y claridad y de manera comprensible e inequívoca (Art. 10.1.a y f; art. 27.1 y art. 20)<sup>8</sup> y, por tanto, no sólo la redacción y el contenido de las cláusulas contractuales sino toda la información que el prestador de servicios ha de facilitar al destinatario y el acceso y el *modus operandi* para celebración de los contratos electrónicos en todo caso -así como la estructura de

---

<sup>8</sup> La claridad es un atributo de la contratación que se remonta al art. 1.281 CC. También el art. 5.4 LCGC exige que la redacción de las cláusulas generales se ajuste a criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez». Con el advenimiento de la contratación a distancia los consumidores, a sus últimas consecuencias, aunque el medio electrónico de contratación sirve al mismo tiempo para facilitar el cumplimiento de dichos requisitos e interpretar esas leyes protectoras con mayor grado de flexibilidad.

navegación a través de las páginas web en los contratos celebrados a través de Internet- deben caracterizarse por su simplicidad.

#### 1.2.9.- PRINCIPIO DE PRIVACIDAD

El círculo de las reglas de transparencia en favor del destinatario, se completa con las normas que garantizan la privacidad del mismo, normas que, aunque se aplican de modo general a toda clase de actos y servicios de la sociedad de la información, inciden también en el contenido de los contratos electrónicos y en el marco de los derechos y obligaciones de quienes son parte de los mismos.

El Título III LSSI-CE contiene una estricta regulación de las comunicaciones comerciales y ofertas promocionales por vía electrónica, en la que además de una remisión íntegra a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LO 15/1999), (art. 19 LSSI-CE), se refleja el principio de prohibición de las comunicaciones publicitarias o promocionales no solicitadas enviadas por correo electrónico y otro medio de comunicación electrónica equivalente: para que sea válida la remisión de esta clase de comunicaciones es necesaria la solicitud o el consentimiento previo y expreso del destinatario de las mismas (art. 27 LSSI-CE)<sup>9</sup>.

#### 1.2.10.- PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

La Exposición de Motivos (apartado III) LSSI-CE resalta el afán de la Ley «por proteger los intereses de los destinatarios de servicios de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet». Aunque las garantías del destinatario y, en particular, del destinatario consumidor están diseminadas a lo largo de la LSSI-CE y de otras disposiciones en materia de sociedad de la información y comercio electrónico, existe una íntima conexión entre las mismas que permite analizarlas de manera conjunta a modo de catálogo de derecho o de estatuto del

---

<sup>9</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 22.

consumidor de los servicios electrónico; las cuales no limitaremos a citar, pues explicarlas supondría un desarrollo teórico muy extenso para la principal finalidad de este trabajo<sup>10</sup>.

### 1.3.- SEGURIDAD JURÍDICA Y COMERCIO ELECTRÓNICO

Decía LOSANO que la Historia del Derecho está condicionada por tres revoluciones: la escritura, la imprenta y la ordenación electrónica de datos. Si hemos entendido bien esta conclusión, podemos decir, siguiendo la misma, que la escritura revolucionó las «formas» del Derecho, la imprenta fue el motor de difusión del mismo y la ordenación electrónica de datos es la manifestación del progreso que acerca a las diferentes culturas y a los órdenes jurídicos. A este último fenómeno en general se denominado «globalización».

Más concretamente, la escritura o el documento escrito nació por una necesidad contable y memoratoria y pronto se manifestó la instrumentalidad de los mismos como prueba de las transacciones, ya que por éstos se podía probar más fácilmente *-per eas facilius probari possit-* decía el jurisconsulto GAYO<sup>11</sup>.

El documento sirve para reafirmar constantemente la situación jurídica preexistente, puesto que puede tocarse, mostrarse o exhibirse, hasta el punto de que llega a confundirse con el mismo derecho que declara. Y esta idea desde el principio se concretó en normas jurídicas y, lo que es más importante, se desarrolló como práctica

---

<sup>10</sup> Cfr. MATEUS DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGU, M., *Derecho de Internet*, Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 100. Cita trece puntos en relación con este principio, los cuales son: 1.- Derecho de información del destinatario. 2.- Derecho a una información de calidad. 3.- Derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). 4.- Derecho a no recibir comunicaciones comerciales no solicitadas y a revocar el consentimiento dado para recibirlas. 5.- Derecho a la no recepción de envíos no solicitados y al no cumplimiento de la obligación en el caso de prestaciones no solicitadas. 6.- Legitimación para interponer la acción de cesación. 7.- Derecho de información ante las Administraciones Públicas. 8.- Derecho a la elección y modificación de las técnicas de comunicación a distancia aplicables a la ejecución del contrato o Derecho de oposición a la técnica de comunicación a distancia. 9.- Derecho de retrocesión del cargo de la tarjeta de pago. 10.- Inversión de la carga de la prueba o atribución de la misma al proveedor respecto del cumplimiento de las obligaciones del proveedor en materia de información al consumidor. 11.- Irrenunciabilidad de los derechos del consumidor. 12.- Derecho de desistimiento y de resolución. 13.- Garantías del consumidor en relación con la disponibilidad de los bienes objeto del pedido.

<sup>11</sup> Vid. JUSTINIANO, *Digesto*, Cuarta Parte, 533 d.C., 22.4.4.



obligada o costumbre. Éste ha sido el devenir del documento en nuestro Derecho histórico.

Pero, en la actualidad, somos testigos de la que podíamos denominar la segunda revolución de las «formas» del Derecho: estamos en la era de las nuevas tecnologías. En efecto, los modernos medios técnicos de comunicación condicionan las relaciones las relaciones humanas y, por tanto, el Derecho o las «formas» del Derecho. Pero el hombre sigue teniendo las mismas necesidades de constatación continua de la realidad jurídica, de tocar, mostrar o exhibir su derecho. Porque se su prueba depende la correcta aplicación del mismo, pues fijada la certeza de la norma que ampara o protege, por el principio de seguridad jurídica, ésta se ha de aplicar uniformemente. Y dicho principio se ha convertido en un mandato constitucional en el art. 9.3, por el que se garantiza la seguridad jurídica de todos, tanto de los poderes públicos como de los ciudadanos. Pero, dada la generalidad de su pronunciamiento, se ha tenido que fijar más concretamente: dicho principio «implica en todo caso -según la doctrina jurisprudencial- la certeza de la norma que intrínsecamente ha de ser lo suficiente clara y precisa sin ambigüedades para que sus destinatarios encuentren en ella una respuesta adecuada a las dudas sobre sus derecho, obligaciones y responsabilidades, en su actuar»<sup>12</sup>. Pero, además, el principio de seguridad jurídica implica la exacta aplicación de dichas normas, que su resultado pueda predecirse sin que puedan existir interpretaciones contradictorias que no garanticen la uniformidad en su aplicación<sup>13</sup>.

Garantizada la seguridad jurídica en cuanto certeza y aplicabilidad uniforme de la norma, es obvia la preocupación por la clara fijación de los hechos *ab initio*. De ahí que la primera necesidad para el desarrollo de las nuevas «formas» del Derecho es la constatación y acreditación de las mismas; por este motivo, todo su desarrollo normativo

---

<sup>12</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1994*.

<sup>13</sup> Cfr. *Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2000*: «Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicables y los intereses jurídicamente tutelados (Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1986, de 31 de enero), como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero), como la claridad del legislador y la no confusión normativa (Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990, de 15 de marzo). En suma, sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta legal exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (Sentencias del Tribunal Constitucional 150/1990, de 4 de octubre, F.J. 8; 142/1993, de 22 de abril, y 212/1996, de 19 de diciembre)»

gira en torno al documento, al que se denomina electrónico o multimedia, pues así podrá posibilitarse, como se dice hoy en día, la necesaria «confianza» y seguridad jurídica.

La cuestión de la seguridad jurídica en el comercio electrónico es el tema que más ha preocupado desde su comienzo. La falta de presencia física simultánea de los contratantes es una circunstancia que no genera la confianza necesaria en las partes, sobre todo si una de ellas -consumidor- está en posición teórica desigual respecto a la otra. Por este motivo, han sido muchos los esfuerzos normativos tanto de organizaciones supranacionales como nacionales para conseguir un entorno o un medio electrónico seguro que genere la suficiente confianza para un desarrollo óptimo en el futuro del comercio electrónico, pues es fundamental garantizar la seguridad jurídica de los destinatarios, consumidores o usuarios mediante el establecimiento de un marco jurídico claro y de carácter general para determinados aspectos de las transacciones electrónicas<sup>14</sup>.

En el contrato «electrónico» o por medios «electrónicos» se caracteriza por la forma en que se produce la concurrencia de la oferta y de la aceptación, la necesaria confianza y, en definitiva, la seguridad jurídica han de concretarse en la prueba de la forma de exteriorización de la voluntad, en la acreditación de las partes o autoría y en el

---

<sup>14</sup> Cronológicamente, el 18 de diciembre de 1994, la Comisión Europea publicó en forma de Recomendación el denominado «*Modelo Europeo de Acuerdo EDI (Electronic Data Interchange)*» a través de la cual se fijaban las condiciones legales a las que las partes habrían de acogerse al efectuar una transacción electrónica mediante el uso de la técnica denominada «Intercambio Electrónico de Datos». Con posterioridad, como ya se expuso, en cumplimiento del mandato de fomentar la armonización y unificación del Derecho mercantil internacional, la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)* de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1996 la denominada *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*. Los antecedentes deben remontarse a 1984 con el estudio por parte de la Comisión, en su decimoséptimo período de sesiones, de un informe titulado «Aspectos jurídicos del proceso automático de datos» (A/CN.9/254), donde se planteaban cuestiones relacionadas con el valor jurídico de la documentación informática, así como los requisitos del documento escrito, la autenticación, las condiciones generales, la responsabilidad y los conocimientos de embarque.

Del mismo modo, el 5 de diciembre de 1997 se publica la «Declaración conjunta entre la Unión Europea y los Estados Unidos sobre comercio electrónico», donde se advertía de la necesidad de creación de un marco jurídico internacional dada la naturaleza de las transacciones electrónicas que no tienen fronteras. En concreto, y como ejemplo a seguir, el Código de Comercio (*Uniform Commercial Code*) de los Estados Unidos se adaptó al nuevo mercado emergente, posibilitando de esta forma una base reguladora de las transacciones comerciales que en él se desarrollen.

A nivel comunitario, en 1997 la Comisión Europea presentó al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, la comunicación denominada «Iniciativa europea de comercio electrónico» cuya principal finalidad era fomentar el crecimiento del comercio electrónico en Europa. Para ello trataba de establecer una postura común europea con el fin de conseguir un consenso mundial a través de los tratados internacionales dado el carácter esencialmente transnacional del comercio electrónico. Igualmente se manifiesta dicha idea en la *Directiva sobre comercio electrónico*.

contenido contractual. La prueba de todas estas circunstancias se logra mediante el documento y la firma, en este caso, mediante el documento y la firma «electrónica»<sup>15</sup>.

Si el documento en su sentido tradicional se caracteriza por ser una realidad tangible y por la inmediatez de las declaraciones que contiene, ya que con su lectura parece que estamos reproduciendo el propio acto jurídico que por el mismo se genera o representa, el documento electrónico es una realidad intangible, no perceptible por los sentidos tan sólo si:

- Es «traducido», transcrito o convertido mediante una aplicación informática específica; de esta forma se convierte en escrito.
- Se incorpora a un «soporte», es decir, a una cosa mueble que puede mostrarse o exhibirse.

Por tanto, en su sentido puro, el documento electrónico no cumple las necesidades humanas de constatar la realidad jurídica preexistente, salvo si se realizan los procedimientos tecnológicos descritos. Por este motivo hemos de cuestionarnos si podemos considerar al documento electrónico como verdadero documento. En este sentido, creemos que estas circunstancias no son suficientes para no considerar al documento electrónico como verdadero documento, pues el resultado final es el mismo: la percepción representativa con fines probatorios.

## 2.- EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

### 2.1.- INTRODUCCIÓN AL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

La rúbrica «de firma electrónica», que lleva la presente Ley 59/2003 y el objeto que a la misma asigna el artículo 1.1 -esa ley regula la firma electrónica, su eficacia jurídica y la presentación de servicios de certificación-, se centra en la firma electrónica

---

<sup>15</sup> Si todos los documentos jurídicos, en su sentido tradicional, aparecen firmados mediante la suscripción autógrafa, por el contrario, el documento electrónico no ha de estarlo necesariamente. De este modo, la firma electrónica es un añadido que produce más seguridad jurídica, es un medio eficaz de autenticación de los documentos electrónicos.

misma, como hacía el precedente Real Decreto Ley 14/1999 (vigente hasta el 20 de marzo de 2004), sin tener en cuenta que ese ámbito se ha ampliado para comprender. Ello ha tenido lugar fundamentalmente mediante la incorporación de cinco apartados que comprendían los artículos (5, 6, 7, 8, y 10) al artículo 3 de la Ley vigente, que ha pasado a tener la rúbrica de «Firma electrónica y documentos firmados electrónicamente».

### 2.1.1.- DOCUMENTO ELECTRÓNICO: NATURALEZA DOCUMENTAL, MATERIA Y GRAFÍA

El artículo 3.5 de la Ley de Firma Electrónica define lo que entiende por documento electrónico: «Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente».

Hay que destacar ante todo la proclamación que este precepto hace de la naturaleza documental del documento electrónico, reiterada en el inicio del artículo 3.8: «El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio», admisible como prueba, en especial, como documental en el proceso.

La actual Ley reafirma así el criterio adoptado por el artículo 24.2 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información, siguiendo al 17 bis introducido en la Ley del Notario (vigente hasta el 30 de junio de 2017), por la Ley de Acompañamiento 24/2001 regulador del «documento público electrónico» o «instrumento público electrónico», esto, el «documento» público notarial electrónico. Así, se puede completar la omisión de la Directiva 199/93/CE y de nuestro Real Decreto-Ley 14/1999, que ordenaban la admisibilidad en todo caso de la firma electrónica como prueba en juicio, pero sin determinar de qué medio probatorio se trataba; y se rectifica el criterio contrario a la naturaleza documental de tal medio de prueba que había triunfado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley de Firma Electrónica 59/2003, sin embargo, al añadir al art. 326 de la LEC un apartado 3, haciendo referencia al artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica, valga la redundancia, ha introducido en ésta su criterio favorable a la consideración documental de los documentos electrónicos en un procedimiento civil.

Todo ello demuestra que la cuestión de la naturaleza, documental o *sui generis*, de los llamados documentos electrónicos merece estudiarse más a fondo, sin que pueda

considerarse resuelta muy básico con los textos legales alegados. Su dificultad se incrementa por la falta de un concepto legal de documento: el Código Civil en su artículo 1.216, y también la Ley de Firma Electrónica (art. 3.5), lo dan por supuesto; la Ley de Enjuiciamiento Civil utiliza varios conceptos de documento, al menos el que a efectos de la prueba en el proceso antecede a la enumeración de los medios de prueba de los artículos 317 y 324; y, por último, al artículo 812.1. 1ª respecto al proceso monitorio, el cual añade «Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren».

Respecto al material físico que va a formar el documento, puede ser tan variada como permitan los adelantos de la técnica y de la industria, por lo que en principio se deben admitir los llamados documentos electrónicos como verdaderos documentos. Esta indiferencia, o carencia de importancia, sobre el material constituye la base de la admisión legislativa del documento electrónico, manifestada en la prohibición del rechazo del documento por el mero hecho de presentarse en forma electrónica, y expresamente proclamada para los instrumentos públicos electrónicos por el artículo 17 bis-1 de la Ley del Notariado: «Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán su carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico».

Para que esa materia se convierta en documento, es necesario, que artificialmente, lo realice el propio ser humano -no hay documentos «naturales»-, se le incorpore una grafía como medio de expresión del pensamiento humano. También añadimos que la esencia de la grafía radica en impulsos electrónicos que se transmiten de ordenador a ordenador, de manera que el documento no se encontraría ni en el ordenador del emisor del mensaje ni en el ordenador de su receptor, sino en los *bits*<sup>16</sup> en que se ha fragmentado y editado el lenguaje natural, y que el ordenador del emitente transmite al ordenador del destinatario por las vías satélites o telefónicas más variadas; se dan, según MIRABELLI «impulsos eléctricos emitidos y recibidos», por lo que hay «contrato entre terminales»<sup>17</sup>. Pero tales impulsos, afectan a mi parecer solamente a la transmisión telemática del mensaje, y desaparecen instantáneamente, en menos de un abrir y cerrar de ojos, de

---

<sup>16</sup> Bits: es el acrónimo de Binary digit (o sea de 'dígito binario', en español denominado como **bit**, y en menor medida como bitio). Un **bit** es un dígito del sistema de numeración binario. La capacidad de almacenamiento de una memoria digital también se mide en **bits**, pues esta palabra tiene varias acepciones.

<sup>17</sup> Vid. MIRABELLI, G., *Contratto tra terminali e documento elettronico*, Roma, Rivista del Notariato, 1986, pág. 772 y 773.

manera que el grafismo queda almacenado en las memorias de uno y de otro ordenador, en los soportes de sus discos duros, integrando con éstos la corporalidad del documento.

#### 2.1.1.1.- DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO DOCUMENTO ESPECIAL

Los Documentos electrónicos son, pues, verdaderos documentos. Por ello no les impide presentar una serie de características que los separan de los documentos físicos tradicionales o cartáceos, y los convierten en una «clase especial» de documentos, incluso los que reúnen las mayores garantías técnicas, únicos de los que merece la pena ocuparse en este trabajo de master.

Las especialidades empiezan por la materia. Por una parte, las copias electrónicas de un documento electrónico no pueden distinguirse de éste, ni tampoco entre sí; en realidad no existe un «original» y unas «copias», con posible orden entre ellas, sino una pluralidad de originales. Podrían incluso llevar a sostenerse que el documento necesite de un soporte para manifestarse, pero el soporte no forma parte del documento propiamente dicho, que habría quedado limitado a la grafía, por ejemplo, llevar un documento PDF (documento propiamente dicho) en un *pen-drive* (soporte). Por otra parte, y respecto a la aplicación de las técnicas electrónicas a los documentos notariales protocolares, cabe preguntarse si existe algún procedimiento técnico que permita vincular físicamente diversos documentos formando protocolo a fin de asegurar su conservación, como tradicionalmente se ha hecho, a la manera de encuadernación en cuanto a los documentos en papel.

Como consecuencia de esta especial naturaleza de la corporalidad del documento electrónico, se ha introducido en el lenguaje jurídico esa palabra, «soporte», que nunca se había aplicado a los documentos en papel y a los que ahora se ha generalizado, sin que les sea precisa.

Nuestro Código Civil considera muchas veces como sinónimas las palabras «documento» y «escritura»<sup>18</sup>, porque la admisibilidad de nuevas grafías depende, como es lógico, de que tengan las características esenciales de la grafía escrita: la visibilidad, y

---

<sup>18</sup> Véase artículos 1.1223 y 1.224 del Código Civil aprobados mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

la expresividad y reconocibilidad, del autor y del texto, en los momentos de autor y de destinatario.

Para definir el documento electrónico no basta, como entiende por ejemplo GALLIZIA, con añadir al concepto general de documento las palabras «realizado con la intermediación de funciones electrónicas»<sup>19</sup>. Prueba de ello es que nuestra Ley 34/2002, al igual que otros textos extranjeros, cree necesario disponer que el requisito legal de la forma «escrita», «se entenderá satisfecho» con el soporte electrónico (art. 23.3), y la Ley de firma electrónica establecer que «la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel» (art. 5.4).

La cuestión de la naturaleza documental del documento electrónico puede plantearse también desde el punto de vista *funcional*; no de lo que el documento es, sino de aquello para lo que el documento sirve, especialmente como medio de prueba en juicio y como forma de las declaraciones de voluntad.

#### 2.1.1.2.- CLASES DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICO: PÚBLICOS, OFICIALES, PRIVADOS Y MIXTOS; PROBATORIOS Y DISPOSITIVOS

La naturaleza documental especial de los documentos electrónicos no impide en manera alguna aplicarles, al menos en principio, las diversas clasificaciones que vienen haciéndose de los documentos en general, y ante todo aquella clasificación fundamental que divide los documentos en públicos y privados, en razón de su autor y también de sus respectivos efectos. En consecuencia, el artículo 3.6 de la Ley 59/2003 dispone: «El documento electrónico será soporte de:

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

---

<sup>19</sup> GALLIZIA, A., *Il documento informatico e la sicurezza giuridica*, Roma, Rivista del Notariato, 1992, pág. 81 y 82.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados».

Existen, pues, desde tales puntos de vista, tres clases de documentos electrónicos: públicos, oficiales y privados.

a) *Documentos públicos electrónicos*. El precepto proclama la admisibilidad de los documentos electrónicos, como el principio general que no impide posibles excepciones; y añade a este contenido normativo fundamental la definición de documento público y la conocida subclasificación de los documentos públicos, también por razón de su autor, en judiciales, notariales y administrativos.

El concepto de documento público de la Ley de Firma Electrónica es, como no podía ser menos, el mismo de todo nuestro Ordenamiento Jurídico, que formula el artículo 1.216 del Código Civil y aparece en la enumeración de artículo 317 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley de Firma Electrónica, en mi opinión, mejora los conceptos de documentos aportados por otras normas.

El artículo 1.216 del Código Civil dispone: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». Tres requisitos son así necesarios para que un documento sea público: la condición de funcionario público; y el cumplimiento por él de los requisitos o solemnidades que en cada caso exigen las leyes. Pero el criterio básico del concepto es el del autor, que el autor sea funcionario público, requisito al que en realidad se reconducen los otros dos; porque el funcionario público sólo obra como tal, sólo es en un acto concreto funcionario público, cuando actúa dentro de los límites de su competencia, y de acuerdo con las normas que rigen su función, un requisito subjetivo.

b) *Documentos oficiales electrónicos*. A nuestro parecer, un defecto grave de la concepción tradicional aun dominante, es arrancar de la base de que todo documento tiene necesariamente que ser público o privado, cuando la realidad presenta, como es lógico, categorías intermedias.

Ello tiene ante todo lugar porque, según acabamos de exponer, hay documento expedidos por funcionarios públicos competentes para conocer de un asunto e incluso



para documentarle, que no son documentos públicos porque tales funcionarios no tienen fe pública. Y también porque no todos los documentos expedidos por los funcionarios públicos competentes dotados de fe pública tienen que ser necesariamente documentos públicos.

A estas ideas responde parcialmente la LEC al regular en el artículo 319.2 «la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos», esto es los expedidos por funcionarios sin fe pública, y que por tanto no son documentos públicos conforme al fundamental artículo 317 aunque una ley concreta les califique de documentos públicos. Y en la misma línea hay que interpretar el artículo 3.6.b) de la Ley de Firma Electrónica cuando dispone que, entre los documentos públicos y privados, el documento electrónico puede también ser soporte de «documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica», si bien en esas funciones públicas no puede estar incluida la de dar fe, porque en este caso el documento sería público; no se exige por tanto, como hace a sus efectos la LEC, que una Ley Especial les denomine documentos públicos.

c) *Documentos electrónicos privados*. El artículo 3.6.c) de la Ley de Firma Electrónica menciona como tercera variedad de documentos electrónicos, los «documentos privados», sin darnos su concepto ni hacer aquí referencia a que estén firmados electrónicamente. En ambos puntos creo que ha estado acertada la Ley de Firma Electrónica.

Encontramos un silencio del Código Civil sobre el concepto de documento privado que había sido llenado por la doctrina civilista con la alusión de un concepto negativo, recogido en el artículo 324 de la LEC: «Se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317»; esto es, todos los que no son documentos públicos. Esta parte negativa del documento privado, que no alcanza la categoría de «concepto» ni de «definición», no sé hasta qué punto es beneficiosa porque unifica las distintas especies de documentos privados, y por tanto aumenta el riesgo de tratar a un concepto con realidades distintas bajo una misma denominación; y, también, ocultar y dejar sin la adecuada regulación categorías enteras de documentos privados, precisamente las más importantes a nuestro parecer.

También apreciamos que ha procedido con acierto la Ley al no señalar como requisito de los documentos privados electrónicos al estar firmados electrónicamente, aunque el artículo 3.5 lo exija en general para todos los documentos electrónicos; porque la Ley puede excluir de su ámbito los documentos electrónicos sin firma electrónica, pero no puede evitar que sean verdaderos documentos electrónicos.

Esto sucede porque los principios de libertad de forma y de ilimitabilidad de los medios de prueba impiden la exigencia de unos requisitos generales, comunes a todos los documentos privados; por lo tanto, el Derecho tiende a limitarse a describir tipos concretos de documentos privados, fijar sus requisitos y determinar sus efectos. La Ley de firma electrónica parece que sigue el mismo formato, y conforme a ella cabe distinguir los documentos electrónicos privados que estén firmados con firma simple, con firma avanzada y con firma reconocida; y deja fuera de su ámbito los documentos electrónicos no firmados.

d) *Documentos electrónicos mixtos*. Existen, finalmente, otras categorías intermedias entre los documentos públicos y los documentos privados, constituidas por un documento privado originario adicionado con una intervención pública que veremos a posteriori. Así ocurre con los documentos privados judicialmente homologados, cuyos efectos no pueden confundirse con los de una sentencia firme; y en la esfera notarial con supuestos como los de documento privado protocolizado, con firmas legítimas, etc..., que tampoco se confunden con la escritura de elevación a público de un documento privado. Simplemente señalar que estos documentos mixtos<sup>20</sup> también pueden extenderse en soporte electrónico, a pesar del silencio que sobre ellos guarda el artículo 3.6 de la Ley, puesto que la admisibilidad general de los documentos electrónicos públicos se extiende a los adicionales de un documento electrónico privado.

e) *Documentos probatorios y dispositivos*. Desde otro punto de vista, principalmente desde el contenido, hay documentos meramente probatorios y documentos dispositivos. Todos los documentos tienen una «virtualidad» probatoria, al menos potencial, que en muchos de ellos constituye su única función. Pero frente a estos documentos meramente probatorios, con una función de seguridad, se encuentran los documentos dispositivos, que contienen declaraciones de voluntad hechas en el

---

<sup>20</sup> Documento mixto: es, por ejemplo, la certificación electrónica del órgano social competente con firmas legitimadas electrónicamente que puede presentarse en el Registro Mercantil para el depósito de cuentas anuales (art. 366.1. 2º del Reglamento del Registro Mercantil e Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13.6.2003).

documento mismo y por medio de él, por las que se constituyen, modifican o extinguen relaciones de derecho, y a las que hay que dotar de seguridad jurídica. Estos documentos son el día a día de la vida jurídica, constituyen medios que se desarrollaran en el futuro, y presentan muchos problemas específicos de capacidad, voluntad, declaración, etc.

### 2.1.2.- FIRMA ELECTRÓNICA: CONCEPTO, NATURALEZA Y CLASES

La doctrina es unánime en afirmar que un documento electrónico, principalmente para ofrecer seguridad en la contratación, debe conseguir los siguientes cuatro objetivos:

- *Autenticidad.* Garantizar que quien envía el mensaje es quien dice ser; la identificación del emisor es fundamental objetivo de la firma electrónica.
- *Integridad.* Garantizar que el mensaje recibido es idéntico al mensaje enviado, de manera que la menor alteración pueda ser detectada.
- *Confidencialidad.* Garantizar, en general, la privacidad del mensaje, es decir, que nadie no autorizado pueda acceder a él.
- *No repudiación, o inobjetablez.* De manera que el remitente nunca podrá decir que no ha enviado el mensaje; lo que no quiere decir que éste no pueda ser impugnado por otras causas.

La *confidencialidad* del mensaje se consigue por su cifrado, encriptación o codificación que lo transforma en un texto diferente, ininteligible, que solamente la persona que conoce la clave puede descifrar; hasta el punto de que los mensajes pueden alcanzar una opacidad peligrosa (poniéndonos en supuestos de elusión fiscal, narcotráfico, blanqueo de dinero, terrorismo, etc.). la encriptación se verifica mediante un algoritmo<sup>21</sup>, el algoritmo de cifrado, que se aplica al texto del mensaje a remitir.

Este simple cifrado no puede alcanzar, por el contrario, los otros tres objetivos necesarios para dar seguridad al comercio electrónico; para conseguirlos, especialmente el objetivo fundamental, lograr la autenticidad subjetiva o identidad del emisor del mensaje, se acude a la firma electrónica, y ésta es la verdadera razón por la que el artículo

---

<sup>21</sup> Cfr. RAE, Algoritmo, del árabe al-Jwarismi, sobrenombre del matemático Mohámed ben Musa; «2. Método y notación en las distintas formas de cálculo».

3.5 incluye en el concepto de documento electrónico el requisito de que los datos que incorpore «estén firmados electrónicamente».

a) *Concepto*. La Ley define la firma electrónica en el artículo 3.1: «La firma electrónica es 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». Aunque pensamos que este concepto puede ser mejorable, destacar que, acertadamente, se refiere en general al «firmante», y no sólo al «autor o a los autores del documento», como decía el Real Decreto-Ley 14/1999, pues un documento se puede firmar en otros muchos conceptos, distintos del de autor; algo peligroso llevado a la práctica desde la implantación de LexNet.

La llamada «firma electrónica» no es ese «conjunto de datos en forma electrónica», la larga serie alfanumérica que sirven para crearla (art. 24.1 «datos de creación de la firma»), ni el correspondiente dispositivo (art. 24.2 «dispositivo de creación de firma») o utensilio por el que se actúan aquellos datos y se crea la firma. Tampoco constituye la firma electrónica el conjunto de datos que forma el texto del mensaje electrónico que se va a cifrar, esos otros datos a los que se refiere el concepto legal «consignados» junto con la creación de la firma (firma adjunta, *attached*, que incluye el mensaje) o «asociados» con ellos (firma separada *detached*, que no incluye el archivo original). La firma electrónica es precisamente este mensaje cuando ha sido codificado mediante el dispositivo de creación de firma, o como dice ZAGAMI «un conjunto de caracteres alfanuméricos resultante de complejas operaciones matemáticas de criptografía efectuadas por un ordenador sobre un documento electrónico»; o más sencillamente, a nuestro parecer, FORCADA MIRANDA «una firma electrónicamente un documento, supone cifrarlo para convertirlo en otro distinto e ilegible pero relacionado con el documento original gracias al algoritmo cifrado»<sup>22</sup>. La firma electrónica de una persona no es pues la misma en todas las situaciones, no es siempre sustancialmente similar, como ocurre con la firma manuscrita de los documentos cartáceos, sino que es distinta para cada mensaje cifrado con ella, porque el resultado encriptado que constituye la firma electrónica no sólo depende de la clave que cifra, sino también del mensaje que se ha cifrado, la firma electrónica de un concreto documento es un «sello digital» único para ese documento, por lo tanto hay tantas firmas electrónicas como documentos.

---

<sup>22</sup> Cfr. ZAGAMI, R., *Firme digitale, Crittografia e validità del documento elettronico*, Roma, Diritto Informatico, 1996, págs. 153 y 154.

b) *Naturaleza*. Es frecuente encontrar en la doctrina la afirmación de que la firma electrónica es, sin peculiaridad alguna, una firma más. Ésta realizará la *función indicativa* de reconocer al autor del mensaje, pues al descifrarse con la clave pública de una determinada persona, indica que ésta es la persona de quien procede, ya que se codificó con su clave privada; y además verificaría la *función certificativa*, sería según MICCOLI «en sustancia, un medio de prueba del autor del documento», que habría encontrado en la firma digital una especial seguridad, con un margen de error, según he leído, de un 0,03 por 100, que parece inferior al que pueden proporcionar nuestras firmas en papel, de más fácil falsificación.

La función primordial o principal de la firma en los documentos enviados mediante una ordinaria carta de contenido negocial consiste según vimos en declarar la voluntad del autor del mensaje, cosa que sólo él puede hacer, porque él sólo la conoce; y precisa por eso de una actuación personal del mismo, como ocurre con la firma en papel por su estructura manuscrita. La llamada firma electrónica, por el contrario, es divisible o separable de la persona, puesto que se pone al igual que el sello mediante un utensilio, un dispositivo de creación de firma, que puede accionar su mismo titular, pero también un tercero, con consentimiento del titular de la firma o sin él, con o sin delito, estando el titular vivo o muerto; por esto último, el fallecimiento de su titular no puede conferir fecha cierta al documento privado electrónico conforme al art. 1.227 CC, sino que por el contrario es causa de extinción de la vigencia del respectivo certificado electrónico (art. 8.1.a), sin responsabilidad del prestador de servicios de certificación (art. 23.1.a).

La doctrina suele ponerlo de relieve, ya que autores como BARREIROS FERNÁNDEZ, GOMÁ LANZÓN o BOLÁS ALFONSO, entre otros, añade «la firma manuscrita es inescindible de la persona. La firma digital no, puede separarse el soporte físico de generación de la firma digital de su titular y ser suplantado por otra persona distinta», respecto al primer autor citado. Y, por otra parte, el último de los mismo señala «la firma manuscrita es inseparable de la, mientras que la firma electrónica es un mecanismo separado de la persona y, por tanto, puede ser utilizado por otra distinta del titular (...). La firma manuscrita acredita la inmediatez del firmante... En este sentido cabe traer a colación el artículo 1.227 del CC».

Estamos ahora con una base cierta para señalar el grave error de la definición legal de firma electrónica del artículo 3.1 como «conjunto de datos... que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante»; porque esos datos sólo podrán usarse como medio de identificación del «titular» de la firma electrónica, pero no del «firmante», de

la persona que en cada caso concreto acciona el dispositivo de creación de firma electrónica, que es al único que podemos denominar «firmante».

El problema nos llama mucho la atención por las complicaciones que genera, y tiene que ser planteado y resuelto, determinando las posibles defensas del titular frente al uso de su firma electrónica por un tercero, y los supuestos y la medida en que ese titular deberá responder frente a los que contrataron con ese tercero<sup>23</sup>.

c) *Clases*. No todas las firmas electrónicas son idénticas; existen varias clases de firma electrónica. Una Ley de firma electrónica tiene lógicamente que estar abierta a la técnica -el principio de neutralidad tecnológica antes visto en el primer punto del trabajo-, a todas sus manifestaciones actuales y a todas sus futuras innovaciones; pero como no cabe equiparar firmas electrónicas técnicamente muy distintas, la Ley tiene que establecer algunos tipos de firma electrónica, con requisitos bien definidos, para atribuirles los efectos jurídicos que respectivamente generen. En este sentido, por sus requisitos y los consiguientes efectos, la Ley distingue dos clases fundamentales de firmas electrónicas, la «avanzada» y la «reconocida»; por debajo de aquella firma avanzada existen otros tipos de firma electrónica de menor entidad, con más reducidos efectos jurídicos, que suelen conocerse como firmas electrónicas «simples»; y más por debajo todavía existen documentos electrónicos no firmados electrónicamente, que por tanto la Ley de firma electrónica no incluye en su espacio normativo, pero que no por ello dejan de ser documentos electrónicos ni quedan privados de toda eficacia jurídica. También prevé la Ley que la firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí (art. 3.10); y las partes podrán igualmente acordar las condiciones para relacionarse mediante documentos electrónicos no firmados. Dedicaremos los apartados siguientes al estudio de las firmas electrónicas avanzada y reconocida, para ocuparnos de los otros supuestos de menor entidad al tratar de los efectos de los documentos electrónicos privados.

---

<sup>23</sup> El problema merece un tratamiento específico, que se inició en una conferencia «La firma electrónica y su utilización por un tercero», proyectada el 14-6-2004 en el Ilustre Colegio Notarial de Sevilla.

### 2.1.2.1.- FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA

Viene definida en el artículo 3.2 de la Ley de firma electrónica: «La firma electrónica avanzada es 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».

La firma electrónica avanzada persigue dos objetivos de aseguramiento de la autenticidad del firmante («identificar al firmante») y de la integridad del mensaje transmitido («detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados»); y para ello, dado que toda firma es un nexo entre documento y firmante como acabamos de explicar, exige su vinculación a «los datos a que se refiere», esto es, al mensaje, lo que ciertamente se consigue, y «al firmante», lo que es imposible de lograr, a no ser tergiversando el concepto mismo de firmante como hace el artículo 6.2; porque firmante, diga lo que quiera la Ley, es el que de hecho firma, y la firma electrónica avanzada podrá identificar a su titular, pero no a la persona o personas que en el futuro accionarán el dispositivo de creación de la firma. La Ley de firma electrónica trata de conseguir la coincidencia de titular y firmante mediante su exigencia de que la firma «ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control»; «mantiene bajo su exclusivo control», decía el Real Decreto Ley pasando de la posibilidad a la realidad. Téngase en cuenta, sin embargo, que estamos en el momento de la «creación» de la firma electrónica, en el que nos encontramos con el «solicitante» de una firma electrónica, que va a ser «titular» de la misma, pero que todavía no es un «firmante», como dice el artículo 6.2; a ese solicitante se le puede imponer una severa obligación de custodia cuando devenga titular (art. 7.2), pero no cabe negar la posibilidad del uso del dispositivo por persona distinta de dicho titular: ni el prestador de servicios de certificación ni el titular mismo de la firma pueden nunca asegurar que la firma va a estar siempre bajo el exclusivo control del titular.

2.1.2.2.- FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA

También está definida en la Ley de firma electrónica, artículo 3.3: «Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de la firma». La mera existencia de la firma electrónica reconocida, y el primero de sus requisitos, «basada en un certificado reconocido», hacen innecesario insistir en que la firma electrónica avanzada no ha conseguido el objetivo de asegurar la identificación del firmante, en cuanto que ahora se exigen nuevos requisitos y una certificación.

En nuestro Derecho la categoría de firma electrónica creada por la Ley de Firma Electrónica 59/2003 constituye también, en nuestra humilde opinión, solamente una «modalidad» -la superior-, de la firma electrónica avanzada, aunque la Exposición de Motivos de la Ley no sepa si al hablar de firma electrónica reconocida ha creado un «concepto nuevo» o más bien una nueva «denominación»; el Real Decreto-Ley anterior, en efecto, no concedía a todas las firmas electrónicas avanzadas los mayores efectos de equiparación a las firmas manuscritas, sino solamente, siguiendo a la Directiva, a aquellas firmas avanzadas que además reunieran los dos mismos requisitos complementarios que ahora se exigen para que la firma electrónica pueda calificarse de reconocida (art. 3.1).

Dos son los requisitos complementarios que exige la Ley para que una firma electrónica avanzada pase a ser firma electrónica reconocida: estas «basada en un certificado reconocido» y estar «generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma».

El artículo 24.3 regula estos dispositivos a los que calificaremos de seguros, y en cuando al objetivo de la identidad del firmante de que nos venimos preferentemente ocupando, su letra c) se limita a exigir modestamente «que los datos de creación de firma pueden ser protegidos de forma fiable por el firmante contra su utilización por terceros»<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Véase Ley 59/2003 de Firma Electrónica, art. 24.3: «3. Un dispositivo seguro de creación de firma es un dispositivo de creación de firma que ofrece, al menos, las siguientes garantías: a) Que los datos utilizados para la generación de firma pueden producirse sólo una vez y asegura razonablemente su secreto. b) Que existe una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de firma no pueden ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma está protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento. c) Que los datos de creación de firma pueden ser protegidos de forma fiable por el firmante contra su utilización por terceros. d) Que el dispositivo utilizado no altera los datos o el documento que deba firmarse ni impide que éste se muestre al firmante antes del proceso de firma».

Estos dispositivos seguros a su vez pueden ser objeto de certificación en os términos del art. 27.



### 3.- LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

#### 3.1.- CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE CONTRATO

#### ELECTRÓNICO: EVOLUCIÓN NORMATIVA

El contrato, como teoría general, siempre se ha caracterizado por ser la causa más frecuente de creación de obligaciones<sup>25</sup> y, entre otras cosas, por ser un icono del progreso económico. Nuestro Código Civil dedica el Título segundo del Libro IV a regular toda la teoría general de los contratos<sup>26</sup>.

A pesar de la amplia regulación en esta materia, en ninguna de las normas del Código se define lo que es contrato. Al respecto podemos decir que, aunque no esté expresamente definido el concepto, el legislador sí nos proporciona algunas disposiciones para delimitar y acercarnos a la idea de contrato que debe sustentarse -dice ALMAGRO- en el consentimiento como productor de obligaciones<sup>27</sup>.

Igualmente, el art. 1089 cita el contrato al enumerar las fuentes de las obligaciones; el art. 1091 dispone que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos», y el art. 1254 dispone que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otras y otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio». Relacionando estos tres preceptos, según DÍEZ-PICAZO, se podría deducir un concepto jurídico de contrato a partir de dos notas características<sup>28</sup>:

- En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas (art. 1254).
- El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación - objeto inmediato<sup>29</sup> - que tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1091).

De esta forma, continuando al mismo autor, puede definirse de acuerdo con la idea tradicional y clásica que considera al contrato como «un acuerdo de voluntades de dos o

---

<sup>25</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Madrid, 1988, 15ª ed., págs. 446-447.

<sup>26</sup> Véase artículos 1254 a 1314 del Código Civil aprobados mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>27</sup> Vid. ALMAGRO NOSETE, J., *Comentario del Código Civil*, Madrid, Bosch, 2000, pág. 489.

<sup>28</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., págs. 155 y ss.

<sup>29</sup> Vid. ALMAGRO NOSETE, J., *Comentario del Código Civil*, op. cit., pág. 490.

más personas (*duorum vel plurium consensus*) dirigido a crear obligaciones entre ellas (*ad constituendum obligationem*)»<sup>30</sup>.

Aparte de lo ya mencionado, puede afirmarse que el contrato antecedente obligacional de los actos de creación, modificación y extinción de los derechos reales; así, el art. 609 del Código Civil indica que la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (*traditio*).

Ésta es la doctrina tradicional, pero la realidad actual hace posible que a través del denominado «medio electrónico» pueda prestarse el consentimiento y, por tanto, crearse obligaciones (entre otras, una de las principales razones por las que procedo a realizar este Trabajo). La primera cuestión vamos a plantearnos es fijar qué es el medio electrónico, pues es lo que determina la especialidad del instituto jurídico; según DAVARA, «la posibilidad de transmitir datos o información en grandes cantidades y superando los clásicos inconvenientes de tiempo y distancia condiciona algunas de las teorías en las que se ha basado tradicionalmente, el análisis de la contratación».

Las particularidades del contrato electrónico respecto al tradicional son la utilización del medio electrónico para la formación de la voluntad -la forma electrónica de consentir- y a través del medio electrónico permanece, en gran parte de las ocasiones, prueba cierta del negocio, pues, en definitiva, es un contrato escrito *sui generis* o documento electrónico.

Efectivamente, el elemento diferenciador, entre el contrato tradicional con el que empezamos este apartado y el contrato que venimos a delimitar, es el medio electrónico o, como lo designa parte de la doctrina, informático o telemático.

Si tenemos en cuenta la tecnología actual y la velocidad con que pueden producirse cambios técnicos, se hace necesario plantear el principio de «neutralidad tecnológica» como punto de partida de cualquier cuestión jurídica. Solamente nos interesa que a través de dichos medios puedan transmitirse la escritura, la voz o las imágenes de prestación del consentimiento. Por estos motivos, denominamos a este cauce mediante el cual se puede contratarse de esta forma «medio electrónico». No existe necesidad de determinar concretamente la clase de tecnología utilizada, pues conociendo el progreso

---

<sup>30</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 118.

tecnológico que se realiza hasta diariamente, esta investigación al poco tiempo quedaría obsoleta.

Hemos determinado o concretado hasta ahora lo que es el medio electrónico, pero además de la utilización del mismo para la formación de la voluntad y su resultado o prueba, el contrato electrónico es fundamentalmente un contrato que se celebra sin la presencia física de las partes.

Por tanto, podemos definir un contrato electrónico como «un acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras, generadas a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas»<sup>31</sup>.

Otros se atañen exclusivamente en la influencia del medio electrónico en la formación de la voluntad contractual; así, DAVARA define contratación electrónica como «aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo o interpretación futura del acuerdo». En la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002 por su parte, se define contrato electrónico como «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»<sup>32</sup>.

De lo anteriormente dicho, podemos presentar las notas que caracterizan al contrato «electrónico» o celebrado por medios o vía electrónica o telemática.

- Es un acuerdo de voluntades. En este sentido no hay diferencia con un contrato tradicional, pues, como veremos más adelante, no existe el consentimiento electrónico.
- Entre personas distantes. La ausencia de presencia física simultánea de las partes en el concurso de voluntades es la nota fundamental sobre todo en lo referente a la protección de consumidores.
- Utilización del medio electrónico para la formación del contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación; más concretamente, que la aceptación se realice de forma electrónica.

---

<sup>31</sup> Cfr. MORENO NAVARRETE, M.A., *DERECHO-E*, Barcelona, 2002, 1ª Edición, pág. 32.

<sup>32</sup> Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Anexo h).

### 3.2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ON-LINE

#### 3.2.1.- CONSENTIMIENTO ¿ELECTRÓNICO?

Para la válida constitución de un contrato se requiere la existencia de tres requisitos: el consentimiento de los contratantes *-consensu convenire intelligentur-*, el objeto y el fin económico-social o causa<sup>33</sup>.

Tratándose de un contrato electrónico, estas dos últimas condiciones no varían respecto al tradicional; el contrato sigue teniendo el mismo objeto y el mismo fin, independientemente de la vía empleada. Es en su conclusión, en el modo o manera de consentir, donde encontramos las principales diferencias. El consentimiento igualmente se manifiesta, en los negocios jurídicos bilaterales, por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato<sup>34</sup>. Por tanto, para corroborar tal afirmación, debemos investigar si puede existir o no un consentimiento electrónico; en definitiva, si existe una «oferta electrónica» o una «forma electrónica de oferta»; si existe una «aceptación electrónica» o una «forma electrónica de aceptación».

Pensamos, como teoría general del derecho civil, que el consentimiento es la exteriorización de la voluntad humana, y que éste puede manifestarse de muy diferentes “formas” (por gestos, palabras, “apretón de manos” escritura, fax, correo electrónico, “clic”, etc.); por tanto, no existe un consentimiento electrónico, sino una forma electrónica de aceptación. En un supuesto de afirmar que existe un consentimiento electrónico, estaríamos diciendo que existe una voluntad electrónica y negando al mismo tiempo la naturaleza humana del concepto. La voluntad es lo que distingue al hombre de la máquina y del resto de cosas.

Lo que diferencia un contrato tradicional de un contrato electrónico es, tan sólo, la formación del mismo, la formación de la prestación del consentimiento, de perfección del negocio y, en consecuencia, su prueba, tanto judicial como extrajudicial. Por tanto,

---

<sup>33</sup> Véase artículo 1261 del Código Civil: «No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.». Aprobado mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

<sup>34</sup> Vid. Art. 1262 del Código Civil. Aprobado mediante el Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

no es posible hablar de «consentimiento electrónico», sino de «forma electrónica de consentir».

En consecuencia, el consentimiento a través de medios electrónicos, «por medio de un mensaje de datos», «por vía electrónica», etc., es perfectamente válido y eficaz para el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas<sup>35</sup>. En efecto, ninguna de las partes podrá restar o quitar validez, eficacia u obligatoriedad al acuerdo de voluntades por el hecho de manifestarse por medios electrónicos<sup>36</sup>.

### 3.2.2.- LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR

Añade LACRUZ BERDEJO, cuando abarca la cuestión del contrato como requisito del consentimiento, que es necesario el acuerdo de dos o más personas capaces. Por tanto, la formación del acuerdo admite la capacidad de los contratantes, de una forma tácita principalmente. No se cumplirá dicho requisito si alguna de las personas de la convención es incapaz. Primeramente, habríamos de distinguir entre incapacidades de contratar y prohibiciones para contratar, y retrotraernos a los primeros años de carrera. Las primeras son limitaciones de la capacidad de obrar; las segundas se refieren a una absoluta prohibición para contratar (v. gr., art. 1459 del Código Civil).

El negocio jurídico electrónico, como sabemos, se celebra sin la presencia física de las partes cuando se presta el consentimiento; es decir, y así lo califica la doctrina, como un contrato celebrado a distancia. Por tanto, una de las partes no ve ni percibe a la otra *-visu et auditu-* sino por una comunicación en la mayoría de las ocasiones programada. Esta forma de contratación da lugar a que menores e incapaces puedan prestar su consentimiento sin que la otra parte pueda conocerlo o tenga dicha posibilidad,

---

<sup>35</sup> Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, art. 23.1: «Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el Ordenamiento Jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez»; Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, art. 9.1: «Los Estados miembros velarán porque su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, y conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónicas».

<sup>36</sup> Vid. Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, art. 23.2: «Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos».

por ejemplo, por el fácil acceso al medio electrónico de menores. Vamos a tratar de establecer, siguiendo la doctrina tradicional, los diferentes supuestos que pueden darse y su régimen jurídico.

### 3.3.3.- CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL

Ya mencionado anteriormente, el art. 1261 del Código Civil dispone, como requisito indispensable para que exista contrato, el «consentimiento de los contratantes». Se distingue tradicionalmente entre la voluntad interna, declarada o externa y común de los contratantes.

Sin parar en aspectos técnicos, para focalizarse más en cuestiones jurídicas, la forma de prestación del consentimiento en la contratación electrónica se materializa por un «clic» en el ratón de nuestro ordenador, o bien mediante una aplicación informática o programa que de forma automática responde ante un estímulo, es decir, ante una oferta bajo ciertas cláusulas o parámetros programados.

En conclusión, en el negocio jurídico electrónico la voluntad interna ha de ser exteriorizada de forma electrónica, pues es lo que le diferencia del negocio tradicional, y ésta, a su vez, puede realizarse de forma expresa o tácita.

La forma expresa se basa en la unidad de tiempo entre la voluntad declarada y la emisión de datos en su forma electrónica a través de una plataforma de comunicación con la otra parte contractual, debiendo ser realizada esta última mediante actos tecnológicos o informáticos adecuados. De cualquier manera, se tratará necesariamente de una voluntad expresa en su forma electrónica, siempre y cuando se utilice el instrumento optativo de la firma electrónica, del que ya hemos hablado anteriormente.

La forma tácita, por su parte, tiene su justificación en el intervalo temporal entre la voluntad declarada y la emisión de datos en la comunicación que se produce de forma automática, con lo cual la voluntad existe y se presupone necesariamente *-indicio voluntatis-* ya que se induce un comportamiento con tal fin. De cualquier forma, la voluntad tácita que acabamos de delimitar es una cuestión bajo la interpretación de los tribunales, siendo generalmente admitida siempre que resulte determinante terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícita deducirla de actitudes de dudosa significación o

expresiones sino, por el contrario, que dichas actuaciones sean reveladores de crear, modificar o extinguir algún derecho<sup>37</sup>. También se vincula el consentimiento tácito con la doctrina de los «actos propios».

Diferente de la declaración tácita de voluntad es la valoración jurídica que haya de darse al silencio realizado por una de las partes. Como expresa De Castro, el silencio, desde el punto de vista jurídico, no significa nada y «sólo podrá adquirir valor significativo en conexión con otros hechos o actos como parte de una compleja conducta expresiva»<sup>38</sup>.

El silencio puede considerarse como verdadera declaración de voluntad cuando con carácter expreso o tácito se le atribuya el significado de «aceptación». Los casos pueden concretarse en<sup>39</sup>:

- Cuando se pacta o se da por entendido que la negativa es eficaz sólo y exclusivamente si se hace de modo expreso y en determinado plazo
- Por disposición legal.
- Según los usos y la buena fe.

Fuera de los tres supuestos antes citados, el silencio ante una «oferta» nunca podrá ser estimado como «aceptación» de la misma (art. 1262 del Código Civil, *sensu contrario*). Pero es evidente que en el día a día encontramos prácticas negociales íntimamente conectadas con la propaganda y publicidad que atribuyen al silencio un valor propio de la declaración expresa de voluntad; es lo que DE CASTRO denomina «proceder ajeno impertinente». Estamos acostumbrados a la publicidad-regalo u otras formas donde se nos obliga a declarar nuestra renuncia a la oferta en un plazo determinado pues, en caso

---

<sup>37</sup> Cfr. *Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1964, 11 de junio de 1991 y 31 de diciembre de 1994*: «(...) fuera de aquellos casos en que la Ley exige una declaración expresa, el consentimiento en los negocios jurídicos puede ser prestado en forma tácita; pero en todo caso la declaración de voluntad emitida indirectamente ha de resultar terminante, clara e inequívoca, sin que sea lícito deducirla de expresiones o actitudes de dudosa significación, sino por el contrario reveladoras del designio de crear, modificar o extinguir algún derecho (...)». *Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986 y 31 de diciembre de 1994*: «(...) evidente que la reglamentación negocial de intereses puede exteriorizarse a través del comportamiento, existirá declaración de voluntad tácita cuando el sujeto, aun sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que al presuponer el consentimiento por una deducción razonable basada en los usos sociales, ha de ser valorada como expresión de la voluntad interna; en definitiva, se trata de hechos concluyentes (*facta concludentia*) y como tales inequívocos que sin ser medio directo del interno sentir lo da a conocer sin asomo de duda, de suerte que el comportamiento puede ser tácito cuando del comportamiento de las partes resulta implícita su aquiescencia (...)».

<sup>38</sup> Vid. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 69.

<sup>39</sup> Vid. DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 69.

contrario, nuestro «dejar hacer», «tolerar» o «no contestar» será considerado como aceptación. Estas prácticas se han acentuado más si cabe con el comercio electrónico<sup>40</sup>.

### 3.3.4.- OBJETO DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA

El art. 1.261 del Código Civil requiere que para que haya contrato concurra un «objeto cierto que sea materia del contrato». El objeto inmediato del contrato es la obligación que por él se constituye, pero teniendo ésta por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia, respectivamente, de las obligaciones de dar o hacer<sup>41</sup>.

De acuerdo con los arts. 1.271, 1.272 y 1.273 del Código Civil, los requisitos relativos al objeto del contrato son: posibilidad, licitud y determinación.

- Posibilidad. El art. 1.272 del Código Civil dispone que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles»; por tanto, por interpretación *a contrario sensu* podrán ser objeto de contrato las cosas y servicios posibles, ya que *ad impossibilia nemo tenetur*.
- Licitud como presupuesto objetivo del contrato. El art. 1.271 del Código Civil dispone que «pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres» y que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». Respecto a las cosas y objetos que están fuera del comercio, son: los bienes de dominio público (art. 399 del Código Civil); las cosas no susceptibles de apropiación (v. gr., el aire, la atmósfera, etc.); los bienes no incluidos en el concepto de patrimonio (v. gr., el estado civil de las personas, los derechos de la personalidad), y, por último, las cosas de comercio prohibidas por una disposición legal -en este sentido, materialmente es posible su comercio electrónico, pero existe norma prohibitiva, ya que desde el punto de vista jurídico no es posible su

---

<sup>40</sup> El comercio electrónico, sobre todo entre empresa y consumidor, se produce porque el usuario, bien directamente o a través de un «buscador», visita la página web de la empresa, pero también puede producirse cuando el consumidor es guiado hacia ella. Tal es el caso de las ventanitas que aparecen en la pantalla o prácticas como las de los *metatags*.

<sup>41</sup> Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, op. cit., pág. 185.



comercio- (v. gr., sustancias estupefacientes, embriones humanos, etc.) respecto a la legalidad y moralidad de los servicios, habrían de calificarse como ilícitos los servicios que no respeten la normativa tanto internacional como nacional sobre derechos de los trabajadores.

- La determinación del objeto. El art. 1.261 del Código Civil exige que el objeto del contrato sea un «objeto cierto». Por su parte, el art. 1.273 del Código Civil dispone que el objeto de todo contrato «debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie».

Después de esquematizar y sintetizar la doctrina general acerca del objeto del contrato, pero tratándose de un negocio jurídico electrónico, por su particularidad, se ha hecho necesario el acotamiento del objeto de las relaciones jurídicas contractuales posibles; no es que no puedan formarse mediante el medio electrónico, sino que, por disposición legal, para estos contratos no será de aplicación la normativa relativa al comercio electrónico. Por regla general, han quedado excluidos del ámbito de aplicación de dicha normativa específica aquellos contratos cuya válida formación haya de realizarse en instrumento o documento público mediante la intervención de fedatario o funcionario público.

La razón debe buscarse en cuestiones como la seguridad jurídica y prueba del negocio; así, como veremos, los documentos electrónicos son de naturaleza privada y, mientras por razones técnicas no se tenga la total confianza en los medios de formación electrónica hasta el punto de que pueda llegar a intervenir un funcionario o fedatario en la formación de los mismos de forma fiable, y por razones de seguridad jurídica, los negocios -repetimos- cuya formación deba realizarse en forma pública no podrán constituirse válidamente en forma electrónica; mas no cabe duda de que se tendría un «indicio» de la voluntad o «principio de prueba».

Aunque *a priori* pueda este tema referirse a la forma de los contratos, es obvio que afecta al objeto contractual. Así, no podrán ser objeto de negocio jurídicos electrónicos mientras no se disponga otra cosa, rigiéndose los mismos por sus respectivas leyes<sup>42</sup>:

---

<sup>42</sup> Vid. Directiva 2000/31/CE, *sobre el comercio electrónico*, arts. 9.2 y 9.3: «2. Los Estados miembros podrán disponer que el apartado 1 no se aplique a contratos incluidos en una de las categorías siguientes:

## DERECHO-E: COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Los contratos cuyo objeto contractual sea la creación o transmisión de derechos sobre bienes inmuebles, salvo el arrendamiento de los mismo.
2. Los que requieran intervención de la *auctoritas* para la válida constitución de las relaciones jurídicas.
3. El contrato de préstamo, seguro de caución y cualquier negocio jurídico de garantía, ya sea civil o mercantil, cuando el prestatario actúa al margen de su actividad comercial o profesional.
4. Aquellos cuyo objeto esté sometido a la legislación de familia o de sucesiones.

Todos estos contratos han sido tradicionalmente formados mediante documento público y con la intervención de fedatario público (vid. *Infra*, la forma de los contratos electrónicos). La referencia legislativa más inmediata se encuentra en el art. 1.280 del Código Civil, que impone la forma pública a diversos actos y contratos. El fundamento último debe buscarse en la seguridad jurídica y prueba del negocio; en definitiva, en la preconstitución probatoria.

Pero, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002 ha determinado que si se exigiera la forma pública y la intervención de fedatario o autoridad para la válida formación contractual habría de estar a lo que determinara la legislación específica<sup>43</sup>. En cualquier caso, no podrán celebrarse por vía electrónica los contratos, negocios o actos jurídicos relativos al Derecho de familia y sucesiones<sup>44</sup>.

- 
- a) los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, con la excepción de los derechos de arrendamiento;
  - b) los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública;
  - c) los contratos de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión;
  - d) los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones

3. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión las categorías a que hace referencia el apartado 2 a las que no se aplicará el apartado 1. Los Estados miembros enviarán a la Comisión cada cinco años un informe sobre la aplicación del apartado 2, explicando los motivos por los que consideran necesario mantener las categorías a que hace referencia la letra b) del apartado 2, a las que no aplicará el apartado 1».

<sup>43</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 23: «(...) 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».

<sup>44</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 23.4.

### 3.3.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

#### 3.3.1.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La doctrina tradicional distingue tres etapas o fases en el ciclo vital de un contrato. La primera se corresponde con la preparación del mismo, con el proceso de formación anterior a las declaraciones concorde: son los denominados «tratos preliminares». La segunda fase es la de perfección del contrato mediante el concurso de voluntades: es en este momento cuando nace el contrato. Por último, la tercera fase es el momento del cumplimiento de lo pactado, de consumación.

La normativa vigente en torno al comercio electrónico determina la obligación de los prestadores de servicios de dar información al destinatario de manera «clara, comprensible e inequívoca» con anterioridad a la propia conclusión del contrato electrónico<sup>45</sup>, salvo pacto en contrario o que el contrato sea negociado<sup>46</sup>. Igualmente deberán informar de la conclusión del contrato electrónico con posterioridad mediante acuse de recibo electrónico o técnica equivalente<sup>47</sup>.

#### 3.3.2.- LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Lo que debemos plantearnos seguidamente es si la negociación preliminar a la conclusión de un contrato electrónico puede generar algún tipo de responsabilidad debido a la conducta debida conforme a las exigencias de la buena fe.

---

<sup>45</sup> Vid. *Directiva sobre comercio electrónico*, art. 10; *Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 2002*, arts. 10 y 27.

<sup>46</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 27.2: «El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior 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». *Directiva sobre comercio electrónico*, art. 10.4: «Los apartados 1 y 2 no son aplicables a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente».

<sup>47</sup> Vid. *Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de 2002*, art. 28.

La doctrina sobre la responsabilidad precontractual se debe a IHERING, quien se refirió a la *culpa in contrahendo* con el postulado siguiente: «incurre en culpa el contratante que, en la conclusión de un contrato, no emplee la diligencia debida». La *culpa in contrahendo* de la que IHERING hablaba era la derivada de la nulidad de contrato<sup>48</sup>.

El fundamento legal de la *culpa in contrahendo* se ha buscado por la aplicación del art. 1.902 del Código Civil, relativo a la responsabilidad extracontractual o «aquiliana», pues existe el deber jurídico *-neminem laedere-* de no dañar a nadie.

El responsable por *culpa in contrahendo*, con fundamento en el art. 1.902 del Código Civil, estará, entonces, obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Siguiendo la doctrina tradicional -dice DÍEZ PICAZO- habrá que distinguirse entre<sup>49</sup>:

- a) El denominado «interés positivo», «interés de cumplimiento» o «interés de la ejecución de un contrato», que es el beneficio que la parte espera obtener por la conclusión del contrato o simplemente «lucro cesante».
- b) El «interés negativo» o «interés de confianza», que es el determinado por la frustración del contrato proyectado.

El interés resarcible por *culpa in contrahendo* es el negativo, por tanto, quedaría fuera del ámbito de lo resarcible el lucro cesante.

En la contratación electrónica, dichos actos contrarios, en definitiva, a la buena fe contractual que debe presidir cualquier trato con efectos jurídicos pueden acentuarse más si cabe debido a la falta de presencia física de las partes y la intermediación de las fórmulas publicitarias que pueden enmascarar en gran medida la verdadera naturaleza jurídica del acuerdo proyectado.

### 3.3.3.- FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO POR LA CONCURRENCIA DE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

El tema de la formación del contrato ha sido tratado por la doctrina tradicional como una sucesión de actos sucesivos dirigidos a realizarlo -posiblemente-; de ahí el

---

<sup>48</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 272.

<sup>49</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 279-280.

tratamiento teórico de los llamados tratos o negociaciones preliminares y de sus posibles consecuencias jurídicas como la vinculación y la responsabilidad. La llamada «formación instantánea del contrato» se plantea como excepción y no como normal. El consentimiento en función del interés económico casi nunca se forma instantáneamente según el planteamiento, pero los hábitos económicos modernos nos dicen que el consentimiento, en la mayoría de ocasiones en la actualidad, se forma en unidad de acto con todos sus elementos. La contratación por medios electrónicos se caracteriza por:

- La formación instantánea del contrato mediante la adhesión de una de las partes a lo predispuesto unilateralmente por la otra, admitiéndose la posibilidad de forma negociada.
- Por tratarse de un contrato que se forma sin la presencia física de las partes o a distancia.
- Utilizar el medio electrónico para su formación.

El consentimiento en general se ha de manifestar por el concurso de voluntades de ambas partes; así, el art. 1.262 del Código Civil dispone que «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Del mismo modo, el consentimiento por medio electrónicos se ha de manifestar de igual forma, por el concurso de voluntades -oferta y aceptación- entre personas distantes. Por este motivo se hace necesario el estudio de la oferta y aceptación por vía electrónica y sus particularidades como contrato a distancia.

### 3.3.3.1.- LA OFERTA DEL CONTRATO EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

La oferta es una propuesta encaminada a la formación de un contrato. Puede definirse -según DÍEZ-PICAZO- como «una declaración de voluntad emitida por una persona y dirigida a otra y otras personas determinadas, proponiendo la celebración de un contrato igualmente determinado»<sup>50</sup>. No se trata de un negocio jurídico unilateral, sino de una verdadera declaración de voluntad dirigida al destinatario.

---

<sup>50</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 281.

En efecto, la oferta ha de reunir todas las características de una declaración de voluntad, emitida por el oferente con la intención de obligarse definitivamente. Por este motivo ha de contener todos los elementos del contrato, de tal modo que, si recayera la aceptación del destinatario o destinatarios, el contrato quedaría concluido sin necesidad de nuevas manifestaciones por el proponente u oferente<sup>51</sup>. En este sentido, se dice que la oferta ha de ser «completa» y debe de darse a conocer al destinatario con la serie intención de obligarse<sup>52</sup>, ya que la voluntad de contratar debe persistir hasta el momento en que el contrato se perfecciona.

La cuestión acerca de la naturaleza jurídica de la declaración unilateral de voluntad u oferta para la celebración de un contrato por medios electrónicos gira en torno a las posibilidades técnicas del momento. Queremos aclarar la posibilidad del contrato negociado por medios electrónicos, negocio jurídico que, salvo la forma de realización, no difiere del contrato tradicional. Pero en la mayoría de las ocasiones, el negocio jurídico por medios electrónicos es un acuerdo de voluntades entre personas distantes mediante el cual una parte se adhiere a lo estipulado por la otra. Es decir, la predisposición normalmente se realiza a través del medio electrónico mediante la exposición al público en general, o a un grupo cerrado, del producto o servicio y de las condiciones del contrato, si bien, debido a las modernas técnicas y para la atracción del cliente mediante la «mercadotecnia», la exposición o determinación del objeto contractual se realiza por fotografías, aplicaciones multimedia, dibujos, etc.

Desde un punto de vista jurídico, la contratación electrónica puede desarrollarse:

- Entre empresas concretas individualizadas, entre particulares o grupos cerrados.
- Al público general, sin que exista un destinatario específico. La indeterminación del destinatario se conoce desde el punto de vista del oferente como oferta *in incertam personam*. Más concretamente, la oferta electrónica se ha de calificar como una oferta al público *in incertas personas* por el desconocimiento de la misma, y no como *in incertam personam*, es decir, a persona incierta pero una sola.

---

<sup>51</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 281.

<sup>52</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 283.

La oferta a persona indeterminada, al igual que la propuesta en sentido estricto, deberá de reunir todos y cada uno de los elementos del contrato proyectado, quedando, por tanto, perfeccionado el contrato por la mera aceptación. Desde entonces, se termina la persona hasta ahora incierta.

En cuanto a la revocación o caducidad de la misma, la oferta puede revocarse en los siguientes supuestos<sup>53</sup>:

- Con la cesación de la exposición del producto u ofrecimiento del servicio.
- Con la fijación o exposición del producto u ofrecimiento del servicio.
- Con justa causa.

### 3.3.3.2.- LA ACEPTACIÓN DE LA OFERTA EN EL CONTRATO ELECTRÓNICO

Al igual que la oferta, la aceptación es una declaración de voluntad que emite el destinatario de la oferta y dirigida al oferente, por la que se manifiesta la voluntad de celebrar un contrato, determinándose así la perfección del contrato, la aceptación ha de coincidir plenamente con la propuesta u oferta, pues si se adiciona, quita o modifica la propuesta, se produce una «contraoferta» o declaración de voluntad dirigida en este caso al oferente que, desde este instante se convierte en destinatario o aceptante<sup>54</sup>.

En el lapso de tiempo entre la oferta y la aceptación el contrato está *in itinere* y en suspenso, pues su eficacia comienza desde el momento *-ex nunc-* de la conclusión del contrato.

La cuestión del plazo de la aceptación está íntimamente ligado a la revocación o caducidad de la oferta; en cualquier caso, la aceptación habrá de realizarse mientras la

---

<sup>53</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, art. 27.3: «Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio».

<sup>54</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 290-291.

oferta no esté revocada o caducada, o por el tiempo razonable según el uso de los negocios.

Por la aceptación se concluye y perfecciona el contrato, pero este acto no basta; es condición necesaria pero no suficiente. Se hace preciso que el oferente o proponente tenga conocimiento de la existencia de la aceptación. Esta toma de conocimiento es la verdadera última etapa en la formación del contrato. Aceptación y conocimiento suelen coincidir en la contratación tradicional, pero no ocurre lo mismo en la contratación por medios electrónicos, la cual se desarrolla entre personas distantes una de otra.

Respecto a la forma, la aceptación podrá llevarse a cabo por cualquier forma, salvo que expresamente el oferente requiera forma especial<sup>55</sup>.

La cuestión está en determinar cuándo la aceptación es electrónica. ¿Por qué? Porque es el fundamento para que existan un contrato electrónico.

Para que la oferta y aceptación fuesen electrónicas, esta primera habría de proponerse por medios electrónicos, y la segunda celebrarse por estos mismos. De este modo, la oferta es una declaración de voluntad emitida por medios electrónico por una persona, y dirigida a otra u otras, proponiendo la celebración de un determinado contrato; y la aceptación es una declaración de voluntad que emite el destinatario de forma electrónica de una oferta dando su conformidad a ella.

La proposición por medios electrónico y la forma electrónica de celebración del contrato van inexcusablemente unidos. Pues si sólo apareciese la oferta electrónica (v. “*banner*” en una página web de un coche con características y precio), pero el contrato se ha de concluir en la forma escrita tradicional (en el concesionario oficial), el negocio no es electrónico.

No ocurre lo mismo, al contrario, la celebración o forma electrónica es suficiente para que el contrato sea electrónico, aunque no exista oferta electrónica. Así, la llamada telefónica para comprar un artículo visto en catálogo formato papel o el correo electrónico por el que se solicita un artículo a una empresa con una página web de presencia.

---

<sup>55</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 291.



Por este motivo, podemos concluir que, para que el contrato sea electrónico, la forma de la aceptación ha de ser electrónica.

Así se había declarado con posterioridad en el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información de 1991, disponiendo que un contrato electrónico es «todo contrato en el que, al menos la aceptación se transmite por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones». No así el texto legislativo definitivo donde se reclama que tanto la oferta como la aceptación hay de realizarse por medio electrónicos<sup>56</sup>.

El problema está en determinar cuándo se entiende que la aceptación ha llegado al oferente y cuándo se entiende recibida la notificación por el aceptante. Se entiende recibidos sendos mensajes desde que se tiene acceso a ellos, presumiéndose que se tiene constancia cuando se reciba el mensaje en una dirección de correo electrónico vinculada tanto al oferente como al aceptante<sup>57</sup>.

### 3.3.3.3.- INFORMACIÓN POSTERIOR A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Concluido el contrato electrónico mediante la recepción de la aceptación, se le imponen al oferente ciertas obligaciones que, en definitiva, son cautelas probatorias de la relación jurídico-contractual. El fin es tener constancia del contrato realizado; por este motivo, cuando el contrato electrónico se realice por simple correos electrónicos o comunicación individual equivalente, no se impone tal obligación, pues ambas partes tienen ocasión de guardar dichos documentos electrónicos y multimedia en un soporte

---

<sup>56</sup> Cfr. *Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2001*, Anexo g); *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, Anexo H): «“Contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico” todo contrato en el que la oferta y aceptación se transmiten por medio de equipos electrónico de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones».

<sup>57</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 2002*, art. 28.2: «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»; *Directiva sobre el Comercio Electrónico*, art. 11.1: «(...) 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».

duradero<sup>58</sup>. De igual forma, tampoco existirán tales obligaciones cuando así sea pactado por la parte y ninguna de ellas tenga la condición de consumidor<sup>59</sup>.

La obligación del oferente se concreta en el envío de acuse de recibo por medios electrónicos o comunicación electrónica equivalente de la confirmación de la aceptación recibida. También podrá realizarse por los mismos medios electrónicos en que se realizó la aceptación, pero en este caso el destinatario-aceptante deberá tener opción de archivar tal información<sup>60</sup>.

Dicha obligación de confirmación lo es sólo del oferente. Ahora bien, hemos evitado el concepto del prestador de servicios como oferente habitual, pues en la Ley se regula la posibilidad de que el oferente sea un particular diferente del prestador de servicios o comercio electrónico C2B o C2C. en este sentido, la obligación de acusar recibo o equivalente es la misma por parte del oferente, pero el prestador de servicios habrá de poner los medios electrónicos necesarios para su efectivo cumplimiento<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 2002*, art. 28.3: «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»; *Directiva sobre el Comercio Electrónico*, art. 11.3: «El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del art. 11 no se aplicará a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual».

<sup>59</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 2002*, art. 28.3: «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»; *Directiva sobre el Comercio Electrónico*, art. 11.1: «Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden (...)».

<sup>60</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico de 2002*, art. 28.1: «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»; *Directiva sobre el Comercio Electrónico*, art. 11.1: «Los Estados miembros garantizarán que (...), en los casos en 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 (...)».

<sup>61</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, 2002, art. 28.1: «(...) 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».

3.3.3.4.- MOMENTO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

El contrato electrónico es fundamentalmente un contrato que se celebra sin la presencia física de las partes, es un acuerdo de voluntades de dos o más personas distantes una o unas de otras generadas a través del medio electrónico y dirigido a crear obligaciones entre ellas. Los contratantes no están presentes en la conclusión del contrato, pero, a diferencia de la tradicional contratación entre ausentes, por correspondencia, en la contratación electrónica podemos hablar, aunque no en términos absolutos, de «contratación entre ausentes en tiempo real».

A pesar del minúsculo intervalo temporal entre la aceptación y el conocimiento por parte del oferente éste existe, por lo que deberemos hacer interpretación analógica con la contratación por correspondencia para poder de esta forma determinar el momento o tiempo de perfección del contrato y el lugar del mismo, sobre todo para determinar la jurisdicción competente en caso de conflicto o la legislación aplicable.

Siguiendo la doctrina tradicional, el oferente ha de tomar conocimiento de la aceptación como condición para que el contrato se perfeccione. La cuestión está, por tanto, en discernir el momento de conclusión del contrato entre personas distantes una o unas de otras.

En realidad, el problema se centra en la distribución de los riesgos que se derivan del hecho de que la aceptación y el conocimiento por parte del oferente no sean coincidentes. ¿puede revocar la oferta el oferente antes del conocimiento de la aceptación? ¿Puede revocar el aceptante su declaración de voluntad antes de llegar a conocimiento del proponente?

La solución está en determinar exactamente el momento en la formación del contrato, aunque incidimos en que, tratándose de un contrato electrónico, el periodo de tiempo entre la aceptación y el conocimiento por parte del oferente es irrisorio.

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de modificación del art. 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio ha venido a solucionar los problemas imperativos que pudieran plantearse.

Según la doctrina tradicional -DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN-, cuando los contratantes se encuentran ausentes, el Código Civil sólo admitía la aceptación por carta, y afirma que es «un medio que obliga a un intervalo temporal entre la oferta y la aceptación significativo»<sup>62</sup>. Así, el art. 1.262 -el texto derogado- dice que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento». En este sentido, nuestro Código Civil sigue la teoría del conocimiento por el oferente o más bien la teoría de la recepción. En el sentido contrario, existe otra teoría denominada de la declaración, es decir, el contrato se perfecciona desde la declaración del aceptante, desde la emisión de la aceptación (teoría de la emisión). El Código de Comercio, en su art. 54 -versión derogada-, también sigue la teoría de la emisión, expresando que «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada».

Ambos artículos, en sus nuevas redacciones, proponen la teoría del conocimiento por parte del oferente para la tradicional contratación entre ausentes, ya que «hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe». Ahora bien, si el contrato es electrónico, se sigue la teoría de la emisión, ya que -según ambos artículos- «en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

De esta forma, si siguiéramos la doctrina tradicional y normativa anterior, si el contrato tiene naturaleza civil<sup>63</sup>, de acuerdo con lo expuesto, el contrato electrónico se perfeccionaría desde la recepción del mensaje de aceptación por el oferente; y si fuera mercantil, desde la emisión del mensaje por el aceptante, aunque si seguimos el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, los negocios jurídicos electrónicos entre empresas se perfeccionaría desde que la aceptación llega al sistema del oferente, es decir, desde el momento en que se tenga posibilidad y disponibilidad de la oferta por parte del oferente<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 72.

<sup>63</sup> Cfr. Tanto en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista como en la Directa sobre contratos a distancia no existe previsión alguna acerca del momento y lugar de perfección del contrato, por lo que tal cuestión ha de ser interpretada por las normas civiles, aunque tal criterio es perjudicial para el comprador, es decir, el consumidor, ya que la perfección del contrato se produce desde la recepción de la aceptación y el lugar del contrato no es el consumidor sino el de el oferente.

<sup>64</sup> Vid. *Modelo Europeo de Acuerdo EDI*, art. 3.3: «Un contrato celebrado mediante el EDI se considerará celebrado en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que contenga la aceptación de una oferta llegue al sistema informático del oferente».

Pero, a partir de la modificación de los artículos citados, el momento de formación de un contrato electrónico es el de la emisión de la aceptación tanto si el contrato tiene naturaleza civil como mercantil. Pero, ¿tiene sentido hablar de teoría de la emisión y de la recepción?

Opinamos que, en ambos casos, el tiempo transcurrido entre la emisión y recepción de la aceptación puede ser irrisorio (v. compra por catálogo en página web). Por este motivo, el contrato electrónico está más cerca de la contratación entre presentes que entre ausentes. Pero siguiendo con nuestro razonamiento, esto no siempre es así. El intervalo temporal entre emisión y conocimiento de la aceptación es generalmente despreciable a efectos de prueba, pero puede que este se alargue, que exista intervalo temporal debido a problemas del medio técnico.

Concluyendo, ya que la emisión de la aceptación y la recepción de la misma se produce casi en tiempo real, en la Ley, se ha tomado una postura lógica, admitiendo la teoría de la emisión. En este sentido, se entenderá como el momento de la celebración del contrato electrónico cuando el destinatario de un servicio emita su aceptación.

### 3.3.3.5.- EL LUGAR DE FORMACIÓN DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

La importancia del lugar en la formación del contrato se incrementa en la contratación electrónica. Como sabemos, característica fundamental del comercio electrónico es que no tiene fronteras físicas; los contratantes pueden encontrarse en lugares muy diferentes.

El lugar del contrato, desde el punto de vista estrictamente jurídico, determina la competencia jurisdiccional y la normativa aplicable. Es principio que el lugar de la formación del contrato sea el lugar de la oferta; eso es lo que ha determinado nuestra normativa civil<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Véase *Código Civil*, art. 1.262.2: «El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en

Según el Modelo Europeo de Acuerdo EDI, el lugar de perfección del contrato es el lugar del sistema informático del oferente<sup>66</sup>. Apreciación esta importante, pues entramos dentro del concepto «establecimiento» de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

En cualquier caso, la Ley determina que el lugar de la formación del contrato electrónico no es ya el lugar de la oferta, sino que depende de la condición de las partes como consumidores o empresas o profesionales para determinarlo. Así, si el contrato electrónico lo es entre empresa y consumidor, el lugar del contrato es la residencia habitual del consumidor; si es entre empresas, el lugar del contrato, siguiendo el criterio del Modelo Europeo de Acuerdo EDI, es el lugar de establecimiento del prestador de servicios<sup>67</sup>.

### 3.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ELECTRÓNICOS

Como sabemos, el contrato electrónico es la principal consecuencia del comercio electrónico en general; por ello, al tratar el tema de sus clases, hemos de comenzar por su clasificación típica. La más conocida es la que se realiza en función de los sujetos que interactúan en el comercio electrónico, como son las empresas, los consumidores y las Administraciones Públicas; de la relación entre los mismos, se establecen los tipos siguientes:

- a) Empresa – Empresa – B2B (*Business to Business*).
- b) Empresa – Consumidor – B2C (*Business to consumers*).
- c) Empresa – Administración Pública – B2A (*Business to Administrations*).

---

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».

<sup>66</sup> Vid. *Modelo Europeo de Acuerdo EDI*, art. 3.3: «Un contrato celebrado mediante el EDI se considerará celebrado en el lugar y momento en que el mensaje de EDI que contenga la aceptación de una oferta al sistema informático del oferente».

<sup>67</sup> Vid. *Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de 2002*, art. 29: «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. 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.»

Éstos son los principales tipos de comercio electrónico en relación a los sujetos, pero nada impide que se puedan formar más relaciones entre los agentes, como:

- d) Consumidor – Consumidor (*consumer to consumer*).
- e) Consumidor – Administración Pública (*consumer to administration*).
- f) Consumidor – Empresa (*consumer to business*).

Ésta es la típica clasificación del comercio electrónico, pero si atendemos a la contratación electrónica propiamente dicha, podemos hacer diferentes clasificaciones; así:

a) En función de la fase precontractual los contratos electrónicos pueden dividirse en contratos electrónicos por negociación, que son los que tienen tratos preliminares o negociación a través de cualquier técnica o medio, y contratos electrónicos de adhesión, en los que el aceptante se adhiere pacíficamente a lo estipulado por el oferente o predispone, es decir, a las condiciones generales de contratación.

b) En función del objeto o prestación que se deriva de la contratación electrónica, pueden clasificarse en contratos típicos electrónicos, tales como la compraventa y la prestación de servicios electrónica, y contratos atípicos electrónicos, en la que podemos incluir cualquier manifestación de voluntad.

c) En función de la fase de cumplimiento, el contrato electrónico puede clasificarse en directo -si el cumplimiento se realiza en la misma Red, sin necesidad de que la entrega o servicio se lleve a cabo fuera del ámbito de la comunicación-, e indirecto, cuando la prestación se realiza por los medios tradicionales de cumplimiento.

d) En función del régimen jurídico, puede dividirse en contrato electrónico de naturaleza civil, entre empresa y consumidor y entre particulares, y contrato electrónico de naturaleza mercantil, entre empresas.

e) En función del grado de protección jurídica: contrato electrónico entre empresa y consumidor, y contrato electrónico entre empresas o entre particulares.

f) En función del medio donde se desarrolla, se divide en: «comercio-e» o comercio electrónico propiamente dicho, que se desarrolla a través de la Red Internet mediante la conexión ordenador-ordenador y «comercio-m» o comercio electrónico móvil con tecnología WAP (*Wireless Application Protocol*), GPRS (*General Packet Radio Service*) o UMTS (*Universal Mobile Telecommunications System*).

## 4.- INTRODUCCIÓN A LA LEY 34/2002, LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

### 4.1.- INTRODUCIÉNDONOS EN LA LSSI-CE

La LSSI-CE incorporó al Ordenamiento jurídico español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del año 2000, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. Incorpora, asimismo, parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Y, de modo prematuro, la que luego sería Directiva 2002/58/CE del 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 comunicaciones electrónicas. Esta aportación realizada por esta norma supuso la incorporación, en trámite de enmendar en el Senado, del artículo 12 LSSI-CE que establece el deber de retención y conservación de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas, dicho de otra forma, determinados datos de navegación y conexión de los usuarios y abonados.

La Directiva 2000/31/CE tiene como objetivo el de contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando así la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información (SSI) entre los estados miembros, para lo que se pretende el acercamiento de las diferentes disposiciones nacionales aplicables a la sociedad de la información, relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros.

Trataremos en este capítulo de los aspectos más importantes e imprescindibles de la LSSI-CE y de algunos que, sin ser tratados por ella de manera directa, sí que son de utilidad con ocasión de la aplicación práctica de la misma; para así garantizar mínimamente mediante este trabajo, una comprensión de esta controvertida Ley, la cual



recoge unos conceptos novedosos, al ser reguladora de hechos relativos a nuestra era contemporánea y, fruto de las TICs en nuestro día a día.

#### 4.2.- CONCEPTO BÁSICOS

Cada vez es más frecuente que las leyes y reglamentos de contenido tecnológico, como es el caso en el que nos encontramos, vengan acompañados de un Anexo en el que se definan aquellos términos más usados en la norma y, de paso, más incompresibles para el técnico-jurídico. Estos anexos mejoran la comprensión de la norma y evitan los «conceptos jurídicos indeterminados», dotando de contenido a determinados conceptos esenciales y mejorando así la seguridad jurídica.

Uno de los conceptos más importantes de la lista conociendo el nombre que recibe la Ley es la definición de los Servicios de la Sociedad de la Información (SSI), pues no sólo es uno de los más controvertidos, sino que de su adecuada definición depende que un prestador quede sujeto a las obligaciones dimanantes de la norma o, por el contrario, no tenga que atenerse a la misma. Por lo que comprender y delimitar rigurosamente su concepto hace que sea una labor fundamental para el legislador.

Volviendo al Anexo, en su letra b) se define Servicio de Intermediación (SI) como el «*Servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet*». La definición, por tanto, de los SI y de sus prestadores es bastante transparente pero un tanto alejada de la terminología técnica habitual, como suele suceder. Los Prestadores del Servicio de la Información (PSI) incluyen a los ISP<sup>68</sup>; los IAP<sup>69</sup>; los

---

<sup>68</sup> ISP: El proveedor de servicios de Internet (ISP, por la sigla en inglés de Internet Service Provider) es la empresa que brinda conexión a Internet a sus clientes. Un ISP conecta a sus usuarios a Internet a través de diferentes tecnologías como DSL, cable módem, GSM, dial-up, etcétera.

<sup>69</sup> IAP: Investigación-Acción Participativa o IAP es un método de estudio y acción de tipo cualitativo que busca obtener resultados fiables y útiles para mejorar situaciones colectivas, basando la investigación en la participación de los propios colectivos a investigar.

prestadores de servicios de «caching»; los «hosting», «housing» o «disco duro virtual»; los buscadores de todo tipo (indexados y metabuscadores, con o sin intención humana) y la inclusión de *links* en la propia *web*, lo que coloca a cualquiera que tenga una página en la categoría de PSI.

Aunque, por otra parte, no haría falta un Anexo de definiciones para establecer qué se entiende por «Prestador de Servicios» el Anexo, en su apartado c), lo define como la «persona física o jurídica que proporciona un SSI». Más complejo es el concepto de «Destinatario del servicio», que tan complicada convirtió la lectura de los primeros borradores de la norma. El destinatario es aquella «persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un SSI», letra d) del Anexo. Pensamos que es oportuno aclarar, que un destinatario no tiene por qué ser un consumidor o un usuario final. Por lo que, cualquiera de los eslabones o piezas que componen esta cadena puede ser un destinatario sin ser un usuario final; coloquialmente diremos que, también los «intermediarios» son Destinatarios del Servicio.

Para esclarecer la situación anterior, la siguiente definición se refiere, precisamente, a lo que ha de entenderse por «consumidor». En este caso, la letra e) del Anexo hace una definición por remisión: «persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». Específicamente, el punto 2 del artículo 1 considera consumidor o usuario a «las personas físicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes lo producen, facilitan, suministran o expiden». En contraste, de forma negativa, no se considera consumidor «quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenes, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción transformación, comercialización o prestación de terceros».

Las letras f), g), y h) del Anexo se destinan, correspondientemente, a la definición de «comunicación comercial», «profesión regulada» y «contratos celebrados por vía electrónica».

Aparece en el articulado de la Ley varias alusiones al «ámbito normativo coordinado» (ANC). Más adelante nos centraremos en el ANC y que han de considerarse de manera conjunta con otros artículos de la LSSI-CE, si bien referimos aquí la definición contenida en el Anexo. El ANC examina *«todos los requisitos aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, ya vengán exigidos por la*

*presente Ley u otras normas que regulen el ejercicio de actividades económicas por vía electrónica, o por las leyes generales que les sean de aplicación», letra i) del Anexo de definiciones. Concreta la LSSI-CE en dos tipos de normas las que integran el ANC:*

- Las que se refieren al comienzo de la actividad: las titulaciones profesionales o cualificación profesional requeridas, la publicación registral, las autorizaciones administrativas o colegiales precisas, los regímenes de notificación a cualquier órgano u organismo público o privado.
- Las que se refieren al ejercicio mismo de la actividad: requisitos referentes a la actuación del prestador de servicios, a la calidad, la seguridad y contenido de servicios o los que afectan a la publicidad y a la contratación por vía electrónica, así como a la responsabilidad del prestador de servicios.

Por último, añadir que no se incluyen en el ANC las condiciones relativas a las mercancías y bienes tangibles ni a los servicios no prestados por medios electrónicos.

#### 4.3.- LA DOBLE FAZ DE LA LSSI-CE

Si intentáramos hacer un acercamiento a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI-CE) e intentar definirla de algún modo, sería como una norma bicéfala. Consta de una parte principal común en donde se definen los operadores y servicios que la norma regula, sus obligaciones y derechos. Esta «materia troncal» de general aplicación se encuentra recogida en los siguientes epígrafes de la Ley:

- Título I
  - Capítulo I. Objeto (art. 1).
  - Capítulo II. Ámbito de aplicación (arts. 2-5).
- Título II
  - Capítulo I sobre el principio de libre prestación de servicios (arts. 6-8).
  - Los artículos 9, 10, y 13 del Capítulo II, sobre la obligación de inscripción del nombre de dominio en los registros públicos, la obligación de información general y la responsabilidad general de los prestadores de servicios de la sociedad de información (PSSI).

- Capítulo II, sobre Códigos de Conducta (art. 18).
- Título V, sobre solución judicial y extrajudicial de conflictos (acción de cesación, artículos 30 y 31, y solución extrajudicial de conflictos del artículo 32).
- Título VI, información, control y supervisión (arts. 33-36).
- Título VII, sobre infracciones y sanciones (arts. 37-45).

De este tronco común, que es el marco regulatorio general de los servicios de la sociedad de la información (SSI), surgen dos cabezas (de ahí la concepción de bicéfala) que establece, a su vez, una doble regulación referida a dos topos de actividades específicas, y a sus operadores:

- Los Prestados de Servicios de Intermediación (PSI)
  - Artículo 11, sobre el deber de colaboración de los PSI.
  - Artículo 12, sobre el deber de retención de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas.
  - Título II, Capítulo II, Sección 2ª, del artículo 14 al 17 relativa a la responsabilidad de los PSI.
- El régimen legal de la contratación electrónica y algunas obligaciones de información a cargo de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI) que realizan comercio electrónico:
  - Título III, sobre comunicaciones comerciales (arts. 19-22).
  - Título IV, sobre contratación por vía electrónica (arts. 23-29) y, más concretamente, validez y eficacia de los contratos, prueba de los mismos, intervención de terceras partes de confianza (TPC), ley aplicable, obligaciones previas al inicio del proceso de contratación, información posterior y lugar de celebración del contrato.
  - Disposición Adicional Cuarta: nuevo redactado de los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio.
  - Disposición Final Quinta: adecuación a la LSSI-CE de la reglamentación sobre contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.
  - Disposición Adicional Tercera: Sistema Arbitral de Consumo.

#### 4.4.- ÁMBITO DE APLICACIÓN

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la Ley, se brinda, desde el punto de vista objetivo, un concepto amplio de SSI que abarca el abastecimiento de información «on-line». Estos suministros de información son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los cuales, normalmente, no desempeñan una sola de estas actividades, sino varias, incluido el comercio electrónico. Dentro del concepto de SSI se encuentra el más específico de «comercio electrónico» por el que se designa la actividad de ofrecer y contratar productos y servicios por vía electrónica, incluyendo todas las actuaciones previas, simultáneas y posteriores al contrato, como pueden ser el suministro de catálogos, el envío de comunicaciones comerciales, el pago electrónico y los servicios de posventa.

El Anexo de definiciones, antes citado, considera que un SSI es aquél que «se presta normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de los servicios».

##### 4.4.1.- SERVICIOS INCLUIDOS, EXCLUIDOS Y DUDOSOS

a) *Servicios incluidos.* El Anexo, tras establecer la genérica definición de SSI descrita en el apartado anterior, hace un listado de los servicios que siempre se consideran integrados en el concepto de SSI y a los que, en consecuencia, les resulta de aplicación la LSSI-CE.

Se requiere, como condición necesaria, que estos siguientes servicios integrados en el concepto de SSI representen además una actividad económica para el prestador de los mismo. Así, se integran en el concepto de SSI a los efectos de la LSSI-CE:

- La contratación de bienes y servicios por vía electrónica.
- La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales.
- La gestión de compras en la red por grupos de personas.
- El envío de comunicaciones comerciales.

- El suministro de información por vía telemática.
- El Vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la Red, tanto el programa deseado como el momento de suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

b) *Servicios excluidos*. Como la relación de servicios incluidos como los servicios excluidos que son los que veremos a continuación, es no lista exhaustiva y no excluyente, digamos que son todos los que están, pero no están todos los que son. Están excluidos, pues, *ex lege*, los siguientes:

- Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex.
- El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan.
- Los servicios de radiodifusión televisiva contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de radiodifusión televisiva o cualquier otra que la sustituya.
- El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes, como las guías electrónicas de programas ofrecidos a través de las plataformas televisivas.
- Los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas.
- Los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación defensa en juicio.

c) *Servicios dudosos*. La materia de la «actividad económica» suscitó un vivo debate en los grupos de «resistencia» de internautas (tales como «anonymus»), que consideraban que las *webs* personales con ingresos por publicidad, incluso aquellas que pagaban su alojamiento gratuito a su servidor de *hosting*<sup>70</sup> la colocación de publicidad en

---

<sup>70</sup> Hosting: Servicio al que puedes asociar tu dominio. Si tienes un dominio, lo más probable es que lo quieras para tener una página web, o para tener cuentas de correo bajo tu propio dominio. El *hosting* es exactamente esos servicios que vas a necesitar si quieres tener tu web y tu correo.

sus páginas, quedaban, por este hecho, sujetos a las múltiples obligaciones que la LSSI-CE impone.

Para intentar centrar el debate en términos estrictamente jurídicos, dejando a un lado los términos y controversias tecnológicas, acudamos a la siempre olvidada, o por lo menos en los años del Grado, a la Exposición de Motivos de la Ley que se refiere del siguiente modo a esta cuestión:

*«Se acoge, en la Ley, un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”, que engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico.»*

Podemos observar, la Exposición de Motivos realiza un estricto retrato de las actividades sujetas a regulación y las que no lo están; y nos apunta de nuevo a la interpretación más correcta de SSI. La actividad que se realice tendrá que «suponer una actividad económica para el prestador» lo que en sí no incluye cualquier contraprestación susceptible de valoración pecuniaria que se preste en la Red y a través de ella. Por ejemplo, aquella persona física que tiene una página elaboración de trabajos artesanales, como *hobby*, no contándose entre sus actividades de las que se remunera este interesante arte, no parece que haya de sujetarse a esta Ley.

El gran problema surge, pues, en la prestación de servicios o contenidos de carácter gratuito. En este sentido, el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital en su web (lssi.es), establece que «el criterio para determinar si un servicio o página web está incluido dentro del ámbito de aplicación de la Ley es si constituye o no una actividad

económica para su prestador. Todos los servicios que se ofrecen a cambio de un precio o contraprestación están, por tanto, sujetos a la nueva Ley. Sin embargo, el carácter gratuito de un servicio no determina por sí mismo que no esté sujeto a la Ley. Existe multitud de servicios gratuitos ofrecidos a través de Internet que representan una actividad económica para su prestador (publicidad, ingresos de patrocinadores, etc.) y, por tanto, estarían incluidos dentro de su ámbito de aplicación. Ejemplos de estos servicios serían los habituales buscadores, o servicio de enlaces y directorio de páginas web, así como páginas financiadas con publicidad o en envío de comunicaciones comerciales».

#### 4.4.2.- ÁMBITO TERRITORIAL

Concretado el escenario y situación de la SSI ex LSSI-CE como una actividad en la Red, hemos de fijar el ámbito espacial o territorial en el que se aplica. Focalizándose, en este punto, uso del perfecto resumen que de la cuestión efectúa la Exposición de Motivos podemos afirmar que: *«Desde un punto de vista subjetivo, la Ley se aplica, con carácter general, a los prestadores de servicios establecidos en España. Por “establecimiento” se entiende el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, definición esta que se inspira en el concepto de domicilio fiscal recogido en las normas tributarias españolas y que resulta compatible con la noción material de establecimiento predicada por el Derecho comunitario. La Ley resulta igualmente aplicable a quienes sin ser residentes en España prestan servicios de la sociedad de la información a través de un “establecimiento permanente” situado en España. En este último caso, la sujeción a la Ley es únicamente parcial, respecto a aquellos servicios que se presten desde España.*

*El lugar de establecimiento del prestador de servicios es un elemento esencial en la Ley, porque de él depende el ámbito de aplicación no sólo de esta Ley, sino de todas las demás disposiciones del ordenamiento español que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen. Asimismo, el lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el principio de la aplicación de la ley del país de origen que inspira la Directiva 2000/31/CE.*

*Por lo demás, sólo se permite restringir la libre prestación en España de servicios de la sociedad de la información procedentes de otros países pertenecientes al Espacio*



*Económico Europeo en los supuestos previstos en la Directiva 2000/31/CE, que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores. Igualmente, podrá restringirse la prestación de servicios provenientes de dichos Estados cuando afecten a alguna de las materias excluidas del principio de país de origen, que la Ley concreta en su artículo 3, y se incumplan las disposiciones de la normativa española que, en su caso, resulte aplicable a las mismas.»*

El mencionado artículo tercero fija la competencia de la Administración y Órganos Jurisdiccionales españoles cuando el servicio, generado o con origen en un Estado miembro de la UE afecte a las materias siguientes:

- a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.
- b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
- c) Actividad de seguro directo realizada en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
- d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.
- e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.
- f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

En estos supuestos, la ley aplicable es la española por ser la del destinatario residente o establecido en España, a excepción de los casos en que las normas reguladoras de dichas materias no atribuyan el fuero al lugar de residencia o establecimiento del destinatario. A esto hay que añadir el tenor del artículo 4 LSSI-CE que establece que:

*«A los prestadores establecidos en países que no sean miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 7.2 y 11.2.*

*Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos, además, a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales que sean aplicables.»*

#### 4.5.- OBLIGACIONES COMUNES A TODOS LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

Sin intención de hacer un análisis exhaustivo donde entraríamos en multitud de controversias de las múltiples obligaciones que la LSSI-CE impone a los PSSI, haremos un breve esquema para facilitar su búsqueda incluyendo y avanzando las que correspondan a los PSI y a los PSSI que realizan comercio electrónico. En el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades que la Ley establece, hemos de anticipar, lo más complejo no es saber cuál es la obligación sino saber cómo darle cumplimiento.

- Obligaciones comunes a todos los PSSI:
  - Obligación de inscripción de al menos un nombre de dominio (art. 9).
  - Obligación de información general (art. 10).
  - Responsabilidad general de los PSSI (en virtud de la LSSI y, en todo caso, por la vía de los arts. 1.902 y siguientes del CC).
- Obligaciones específicas de los prestadores de servicios de intermediación (PSI): operadores de red, proveedores de acceso, proveedores de copia temporal («caching<sup>71</sup>»), proveedores de alojamiento o almacenamiento de datos («hosting», «housing»), motores de búsqueda (buscadores) y colocación de *links*:
  - Deber de colaboración con los «órganos competentes» (art. 11).
  - Deber de retención y conservación de datos de tráfico relativos a las comunicaciones electrónicas («logs<sup>72</sup>» de navegación) hasta 1 año (art. 12).
  - Responsabilidad por contenidos (arts. 14 al 17).
- Obligaciones de los PSSI que realizan Comercio Electrónico:

---

<sup>71</sup> Caching: relativo a la memoria caché en informática, la caché es la memoria de acceso rápido de una computadora, que guarda temporalmente los datos recientemente procesados (información).

<sup>72</sup> Log: es un registro de actividad de un sistema, que generalmente se guarda en un fichero de texto, al que se le van añadiendo líneas a medida que se realizan acciones sobre el sistema. Se utiliza en muchos casos distintos, para guardar información sobre la actividad de sistemas variados. Tal vez su uso más inmediato a nuestras actividades como desarrolladores del web sería el log de accesos al servidor web, que analizado da información del tráfico de nuestro sitio. Cualquier servidor web dispone de un log con los accesos, pero, además, suelen disponer de otros log, por ejemplo, de errores.

- Obligaciones relativas al envío de comunicaciones electrónicas (implantación de políticas «antispam») (arts. 19 al 22).
- Obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación (art. 27)
- Obligación de facilitar determinada información tras la celebración del contrato (art. 28).

#### 4.5.1.- CONSTANCIA REGISTRAL DEL NOMBRE DE DOMINIO

Aparte de las obligaciones de información general que comentaremos en el siguiente apartado, la obligación de inscripción del nombre de dominio en el registro que otorga al PSSI de personalidad jurídica es uno de los primeros y principales deberes que la norma establece a cualquier prestador.

Aunque la redacción del artículo que crea esta obligación ha estado suficientemente clara desde los primeros borradores de la Ley, la obligación de inscripción del dominio fue fuente de discordia, ya que alguna parte doctrinal argumentó que esta obligación incumbía a cualquier persona física con presencia en la Red, aunque veremos que no es así.

El punto 1º del artículo 9 LSSI-CE siempre dejó claro que el motivo de la inscripción del dominio era conceder transparencia a la actuación de una entidad en Internet. De ahí que el título con el que opera en la Red ha de poderse relacionar con su denominación societaria con la que aparezca en algún registro público. De ahí, que las personas físicas, como mencionamos en el párrafo anterior, que realicen una actividad económica a través de su página personal no tengan que inscribir el nombre de dominio, fundamentalmente, porque no se hallan registrados en ningún registro, y, en consecuencia, a ninguno pueden dirigirse.

Esta interpretación, que, a nuestro entender, siempre estuvo clara, o por lo menos no nos surge duda alguna sobre su finalidad, pero ha seguido dando motivos de controversia tras la aprobación de la Ley. Así, la Asociación de Usuarios de Internet dirigieron la siguiente consulta con fecha 10 de octubre de 2002 al Ministerio de Ciencia, relativa a la obligación de inscripción de nombres de dominio: *«¿En qué Registro público han de inscribirse las empresas y empresarios autónomas no titulados -sin acceso al*

*Registro Mercantil- al objeto de cumplir la obligación de notificación del nombre de dominio prevista en el artículo 9 de la Ley?».*

La Dirección General del Gabinete del Ministro, con fecha 25 de octubre de 2002, zanjó esta cuestión y contestó del modo siguiente: *«A este respecto, le indico que la obligación ...-de inscripción del dominio-... afecta únicamente a aquéllos que estuvieran inscritos en el Registro Mercantil o en otro Registro Público en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica (como el Registro de Sociedades Cooperativas) o a efectos de publicidad (como los Registros de Asociaciones). El artículo 9 no obliga, pues, a las personas jurídicas o físicas que realicen una actividad económica a través de Internet y que no se encuentren inscritas en ningún Registro Público a solicitar su inscripción en uno de ellos para poder cumplir la obligación de notificación de un nombre de dominio o una dirección de Internet. No se modifican, por tanto, las normas que rigen la inscripción de las entidades o personas físicas en los correspondientes Registros Públicos».* La cuestión, por si no estuvo clara, quedó zanjada.

#### 4.5.2.- LA OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN GENERAL

El deber de información se cumple proporcionando los datos que ahora citamos «por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directos y gratuita». El cómo se presenta, la forma en la que se expone esa información es relevante a los efectos del cumplimiento del deber de información general. No se cumpliría, por ejemplo, si los datos de identificación están en una zona privada de la web, si hay que registrarse para conocer quién está al otro lado o si hay que contratar previamente algún producto o servicio. El modo más adecuado será el facilitar la información bien en la «home» de la página, bien desde un *link* destacado en el propio home, procurando que el *link* sea suficientemente claro e indicativo del tipo de información a la que remite. A este respecto, el Ministerio antes citado, en su web [lssi.es](http://lssi.es) entiende que las condiciones se cumplen, cuando la información está contenida en la página de inicio del prestador de servicios o se inserte en páginas interiores relacionadas con el tipo de información de que se trate y a las que se pueda acceder a través de un enlace claramente visible, cuyo título aluda de forma inequívoca a la información de que se trate. En opinión del Ministerio, servirá una pestaña con el título «quiénes somos» o cualquier otro suficientemente expresivo del tipo de información a que se refiere.

Los datos que han de facilitarse son los siguientes:

- Nombre de la persona física, profesional o autónoma, o denominación de la entidad.
- Dirección postal de residencia o domicilio social, o del establecimiento permanente en España.
- Dirección de correo operativa.
- Cualquier otro dato que permita establecer una comunicación y efectiva, como, por ejemplo, un teléfono de contacto y un fax.
- Los datos de inscripción en el Registro Mercantil en el que el PSSI se encuentre inscrito, o los datos del Registro Público en el que se halle inscrito bien para la adquisición de la personalidad jurídica, bien con fines de publicidad.
- Los datos relativos a la autorización administrativa a la que la actividad se encuentra sujeta. Como el propio artículo 10.1.c) establece, se trata de los supuestos en que la actividad que se presta esté sujeta, por virtud de su propia normativa sectorial, a una autorización administrativa previa.
- Los PSSI que ejerzan una profesión regulada cuando le suponga, recordemos, una actividad económica para el prestador.
- El número de identificación fiscal (NIF). La obligatoriedad de que los profesionales o autónomos faciliten su NIF que coincide con su propio DNI los coloca en un serio riesgo de sufrir fraudes de todo tipo.
- Información clara y exacta del precio de los productos y/o servicios que se venden o se prestan a través de la página, indicando si los mimos incluyen o no los impuestos aplicables y los gastos de envío.
- Por último, se harán constar los códigos de conducta a los que, en su caso, se esté adherido, así como el modo de consultarlos electrónicamente.

#### 4.5.3.- ¿ES NECESARIA LA AUTORIZACIÓN PREVIA PARA CONVERTIRSE EN PSSI?

En el texto definitivo de la LSSI-CE en su artículo 6 no sujeta la mera prestación de SSI a ninguna autorización previa, lo cual no implica que las actividades sometidas a autorización o licencia administrativa en su prestación fuera de la Red pueda prestarse sin

la misma a través de Internet. En consecuencia, nos surgen un número interesante de cuestiones acerca del número de actividades sujetas a autorización, que se prestan sin ella en la Red. En el caso de la televisión y la radio, cada vez más comunes en Internet gracias a la extensión del ADSL y fibra óptica, y el uso de la técnica de difusión por *streaming*<sup>73</sup>, se plantearía una interesante polémica si no fuera porque ambos servicios están aparentemente eximidos de la aplicación de la LSSI-CE al ser servicios excluidos conforme al Anexo de definiciones. Es indudable que la exclusión de estos servicios de la LSSI-CE responde a que su prestación está dentro de otro ámbito regulatorio, basada en la escasez del espectro radio-eléctrico que usan para su transmisión. Sin embargo, cuando se trate de difusión de vídeo y audio, no de radiodifusión sonora o televisiva, nada impide que se consideren SSI y que se encuentren exentos de la obligación de contar con un título habilitante para su prestación.

Volviendo al redactado del artículo 6, éste deja sin resolver algunos aspectos importantes. Su párrafo segundo establece, literalmente, lo siguiente:

*«Esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.»*

#### 4.5.4.- ÁMBITO NORMATIVO COORDINADO (ANC)

El ANC incluye aquellas normas que se refieren al ejercicio de la actividad, como, por ejemplo, la Ley de Comercio Minorista en tanto regula las condiciones de la venta de productos a distancia, la Ley de Publicidad, en lo que se refiere a los límites en los que se puede trabajar en esta actividad, o la Ley del medicamento en cuanto a los productos que, como tales, pueden ser comercializados bajo esa denominación en general y, en concreto, a través de una página web.

Los SSI, según recoge el artículo 1.2 LSSI, se encuentran en el centro de una diana normativa, que va de la norma específica a la más genérica. Así, su regulación por a LSSI-CE, no excluye la aplicación del ANC y todo ello «sin perjuicio de lo dispuesto en las

---

<sup>73</sup> Streaming: es un término que hace referencia al hecho de escuchar música o ver vídeos sin necesidad de descargarlos completos antes de que los escuches o veas. Esto se logra mediante fragmentos enviados secuencialmente a través de la red (como lo es Internet)

normas estatales o autonómicas ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad:

- La protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguardia de la defensa nacional;
- La protección de los intereses de los consumidores;
- El régimen tributario aplicable a los SSI;
- La protección de datos personales;
- La normativa reguladora de la defensa de la competencia.»

Por último, y en virtud del principio comunitario de regulación en origen y libre prestación de servicios a través de frontera, el ANC español no podrá establecer límites en la prestación de SSI realizada desde un Estado de la UE y el EEE, a no ser que se aplique la cláusula de salvaguarda del artículo 8, o se trate de una de las materias reservadas del artículo 3 LSSI-CE. En cuanto a países terceros, se estará a lo que los tratados internacionales entre Estados establezcan.

#### 4.6.- LA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS: LA ACCIÓN DE CESACIÓN, EL ARBITRAJE Y LAS ADR (ALTERNATIVE DISPUTE SOLUTION)

La efectividad de las resoluciones sobre los conflictos que surgen en Internet es una de las cuestiones cuya solución aún se encuentra pausada. Como veremos en el apartado siguiente, el control de los contenidos por una doble vía técnica de bloqueo en destino o acceso puede ser la solución a la ineffectividad endémica de las resoluciones por causa de la territorialidad de las normas y de los órganos administrativos judiciales llamados a aplicarlas y ejecutarlas.

En toda regulación del comercio electrónico notamos una preocupación por los intereses de los usuarios que suelen quedar desatendidos por el medio usado, generando una desigualdad, y por la cuantía económica comprometida. Esta preocupación es, por otro lado, genérica pues las prestaciones de consumo on-line u off-line recibidas por un ciudadano de otro Estado miembro suelen ser de escasa entidad económica y no justifican la iniciación de un pleito en el Estado en donde se encuentra el prestador del servicio. De

ahí el apoyo que hemos notado que hace la Comisión Europea en los sistemas alternativos de resolución de disputas (ADR «Alternative Dispute Resolution») y a la transformación del fuero en los contratos de consumo a favor del domicilio del consumidor. Junto a ello, las incorporaciones a las normas procesales nacionales de las acciones en defensa de los intereses imprecisos completan un sistema de protección del consumidor adecuado en el papel, pero que sigue mostrando sus deficiencias en la práctica.

#### 4.6.1.- LA ACCIÓN DE CESACIÓN

El Capítulo I del Título II de la LSSI-CE (Solución judicial y extrajudicial de los conflictos) se plasma la acción de cesación, legitimándonos para acudir a los Tribunales, que no es otra que aquella que se dirige a obtener una sentencia que condene al cese de una conducta presente o pasada contraria al tenor de la Ley.

La acción de cesación no es nueva y ya aparecía recogida en la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, si bien se vio reforzada y modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, concretamente la 98/27/CE.

La acción de cesación, como recoge el artículo 30 LSSI-CE, se configura como una defensa frente a la lesión de intereses colectivos o difusos de los consumidores. El fundamento de esta tutela, reside en tener en cuenta, por su importancia, la repercusión conjunta de una cuestión que no puede limitar su ejercicio de forma individual o separada a uno o varios consumidores, sino que ha de ser tenida en consideración como un conjunto. Esta acción pretende reforzar la defensa de los consumidores y usuarios en cuestiones de repercusión amplia pero baja intensidad individual, o para aquellas en que resulta difícil establecer un daño concreto o individualmente atribuible pero que daña o es susceptible de dañar a los consumidores en su conjunto.

En el caso de la LSSI-CE, solamente con el incumplimiento por parte de un PSSI de lo recogido en la Ley justifica el ejercicio de la acción, convirtiéndolo así a los consumidores y usuarios en observador de su cumplimiento.



#### 4.6.1.1.- OBJETO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN

La acción de inicia para poner fin o hacer cesar una conducta presente o contraria a la LSSI-CE. Es posible, sin embargo, y así lo contempla el artículo 30.2 LSSI-CE ejercer una acción que tenga por objeto prevenir la realización futura de una acción o comportamiento pasado (cuando la conducta haya finalizado al tiempo de ejecutar la acción) si existen indicios suficientes que hagan temer una reiteración de modo inminente. Es ésta una novedad que posibilita en un derecho procesal y sustantivo reactivo a los hechos, que sólo actúa a resultas de la comisión del ilícito y no ante la sospecha que el mismo vaya a producirse.

#### 4.6.1.2.- PROCEDIMIENTO

La LSSI-CE remite, en todo lo demás, a la regulación que de la acción de cesación efectúa la Ley de Enjuiciamiento Civil, excepto en la determinación de los sujetos legitimados activamente para instar la acción. Sin embargo, hay algunas leyes sustantivas que recogen aspectos procesales relativos a la acción de cesación.

Respecto a la tramitación cabe decir que la acción de cesación se tramitará por la vía del juicio verbal para asegurar su rapidez. Por otra parte, serán competentes los Tribunales del lugar donde el demandado tenga un establecimiento. En ausencia de éste, en el domicilio del demandado, y si careciese de domicilio en el territorio español, en el domicilio del actor (art. 52.1.16 LEC).

La legitimación activa, tanto la LSSI-CE, como el art. 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación modificado por la Ley 39/2002, establecen un listado similar de personas y entidades legitimadas para iniciarla acción de cesación.

Los legitimados para el ejercicio de dicha acción son, con carácter general:

- Los órganos o entidades públicas competentes en materia de defensa de los consumidores.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios o, en su caso, la legislación autonómica en materia de consumo.

## DERECHO-E: COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

- Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros.
- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.
- Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores.
- El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores.
- Los colegios profesionales legalmente constituidos.
- El Ministerio Fiscal.
- Los grupos de consumidores y usuarios afectados, en los casos y condiciones previstas en la LEC.
- Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas".

Añadir, la excepción de prestación de caución, también llamada fianza, en materia de medidas cautelares; puesto que, en las acciones de cesación, el órgano jurisdiccional puede dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución en atención a las circunstancias, entidad económica y repercusión social de los intereses del conflicto (art. 718 LEC).

La sentencia estimatoria de una acción de cesación impondrá una multa en caso de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia. La cuantía oscilará entre 600 y 60.000 euros por día de retraso y se ponderará según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado, según se recoge en el apartado de infracciones y sanciones contempladas en la Ley. Su ingreso se efectuará a favor del Tesoro Público.

En cuanto a la prescripción de esta acción, con carácter general, la acción de cesación es imprescriptible. Cuando la acción se dirija contra una o varias Condiciones Generales depositadas en el Registro General de Condiciones Generales de Contratación,

la acción prescribirá a los cinco años a contar desde el día en que se hubiera efectuado el depósito y «siempre y cuando dichas condiciones Generales hayan sido objeto de utilización efectiva». En el caso de acción individual de declaración de nulidad o no incorporación, es posible ejercer la acción de cesación en los 5 años siguientes a la declaración judicial firme de alguna de las circunstancias anteriores. La acción meramente declarativa es imprescriptible (art. 19 de la Ley 7/1998).

#### 4.6.2.- EL ARBITRAJE Y LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (ADR)

La LSSI-CE contempla el uso de ADR<sup>74</sup>, incluidos los efectuados por medios electrónicos, como una de las vías de resolución de conflictos, refiriéndose, en concreto, al arbitraje de derecho privado previsto en la Ley de Arbitraje, al Sistema Arbitral de Consumo, de naturaleza administrativa, y a cualquier otra ADR establecida por la vía de los Códigos de Conducta -a los que se refiere el art. 18 LSSI-CE- o por la vía de autorregulación.

Aunque la Comisión Europea haya puesto mucho interés en las ADR, lo cierto es que el arbitraje y la mediación siguen sin ser una solución mayoritariamente elegida. Está aún por determinar si esta vía solventará los problemas de consumo transfronterizo que el comercio electrónico genera. En este sentido, la Comisión ha lanzado el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil, y fomentar un marco europeo de responsabilidad social de las empresas [COM (2002) 196 final, de 19 de abril de 2002].

Conforme establece el Libro Verde: «...*la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercer imparcial (la que excluye el peritaje, los sistemas de procesamiento de demandas y os “sistemas de negociación automática”)*, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido». La Comisión en su Libro Verde excluye el arbitraje por considerarlo más cercano al proceso judicial, en tanto el laudo arbitral sustituye a una sentencia y genera obligación entre las partes. Por tanto, la Comisión

---

<sup>74</sup> ADR: relativo a las siglas en inglés de Alternative Dispute Resolution, éste incluye procedimientos y técnicas que actúan en caso de desacuerdo entre las partes para llegar a alcanzar un pequeño acuerdo de litigación.

remite a las normas internacionales en la materia, a saber, el Convenio de Nueva York de 1958 para el reconocimiento y ejecución de las sentencias de arbitraje extranjeras y el Convenio Europeo de 1966 por el que se establece una ley uniforme en materia de arbitraje.

Tal como define y tipifica las ADR la Comisión, éstas se acercan definitivamente a la figura de la mediación más que al proceso arbitral, que, como hemos visto, excluye expresamente. El Libro Verde sólo trata las ADR en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil (incluyendo en ambos el Derecho Laboral y el relacionado con el consumidor) y las tipifica del modo siguiente:

- ADR en el marco de los procedimientos judiciales. Aquí se contempla la función conciliadora judicial recogida en nuestra regulación procesal civil y laboral, que tiene un efecto nulo en la resolución de los conflictos y que se considera un breve trámite intrascendente.
- ADR convencionales o aquellas que recurren a las propias partes en el conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial. A su vez cabe distinguir entre las convencionales las que dictan resoluciones vinculantes (“Defensor del Cliente”, por ejemplo) o no vinculantes, que efectúen una recomendación a las partes que pueden o no aplicar (como las recomendaciones de los “Consumer Complaints Boards” de los países escandinavos).

#### 4.7.- LA INFRACCIÓN Y SU SANCIÓN

Ya en la LOPD, la elevada cuantía de las sanciones a las que un PSSI se arriesga en caso de incumplir algunos de los preceptos de la ley, dará trabajo a abogados durante largo tiempo.

La lectura y cálculo de las infracciones y su sanción nos facilita, a simple vista, del catálogo de obligaciones a las que un PSSI se encuentra sujeto. En la práctica nos indica que lo que no resulta sancionable no se cumple o se cumple de manera poco ortodoxa.

Antes de entrar en materia, la imposición de una sanción de conformidad con la LSSI-CE no te excluye de ser sancionado por una falta tipificada en otra ley, como la LOPD. Así se previene en el artículo 44.2 LSSI-CE:

*«La imposición de una sanción prevista en esta Ley no impedirá la tramitación y resolución de otro procedimiento sancionador por los órganos u organismos competentes en cada caso cuando la conducta infractora se hubiera cometido utilizando técnicas y medios telemáticos o electrónicos y resulte tipificada en otra Ley, siempre que no haya identidad del bien jurídico protegido.»*

La determinación de cuando hay o no identidad del bien jurídico protegido dará lugar a tantas interpretaciones como sanciones se asignen. Si, por ejemplo, entendemos que el bien jurídico protegido es el derecho a la intimidad informática, tanto el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas como la cesión ilegítima de los datos efectuada a tal efecto, tendría en común el bien jurídico a proteger y no podrían, conforme a este precepto, ser doblemente sancionadas por la vía de la LSSI-CE y de la LOPD. La cuestión que a continuación nos surge, con mucha facilidad, es conocer cuál es la norma conforme a la cual habrían de sancionarse estos hechos y cuál es el sistema de prelación de sanción a efectos de fijar la norma que ha de sancionar y la infracción que ha de ser únicamente sancionada.

Volviendo al texto del artículo 44, su párrafo 3º fija otra excepción al principio de doble o múltiple sanción, *«cuando los hechos constitutivos de infracción lo sean también de otra tipificada en la normativa sectorial a la que esté sujeto el prestador del servicio y exista identidad del bien jurídico protegido.»*

Como es regla general en el procedimiento sancionador administrativo, éste cede ante la investigación penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a la LSSI-CE «sea razonablemente imposible», se suspende el expediente sancionador administrativo respecto a ellos hasta tanto recaiga sentencia firme. Los hechos probados en la sentencia dictadas en el proceso penal serán los únicos que podrán ser tenidos en consideración en el expediente sancionador, como ya sabemos, cuya tramitación se reanudará tras la firmeza de la resolución judicial. Resulta llamativo que el redactado del artículo 44.1 permita la doble sanción administrativa y penal cuando el expediente administrativo se inicie antes que la investigación penal, y sea de aplicación el principio *non bis in ídem* (prohibición de doble sanción) cuando se inicie tras haber

recaído sanción penal. En este último caso, a diferencia del anterior (que sólo exige hechos iguales o conexos), precisa, para que no opere la doble sanción, que haya identidad de sujeto, hechos y fundamento. La fundamentación, al ser el tipo aplicado diferente, es de esperar que sea distinto al aplicado en el procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, nos encontraríamos ante los siguientes supuestos.

- No se ejercerá la potestad sancionadora prevista en la LSSI cuando, de manera acumulativa:
  - 1) Haya recaído sentencia penal (el precepto no se refiere a si es necesaria la firmeza o no de a sentencia); y
  - 2) Haya identidad de hechos, sujeto y fundamento con aquéllos que motiven la apertura de expediente sancionador.
- Se suspenderá el expediente administrativo incoado ex LSSI-CE cuando se tramite un proceso penal si:
  - 1) Hay identidad de hechos
  - 2) Los hechos objeto de proceso penal sea racionalmente imposible separarlos de aquéllos que se investigan en el procedimiento administrativo sancionador.

Es de señalar que la administración competente, para ejercer la potestad sancionadora prevista en la LSSI-CE, puede comunicar los hechos que pudieran ser sancionables conforme otras leyes, a los órganos competentes para su supervisión y sanción. Conviene, por ello, mantener fiel respeto a toda la legislación aplicable a las actividades on-line, pues la investigación de unos hechos puede dar lugar a la incoación o iniciación de varios y costosos expedientes procesales, siempre dentro de los límites de doble sanción administrativa.

#### 4.7.1.- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Cuando una norma de carácter sancionador establece un baremo fijando un máximo y un mínimo que puede llegar a distar entre sí 450.000€ (en el caso de las sanciones muy graves de la LSSI-CE), es preciso establecer unos criterios en los que fundamentar una u otra cuantía sancionadora.

El principio de proporcionalidad que rige la aplicación de las sanciones administrativas exige que la misma sea, como bien dice, «proporcional» a los hechos. A tal fin, y en lo que hace a las infracciones establecidas en la LSSI-CE, se establecen varios criterios de aplicación discrecional, que permitirán graduar la sanción o discutir la ya impuesta.

Los criterios vienen establecidos en el artículo 40 LSSI-CE y son los siguientes. Se valorará:

- a) La existencia de intencionalidad.
- b) Plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción.
- c) La reincidencia por comisión de infracciones de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.
- d) La naturaleza y cuantía de los perjuicios causados.
- e) Los beneficios obtenidos por la infracción.
- f) Volumen de facturación a que afecte la infracción cometida.
- g) La adhesión a un código de conducta o a un sistema de autorregulación publicitaria aplicable respecto a la infracción cometida, que cumpla con lo dispuesto en el artículo 18 o en la disposición final octava y que haya sido informado favorablemente por el órgano u órganos competentes.

#### 4.7.2.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (LPACAP) y sus normas de desarrollo, regulan el régimen aplicable a las medidas de carácter provisional cuyo fin es el aseguramiento de la eficacia de la resolución que finalmente se dicte, el buen fin del procedimiento y evitar que durante la tramitación del procedimiento se mantenga la actuación presuntamente infractora (artículo 56 LPACAP). El redactado del artículo 41 LSSI-CE, que fija el régimen particular de medidas provisionales aplicables a los SSI, pone de manifiesto como la adopción de este tipo de medidas, tanto en los procedimientos administrativos, como en los procesos jurisdiccionales, implica un elevado grado de «pre-juicio», y, si de la investigación se aprecia la no existencia de infracción, también de perjuicio. Aunque los órganos jurisdiccionales nieguen que prejuzguen al momento de adoptar una serie de medidas de carácter provisional, la práctica exterioriza que las medidas provisionalmente

adoptadas se ven confirmadas en la sentencia que finalmente se dicta en la pieza principal. En el caso de la Administración, cuando apertura un expediente sancionador de oficio suele terminarlo con sanción. El procedimiento administrativo y los recursos administrativos necesarios para agotar la vía administrativa se convierten, así, en un largo trámite cuya utilidad se reduce a construir un expediente administrativo sólido, en la esperanza de que la jurisdicción sea más sensible que la Administración a nuestras alegaciones.

Haciendo uso de la cláusula ya usada en el artículo 8 LSSI-CE, el art. 41.2 de la Ley atribuye a los órganos jurisdiccionales la adopción de medidas de carácter provisional cuando un derecho fundamental se encuentre afectado. El artículo comentado se refiere, en concreto, al derecho a la intimidad personal y familiar, el derivado de éste y consistente en el derecho a controlar los propios datos personales, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información.

#### 4.7.3.- ALGUNOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN

Junto con los comentarios, vicisitudes y problemas que puede generar el régimen sancionador de la LSSI-CE queremos destacar una serie de imprecisiones de importancia de las que, en mi opinión, padece el redactado del Capítulo de la Ley dedicado a las infracciones y su sanción, recogido en los artículos 38 y 39:

En primer lugar, la aplicación de la reiteración en infracción muy grave como motivo de «prohibición» de prestación de servicios por Internet en España. El artículo 39.1.a), párrafo segundo LSSI-CE, establece de manera literal *«La reiteración en el plazo de tres años de dos o más infracciones muy graves, sancionadas con carácter firme, podrá dar lugar, en función de sus circunstancias, a la sanción de prohibición de actuación en España, durante un plazo máximo de dos años»*. Caben varias interpretaciones a este párrafo:

- Las dos o más sanciones por infracción muy grave motivantes de la prohibición han de dictarse dentro del plazo de tres años, no pudiéndose iniciar procedimiento sancionador para aplicar la sanción de prohibición hasta que las sanciones iniciales devengan firmes.



- Se podrá imponer la sanción de prohibición de prestación de servicio cuando, dentro del plazo de tres años devengan firmes dos o más sanciones anteriormente impuestas, con independencia de que las mismas no se impusieran dentro del plazo de tres años.

Es sabido que una sanción administrativa sometida a sucesivos recursos, puede tardar varios años en devenir firme, más aún las de cuantía tan elevada y con la lentitud de la justicia actualmente, recordemos que se tratan de sanciones de hasta 600.000€.

A pesar de que el redactado podría dar lugar a estas interpretaciones, nos parece la más correcta la primera de ellas, pues lo que se persigue es castigar la reincidencia, con independencia del momento de ejecución de la sanción impuesta, o simplemente, la más lógica, aunque me aventure a usar un término tan subjetivo.

De todas formas, es de esperar que cualquier PSSI sancionado en varias ocasiones por infracción muy grave, recurra las multas hasta la extenuación, no sólo por dilatar el pago de las mismas o el procedimiento, sino porque de su firmeza depende la aplicación de la sanción de prohibición de prestación de servicios. Por otro lado, una vez devengan firmes las sanciones impuestas, pocos PSSI medianos sobrevivirán a su pago conociendo la cuantía de las mismas, con lo que la prohibición de prestación de servicios será el menor de sus problemas. Digamos, por último, que la técnica empleada en el redactado y ubicación de este tipo es muy deficiente, pues se trata de un tipo nuevo. El legislador tendría que haber tipificado como faltas muy graves la reiteración o reincidencia, sancionándola, en vez de con multa, con la prohibición de prestación del servicio.

Y, en segundo lugar, el carácter no sancionador de las resoluciones administrativas previstas en el artículo 8 LSSI-CE. Cabría considerar que los actos y resoluciones administrativas que ordenen el bloqueo en acceso o en destino de webs que vulneren los principios contenidos en el mencionado artículo podrían beneficiarse de los principios y garantías que informan al proceso administrativo sancionador. El más que probable, sin embargo, que la administración sancionadora asimile esta resolución al clásico «cierre cautelar» de local o industria, irrecurrible, por tanto y contra el que sólo cabe resignación y adopción de las medidas indicadas en la resolución para obtener el levantamiento de la medida cautelar de cierre. El art. 8.3 LSSI-CE, previene, eso sí, que las medidas que en este sentido se adopten, han de ser «*objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten*». En este sentido, la norma, a nuestro parecer, distingue entre un «cierre

cautelar» sin carácter sancionador, y un «cierre» producto de la ejecución de una resolución que pudiera tener carácter sancionador. En este último caso, sí que cabría recurso y sí serían de aplicación los principios del procedimiento administrativo sancionador.

## 5.- CONCLUSIONES

La evolución y el desarrollo del comercio electrónico no se ha centrado únicamente en una región o un país determinado, sino que este proceso ha sido un fenómeno producto de la globalización, es decir, está presente indistintamente en todo el mundo. Pero, la practican los países más punteros como forma común y cotidiana para hacer negocios, ya sean por cuestiones económicas, políticas, sociales...etc. Lo cual, con base en la infraestructura necesaria y un marco legal sólido, genera este tipo de instrumentos que deben regularse y, a la par que lo hace la tecnología, actualizarse.

La Unión Europea parece que ha sido pionera perfeccionándolo con un importante desarrollo a destacar; bien por las normas de fuente comunitaria que he ido citando a lo largo del presente trabajo, bien por las acciones que se han realizado a través de los medios electrónicos.

A causa de la revolución tecnológica que estamos sufriendo, se generan huecos legales con prontitud. Teniendo que generarse nuevos conceptos jurídicos para cubrir esas necesidades en el Derecho, comparándolo con los marcos normativos tradicionales que no pueden adaptarse en su integridad en esta nueva era.

Gracias a las redes telemáticas se han ridiculizado las distancias y la delimitación de territorios, dejándolos casi inexistentes. En esta nueva situación, las figuras jurídicas por antonomasia creadoras de fuentes de obligaciones, como la contratación, tienen todavía un lugar privilegiado en esta era tecnológica. El contrato electrónico como fundamento básico del comercio electrónico es la parte troncal en los trabajos legislativos, consiguiendo regularlo en toda su extensión. El perfeccionamiento de los contratos es una de las cuestiones más fundamentales para otorgar confianza entre las partes que intervienen en las múltiples transacciones realizadas por medio electrónico. Figuras como la del consentimiento común de las personas, que tradicionalmente se ha plasmado en papel, ahora se realiza por un medio electrónico con un simple «clic» a golpe de ratón,

pero el principio tradicional y antiguo *pacta sunt servanta*, sigue vigente en cuanto al cumplimiento obligatorio de lo pactado entre las partes desde el momento de la creación de dichos deberes.

Otro elemento fundamental dentro del comercio electrónico es la firma electrónica que vincula al firmante al documento del que se trate, así como a los datos que en él se contienen. La multiplicación de documentos y contrataciones hechas por medio de los soportes informáticos, requiere la autenticación de los autores para que la vinculación al firmante o signatario tenga plena validez jurídica. La fragilidad de los medios electrónicos y el uso cada vez más frecuente de la contratación electrónica, obligan a identificar a las partes firmantes o signatarias que poseen un dispositivo de creación de firma y que actúan en nombre propio o en nombre de una persona física o jurídica a la que representan. Esta forma jurídica capaz de aprobar la personalidad de un firmante, ofrece certeza y confianza en cualquier tipo de negociación si se considera que su creación, la de la firma electrónica, se basa en el uso de un medio de control exclusivo de quien lo utiliza.

Deberíamos mostrarnos conformes con la eficacia jurídica de la contratación electrónica a la par de la contratación en papel, en donde las consecuencias jurídicas pueden ser semejantes en ambas modalidades, existiendo desde un principio la voluntad de dos personas que consienten en obligarse. Esta referencia se puede prorrogar a la firma electrónica cuya eficacia jurídica es equiparable, en todos sus efectos, a la tradicional y clásica firma manuscrita por reunir los requisitos necesarios para su validez y las condiciones elementales para producir efectos jurídicos también semejantes; aunque cabría determinar en cuales de las firmas mencionadas en el trabajo nos encontramos, en la firma electrónica normal o una firma electrónica avanzada, cuya especialidad vimos en el aparatado segundo del trabajo.

Podremos coincidir que el comercio electrónico es de carácter internacional y las redes son su salvaguarda. La tecnología que posibilita el avance rápido y la infraestructura informática que habilita este comercio electrónico son una plataforma inmejorable; lo cierto es que el soporte jurídico no avanza a la misma velocidad que las innovaciones técnicas y las consecuencias legales que de éstas se crean. Por lo tanto, el principal trabajo del legislador debe centrarse en la creación y adaptación de las normas a toda situación que se presente.

Por último, y no por ello menos importante, agradecer la labor y su trabajo a mi tutor.

Es un honor ver su nombre plasmado en la portada junto al mío y aun no habiendo tenido el privilegio de ser su alumno durante mucho tiempo, me hizo dar el paso a solicitar su tutela para la realización de este trabajo, sin lugar a dudas, esa mezcla, que a mi juicio le caracteriza, le convierte en un ejemplo de buen jurista y buena persona. Sabiendo que hoy en día, y con la poca experiencia que tengo, la profesión de abogado tiende a tener un trato muy clásico, tradicional, y a su vez frío. En cierta manera es fruto de la responsabilidad y honorabilidad que la envuelve; pero dejándolo a un lado esta opinión, siempre demuestra ser una persona que apuesta por el factor humano, no priorizando la labor de jurista, forma de trabajo que yo agradezco sin lugar a dudas.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN

### **BIBLIOGRAFÍA:**

ALMAGRO NOSETE, J., 2000, Comentario del Código Civil, Bosch, págs. 489-490.

CASTÁN TOBEÑAS, J., 1988, Derecho Civil Español, Común y Foral, 15ª ed., págs. 446-447.

DÍEZ-PICAZO, L., 1993, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, 4ª ed., págs. 75-291.

DE CASTRO, F., 1985, El negocio jurídico, Civitas, pág. 69.

GALLIZA, A., 1992, Il documento informatico e la sicurezza giuridica, Rivista del Notariato, pág. 81-82.

ILLESCAS. R., 2000, Derecho de la contratación electrónica, Civitas, pág. 33.

JUSTINIANO, 533 d.C., Digesto, Cuarta Parte, pág. 22.4.4.

MATEUS DE ROS, R. y LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, M., 2003, Derecho de Internet, Navarra, Aranzadi, pág. 100.

MIRABELLI, G., 1986, Contratto tra terminali e documento elettronico, Rivista del Notariato, págs. 772 y 773.

MORENO NAVARRETE, M.A., 2002, Derecho-e, 1º Edición, pág. 32.

ZAGAMI, R., Firme digitale, Crittographia e validità del documento elettronico, Roma, Diritto Informatico, 1996, págs. 153 y 154.

### **LEGISLACIÓN:**

Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil.

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio.

Ley Modelo CNUDMI / UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (Actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.

Comunicación de la Comisión Consejo, al Parlamento Europeo, y al Comité Económico y Social, de 17 de junio de 1998, "Comercio electrónico y fiscalidad indirecta".

## DERECHO-E: COMERCIO ELECTRÓNICO Y CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, 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).

Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Circular número 3/2001, de 24 de septiembre, a Entidades de Crédito, que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.