

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

JOSÉ MANUEL SUÁREZ ROBLDANO
Magistrado

Palabras clave: contratos, comercio electrónico, prueba pericial electrónica, documentación informática, diligencias preliminares, medidas cautelares.

ENUNCIADO

En virtud de las relaciones comerciales habidas entre dos empresas dedicadas a la comercialización y a la fabricación de productos destinados a la instalación de equipamientos para la extracción de áridos y otros materiales aptos para la construcción de obras públicas diversas, la empresa que comercializaba y distribuía tales materiales suministrados a ella por la otra recibió diversos correos electrónicos referidos a las calidades y precios establecidos para su adquisición, pagando un precio inferior, ya que estimó que había recibido otro posterior ajustando a la baja dichos precios en razón del importe o entidad de las remesas que se contemplaban.

El abogado defensor de la entidad compradora o adquirente, frente a una carta recibida de la asesoría jurídica de la vendedora o fabricante reclamando precios superiores a los considerados por aquella, estima que procede hacer frente, contestando y oponiéndose, a la demanda que pueda presentarse al existir pruebas de la procedencia de los precios inferiores ofrecidos y no aceptados por dicha compradora. Se plantea así la procedencia de hacer frente a los mismos atendiendo a una pericial informática que pueda plantearse al respecto.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Qué debe hacerse si existe la referida discrepancia y cuál es el valor y régimen legal de la denominada pericia informática o telemática?

2. ¿Cuál será la utilidad de la prueba informática en el caso planteado?
3. ¿Cuál es la práctica en el caso de conflicto de competencia jurisdiccional y de leyes o de Derecho internacional en un supuesto similar, pero con elemento de extranjería planteado?

SOLUCIÓN

1. En cuanto a los criterios prácticos de la valoración de la prueba electrónica a practicar en los procesos civiles, cuya presencia en ellos aumenta progresivamente, día a día, se deben hacer las siguientes amplias consideraciones referidas a todos sus aspectos:

A) LA OBTENCIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

• **Aportación por las partes**

Aportación con la demanda y excepciones

La evidencia informática, cualquiera que sea el soporte en el que se ubique, tiene un tratamiento legal en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC) y normas complementarias de las que se tratará en este momento análogo a la de las pruebas documentales.

Su aportación por las partes o introducción en el proceso civil, como regla general ordinaria, deberá tener lugar en el momento de la demanda y de la contestación, por expresa remisión del artículo 265 al 299 de la LEC 1/2000, con la finalidad de que la parte contraria pueda preparar en debida forma su defensa.

Pero, siendo ésa la regla general en el proceso civil, lo cierto es que la LEC 1/2000 establece, asimismo, la posibilidad de aportar o introducir documentos en la audiencia previa al juicio ordinario al indicar que ello podrá ocurrir cuando no puedan disponer de ellos al momento de la demanda o de la contestación, bastándoles en ese caso con designar el archivo, protocolo o lugar en el que se encuentren, así como si se trata de datos del demandante que se han puesto de manifiesto a consecuencia de las alegaciones de la contestación (art. 265 LEC 1/2000).

En el juicio verbal, hay que tener en cuenta que el artículo citado reserva dichos documentos para el acto del juicio o vista del mismo.

También pueden presentarse documentos electrónicos, entre la audiencia previa y hasta el juicio en el ordinario y después de la vista en el juicio verbal en los casos del artículo 270 de la LEC 1/2000,

o sea, en los casos de evidencias de fecha posterior, que sean desconocidos o que no se puedan haber obtenido antes. Y en los del artículo 271, o sea, cuando se trate de evidencias referidas a hechos nuevos o de nueva noticia.

Designación y deber de exhibición

Previéndose en la LEC 1/2000, como ya hemos mencionado, la posibilidad de designación de archivos, protocolos y lugares cuando no se disponga de los documentos en el momento de la demanda o de la contestación, la falta de aportación por falta de colaboración de la parte contraria le obliga a exhibirlo (art. 328), debiendo aportarlo el tercero requerido salvo que se trate de información clasificada o reservada (arts. 330 y 332).

Forma de la aportación

Tras la modificación operada en la LEC 1/2000 por la Ley 41/2007, los artículos 267 y 268 reformados permiten la aportación de documentos públicos por copia simple en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrán de ir firmados mediante firma electrónica reconocida, incorporándose original, copia o certificación si se impugna su autenticidad; respecto de los documentos privados también pueden presentarse por medio de imágenes digitalizadas incorporadas a anexos firmados electrónicamente, pudiendo presentarse la copia simple que se posea en imagen digitalizada siempre que no se impugne.

En todo caso, deberán aportarse tantas copias de los documentos informáticos como partes haya en el proceso en atención a la aplicación analógica de los artículos 273 y 280, debiéndose anular lo actuado si la copia presentada es inexacta en comprobación digital efectuada al respecto.

La conservación digital o telemática

La prueba que se encuentre en soporte informático, análoga a la de documentos, precisará su práctica en lugar diferente del órgano jurisdiccional para poder acceder al contenido del mismo, pudiéndose aportar el DVD y el disquete con la copia en papel de su contenido, con la ulterior finalidad de examinarlos para comprobar su autenticidad si se negare de contrario (arts. 384 y ss.), en la forma pericial establecida para el cotejo de letras de que se trata luego.

• **Diligencias preliminares**

Su carácter previo al proceso

Como es sobradamente sabido, una de las actuaciones previas al proceso, preparatoria o preliminar al mismo, necesaria para que el mismo tenga éxito o realizable con la finalidad de obtener la documentación precisa para acreditar extremos del mismo, está constituida por estas denominadas diligencias preliminares que, tras la reforma de la Ley 19/2006, de 5 de junio, han adquirido un per-

feccionamiento en el trámite superior al inicial y, además, cubren con detalle supuestos que interesan en este seminario.

En lo referente a las acotaciones procesales de interés en relación con la aportación previa de archivos, datos y documentos electrónicos, debe destacarse que no se puede interrumpir su solicitud por medio de declinatoria, acordándose por auto a dictar en cinco días (no se olvide la necesidad de acordar con urgencia cualquier medida de comprobación electrónica ante el peligro de desaparición de su documentación específica) en el que se establecerá la garantía o caución del solicitante a prestar en tres días, sobre la que trataremos después.

Una vez acordadas las solicitadas que se consideren justificadas, el juez ordenará que se cite y requiera a los interesados para que cumplan lo solicitado en la sede del juzgado o en otro lugar en el plazo de diez días, garantizando la confidencialidad y a puerta cerrada en su caso, pudiendo acudir experto de parte para el análisis de los documentos electrónicos correspondientes. La oposición es posible a continuación. El artículo 261 sanciona la negativa a cumplir con lo ordenado, siendo de destacar la posibilidad de intervención, entrada y registro judicial con la finalidad de analizar la informática y ordenadores, así como los archivos correspondientes por el experto del solicitante, además de tenerse por admitidos los hechos o la contabilidad del solicitante.

Exhibición de archivos sobre capacidad, representación o legitimación

Tiene por finalidad concretar dichas circunstancias y la negativa al requerimiento permite dar por ciertos los hechos del solicitante. No será relevante aquí la función del experto salvo que se facilite la actuación del mismo analizando la documentación electrónica interesada.

La exhibición de documentos y cuentas de sociedad o comunidad

Se caracteriza porque la negativa permite dar por ciertos los datos del solicitante, permitiéndose en otro caso el análisis contable de la documentación electrónica por experto designado por el solicitante.

Concretar afectados en proceso de defensa de intereses colectivos

También se dirige a dicha concreta actuación posterior, pudiéndose practicar las diligencias precisas, incluso posteriores de análisis de la documentación electrónica con dicha finalidad.

Documentación referida a infracciones de propiedad intelectual e industrial por medio de la distribución

Tienen por finalidad constatar, por medio de la intervención, entrada y registro judicial en su caso y el análisis de la documentación de todo tipo, incluida la electrónica realizada por experto, la posible existencia de infracciones de los derechos de propiedad industrial mediante actos de distribución comercial.

Documentación de las mismas infracciones de carácter bancario, financiero, comercial y aduanero

Con igual finalidad que en el caso anterior, pero contraída al análisis de la documentación comercial, financiera y aduanera.

Otras leyes: diligencias de comprobación de hechos

Se establece la remisión a lo dispuesto en otras leyes, tales como la Ley de Patentes en cuanto a la comprobación de hechos, aplicándose las normas de las diligencias preliminares de la LEC 1/2000 que no se opongan a ellas. Debe citarse aquí, especialmente, lo establecido en la Ley de Patentes, en sus artículos 129 y siguientes. La labor del experto informático será esencial en estos supuestos, dada la trascendencia de los intereses en juego, siendo relevante la posible formación de pieza de confidencialidad al respecto.

Anticipo de gastos y caución a cargo del solicitante

La exigencia de que el solicitante preste caución previa suficiente para garantizar los gastos y los daños y perjuicios que se puedan ocasionar va dirigida a evitar diligencias preliminares inoportunas o sin base, debiendo el solicitante, en todo caso, anticipar el importe de sus gastos y el de los originados a los que deban cumplirlas, tanto interesados y terceros, como expertos.

- **Medidas cautelares**

Carácter abierto y no tasado de las medidas

Dispone la LEC 1/2000 un sistema abierto de medidas cautelares, de tal manera que, además de las expresamente establecidas al efecto en la tipología amplia descrita en su artículo 727, su apartado 11 remite a las que aconsejen las circunstancias del caso analizado, debiendo destacarse las consistentes en la adopción de decisiones cautelares referidas a la enunciada en su apartado 9 sobre el depósito de todo aquello relacionado con las infracciones de las leyes de propiedad intelectual e industrial o que se utilicen con dicha finalidad, tales como listados o documentación informática que debe analizarse luego. También podrán aportarse pruebas periciales electrónicas para fundar la solicitud de medidas cautelares.

Anteriores al juicio

Con anterioridad a la presentación de la demanda solo pueden instarse si concurren acreditadas razones de urgencia o necesidad, debidamente justificadas. En todo caso quedan sin efecto si no se presentan de demanda en los 20 días siguientes a su adopción.

Simultáneas a la demanda

Serán las que se pidan de ordinario y habitualmente, debiendo cumplir los acreditados requisitos de existencia de apariencia de buen derecho desprendida de las diligencias acompañadas a la demanda y de peligro en el retraso de su adopción.

Posteriores a la demanda

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 730.4 de la LEC 1/2000, sólo pueden instarse si cambian las circunstancias y hechos existentes cuando se presentó la demanda.

Caución y cuantía

Ésta será la exigida a tenor del criterio al respecto establecido en el artículo 728 de la misma ley, o sea la derivada de «la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice (...) sobre el fundamento de la solicitud de la medida». O sea, a lo que preliminarmente se observe sobre la posible prosperabilidad de la pretensión ejercitada y no solo sobre el valor de los intereses en litigio, debiendo ser de entidad menor cuanto mayor se considere judicialmente que ha de tener éxito la pretensión ejercitada en la demanda. En los procesos de defensa de intereses colectivos se puede eximir de prestar dicha caución a los demandantes.

• **Pericial y previa intervención judicial**

El perito informático

El perito informático será normalmente el encargado de buscar y de analizar las evidencias electrónicas, que son rastros existentes en los equipos informáticos que, debidamente preservados, y puestos en relación con la información existente en otros ordenadores o en el conjunto de otras evidencias o de hechos probados, permiten demostrar que se ha ejecutado una acción por medios informáticos así como quién o quiénes la han llevado a cabo, siendo al efecto fundamental la preservación o conservación y custodia de las evidencias electrónicas para que no se invalide la prueba y pueda estudiarse por los peritos.

El técnico informático colegiado, normalmente, intervendrá en asuntos judiciales referidos a la publicidad engañosa por medios informáticos, competencia desleal, obligaciones referidas a compraventa de bienes informáticos o de contratación de servicios o de obra, venta por vía de Internet, consentimiento por medios telemáticos y valoraciones de bienes informáticos. Por supuesto, también y con carácter general, en la búsqueda de datos referidos a comunicaciones electrónicas en los equipos informáticos de los que nieguen dichas comunicaciones o informaciones como ciertas y existentes. Recuérdese lo que al respecto establece el artículo 1.262 del Código Civil.

El informe pericial electrónico

El peritaje o informe pericial electrónico ha de responder con claridad, concisión, fundamentación técnica y soporte que lo justifique a las cuestiones planteadas por las partes, existiendo una evidente tendencia actual a excluir las conclusiones que no suponen sino una valoración subjetiva añadida que, en realidad, le corresponde al juez y a las partes en sus conclusiones dirigidas al mismo y contenidas en los correspondientes escritos de alegaciones procesales al final del juicio.

Problemática de la práctica de la pericia informática

La misión del perito informático será analizar la existencia de evidencias electrónicas o la existencia de rastros en los equipos informáticos que, debidamente conservados, se ponen en relación con la información contenida en otros ordenadores o en otras evidencias o hechos probados, permitiendo así demostrar que ha tenido lugar un comportamiento a acción por medios informáticos, así como su autoría o quién sea el que los ha llevado a cabo o ejecutado.

La evidencia informática o electrónica exigirá para su obtención o acceso la orden judicial permitiendo el acceso al ordenador que la contiene en principio, pudiéndose completar con el análisis del registro del proveedor o servidor del correo, si de correos electrónicos buscados se trata.

Como toda pericia, la pericia informática o electrónica irá dirigida, al igual que el resto de las pruebas que se practiquen en el proceso, a obtener la convicción del juez respecto a un hecho o dato determinado, siendo un medio en progresivo aumento por lo que se refiere a su utilización en los juicios civiles.

Resulta esencial, a estos efectos, el sistema de custodia o de conservación de la prueba y, en tal sentido, ha de indicarse que el informe pericial electrónico debe referirse al contenido de los archivos peritados, describiendo su significado y características, así como los pasos o hitos ocurridos desde la recepción o intervención de los equipos informáticos hasta el momento del dictamen, trabajándose siempre sobre copias clónicas o duplicadas de las originales, sin alterar el contenido del disco del ordenador sospechoso o analizado por el perito («cadena de custodia»).

Debe recordarse, asimismo, que la prueba electrónica tiene una gran volatilidad y posibilidad de alteración, debiendo adoptarse las precauciones técnicas exigidas al efecto para su debida conservación y custodia debidamente garantizada y documentada.

La aprehensión de la información contenida en el ordenador o en los elementos informáticos en cuestión ha de tener lugar por orden judicial o entrega voluntaria, explorándose a continuación los archivos y registros existentes.

Como es sabido, en la ratificación judicial del informe informático, se deberán dar las explicaciones y la crítica del perito que pueda hacer el perito de la otra parte.

B) VALOR DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

• Consideración telemática

Equiparación al documento en papel tradicional

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información y de Comercio Electrónico de 11 de julio de 2002 (publicada en el BOE del 12 de julio

siguiente) «Siempre que la ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico».

Ello significa la absoluta equivalencia o equiparación entre el de siempre documento en papel y el documento electrónico o telemático, aunque las leyes establezcan exigencias especiales al respecto, y ello ocurre así sin necesidad de reformar ninguna de las leyes que establecen una forma escrita al respecto.

Pero, a continuación, y por obvias razones de carácter garantista, se excluyen en el artículo 23.4 de dicha ley: «No será de aplicación lo dispuesto en el presente Título a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica». De esa forma, se permite para el futuro la posibilidad de documentación pública electrónica o telemática, cosa que ocurrirá con seguridad.

Posibilidad de corrección de errores de datos en contratos con consumidores

De enorme importancia, y por eso lo recogemos en este apartado, hay que referir que el artículo 11.2 de la Directiva sobre Comercio Electrónico ha sido atendido por la Ley de 11 de julio de 2002 al establecer en sus artículos 27.1 c) y 28.1 (modificado el primero por la Ley de 28 de diciembre de 2007) que el prestador del servicio, salvo que ni el mismo ni el destinatario sea consumidor y así lo acuerden, ha de poner a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, con información clara, comprensible e inequívoca sobre los extremos siguientes: trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, si el prestador va a archivar el documento en el que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible, los medios técnicos que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato (entendiéndose cumplidas si figuran en su página de Internet, y si se accede con medios de pantalla reducida mediante la indicación de dicha dirección), antes de realizar el pedido o contrato, con consiguiente obligación de acuse de recibo por parte del prestador del servicio sin demora indebida y por vía electrónica. Tal acuse de recibo no será necesario cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante el intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente (SMS), siempre que estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación.

• **Autenticidad del documento telemático**

Se trata de esta cuestión al analizar las cuestiones referidas a la tipología de la documentación electrónica y a la eficacia en juicio de la misma. Debemos resaltar que el peritaje informático o electrónico tendrá singular relevancia al respecto puesto que, negada la autenticidad o autoría del docu-

mento en soporte informático, el análisis del experto en relación con la incidencia, momento y lugar en el que se produjo será de incuestionable importancia para acreditar su imputación a persona o entidad determinada y, en consecuencia, su responsabilidad jurídica probatoria derivada.

- **Los correos electrónicos**

Hoy en día, merced a la propia relevancia del tráfico informático, a su rapidez, a la falta de formalidad de las relaciones propias del comercio, de las transacciones y de los contratos, viene siendo habitual su utilización junto con los más fiables burofax del correo público. Los problemas de su existencia, impugnación y aportación al proceso han sido ya tratados o se tratan más adelante.

- **Los SMS**

La aportación al proceso o la propia obtención de su contenido, con el auxilio judicial de la intervención telefónica, exigirá la aportación de las técnicas derivadas de los conocimientos del experto informático, aplicándoseles las consecuencias jurídicas propias del correo electrónico cuando no se discuta su autenticidad o los medios supletorios de comprobación aplicables al mismo y establecidos al efecto por la LEC 1/2000.

Aunque con aún pequeña incidencia, la jurisprudencia menciona la necesidad de acudir al tráfico de mensajes telefónicos o SMS para acreditar la facturación en las Sentencias de la Audiencia Provincial de León (Secc. 2.^a), de 11 de octubre de 2004 y de Almería (Secc. 3.^a) de 7 de julio de 2005.

- **La firma electrónica certificada**

Tipología de documentación electrónica

El artículo 3.º de la Ley 59/2003 de firma electrónica dispone lo siguiente:

«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.

2. 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.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. 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.

5. Se considera documento electrónico el redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente.

6. 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.

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.

7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable.

8. El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que por el prestador de servicios de certificación, que expide los certificados electrónicos, se cumplen todos los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la garantía de los servicios que presta en la comprobación de la eficacia de la firma electrónica, y en especial, las obligaciones de garantizar la confidencialidad del proceso así como la autenticidad, conservación e integridad de la información generada y la identidad de los firmantes. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9. No se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

10. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas.»

Viene, pues, el precepto referido a distinguir la eficacia de la firma electrónica de la avanzada, y en ésta la reconocida de la no reconocida, siendo la primera de ellas la que se equipara a la que consta manuscrita en papel por estar basada en un certificado reconocido y estar generada por un dispositivo seguro de creación de la firma.

Al igual que ocurre con el tradicional y ya progresivamente superado documento en soporte de papel, el documento electrónico puede contener tanto documentos públicos, administrativos, judiciales y notariales, como documentos privados. Dichos documentos en soporte electrónico, firmados

también electrónicamente, pueden ser presentados como prueba documental en los juicios y, de impugnarse en ellos la autenticidad de los que tengan firma reconocida electrónicamente, la comprobación de su autenticidad se hará merced a los certificados electrónicos expedidos por el prestador de servicios de certificación.

Si se tratare, en segundo lugar, de la impugnación de documento con firma electrónica avanzada, con la que se han firmado los datos incorporados al documento electrónico, se ha de estar a lo previsto en el artículo 326.2 de la LEC 1/2000 en cuanto a la impugnación de los documentos privados, de tal manera que se pedirá el cotejo pericial apropiado al medio electrónico empleado por las partes en el documento en cuestión.

Por último, las comunicaciones electrónicas sin firma electrónica o con firma electrónica no reconocida a las que acabamos de referirnos, contengan los archivos o contenidos de que se trate, han de ser objeto de reconocimiento pericial inmediato con la finalidad de comprobar su autenticidad impugnada, debiendo obtener del juez competente la orden judicial de intervención más inmediata posible ante la posibilidad de su pérdida o falta de vigencia del período de conservación de los mismos por los prestadores de servicios correspondientes o medios *hardware* de los implicados.

Eficacia en juicio de la documentación electrónica

Es lo cierto que por virtud de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, se ha venido a introducir un tercer apartado en el artículo 326 de la LEC 1/2000 con la finalidad de dar fuerza probatoria a los denominados documentos electrónicos, utilizándose la técnica de la remisión a la misma Ley de Firma Electrónica, en su artículo 3.º. Por lo demás, la referida ley, publicada en el BOE del 20 de diciembre de 2004, regula detalladamente el régimen jurídico de la seguridad jurídica derivada de la utilización de la denominada firma electrónica. Es objeto de la disposición en cuestión la eficacia jurídica, la prestación de servicios de certificación y la firma electrónica en general.

También se preocupa la ley referida de la fe pública notarial y judicial para establecer, en su Disposición Adicional Primera, que las disposiciones de la misma no modifican ni sustituyen a las normas que regulan las funciones de los funcionarios que tienen la facultad de dar fe en documentos. Se establece el DNI electrónico, se permite la emisión de facturas por vía electrónica y se modifican determinadas disposiciones de la complementaria Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, aparte de extender a las personas con discapacidad y de la tercera edad los beneficios de los dispositivos de la firma electrónica.

Debe, asimismo, recordarse que no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos con que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

De conformidad, asimismo, con lo dispuesto en el citado artículo 3.º, cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se

tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas, dándose así preferencia, también en este campo y como no podía ser de otra forma, a lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil sobre la autonomía de la voluntad contractual de las partes negociadas.

2. A tal respecto, ha de señalarse lo siguiente:

Relevancia de la prueba electrónica en el mundo económico y empresarial

Sólo unas breves líneas para apostillar que, de manera indudable, la actualización informática, telemática y de servicios electrónicos que ha sucedido en todas las empresas, incluidas las de carácter familiar, lleva consigo el dato incuestionable de que la mayoría de la documentación, facturación y actividades de las mismas queda reflejado en soporte digital, de tal manera que en numerosas ocasiones, si se quiere tener de garantías de éxito, será imprescindible que se acuda a la pericia electrónica para acreditar los hechos base de las demandas y de las oposiciones a las presentadas con garantías de éxito.

Perspectivas de futuro

En el inmediato futuro y en el devenir a medio plazo, lo que se acaba de decir habrá que multiplicarlo de manera exponencial. Nos guste o no, vivimos en una sociedad tecnificada al máximo. Los intercambios, las comunicaciones y los negocios se efectúan, se registran, se conciertan y se documentan con bases electrónicas. Cada vez ocurrirá en mayor grado y ello, necesariamente, conllevará la necesidad de acudir en los procesos, cuando surja el conflicto o el incumplimiento, a las pericias y a los expertos electrónicos, cuya relevancia será, posiblemente, decisiva en no pocas ocasiones para el éxito de la tutela judicial ejercitada por las partes.

No puede olvidarse que será la pericia informática la que determine la prueba de los hechos sostenidos en cuanto a la existencia de documentación electrónica conocida y constatada por la parte contraria.

Expuesta en el primer punto la actual visión legal del marco legal e interpretativo de la autenticidad así como de la consecuente valoración de la denominada prueba electrónica o telemática, sí se puede añadir, sin temor a equívoco alguno, que la actual legislación peca de exceso de remisiones, asistemática y dispersión no deseables, aparte de plantear o dejar en el aire determinadas cuestiones que, aun posiblemente afectadas por el criterio de la proporcionalidad, no quedan bien definidas, tales como las referidas al propio marco específico de la prueba electrónica o la orden judicial civil para identificar a una pluralidad de infractores en Internet de los derechos de propiedad intelectual (supuesto referido en la ya famosa, por citada, STJUES de 29 de enero de 1998).

Sería así deseable que, mediante las reformas legales precisas, se introdujera en la LEC 1/2000 una normativa completa referida a todas las cuestiones citadas sin que asistiéramos a remisiones genéricas, a veces no muy claras, y respetando, por supuesto, la confidencialidad propia de muchas de las posibles informaciones que puedan obtenerse por medio de las pruebas electrónicas.

3. Se ha de indicar, con respecto a la tercera cuestión suscitada, que constituye una ardua materia la referida a la competencia territorial e internacional determinante de cuál sea, dentro de España, el Juzgado de Primera Instancia llamado a conocer de las demandas referidas a contratos celebrados a través de medios telemáticos, debiendo distinguirse los criterios aplicables a unos y a otros:

- Respecto a los celebrados en España o *conflictos de competencia interna*: hay que partir de la regla establecida en los artículos 50 y 51 de la LEC 1/2000, debiendo estarse –cuando de personas físicas se trate– al fuero correspondiente al domicilio del demandado, o el de su residencia en España si no estuviera domiciliado en nuestro país. Si no pudiera determinarse ni uno ni otra, será competente el Juzgado del domicilio del demandante. Si se trata de empresarios, también será fuero de competencia el del lugar en el que desarrollen su actividad y, de tener varias sucursales, el del lugar de cualquiera de ellas a elección del demandante.

Cuando de personas jurídicas se trate, el fuero viene determinado por el domicilio social correspondiente a las mismas, así como por el lugar en el que haya nacido o surgido el contrato o haya de producir efectos y ser cumplida siempre que en ellos haya sucursal abierta o representante autorizado. Los entes sin personalidad podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad.

- Respecto de los *conflictos de jurisdicción*, cuando haya un elemento persona física o jurídica de extranjería: en cuanto a la Unión Europea rige, en la actualidad el Reglamento 44/2001 que, en su artículo 2.º, establece el fuero general correspondiente al domicilio del demandado, exceptuándose para los contratos al disponer el artículo 5.º 1 del mismo que:

«Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

1) a) En materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda.

b) A efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

– Cuando se tratare de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías.

– Cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

c) Cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a).»

Cuando el conflicto surja respecto de un tercer país no comunitario, hay que estar a las reglas establecidas en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en materia de contratos, remite a la sumisión expresa o tácita de los contratantes a los juzgados y tribunales españoles, domi-

cilio del demandado en España y, asimismo, al fuero también determinado por la regla idéntica a la del artículo 5.º 1 del Reglamento 44/2001 antes citado.

• Respecto de la *norma jurídica sustantiva aplicable o regla de derecho internacional privado aplicable*, o de conflicto: que es donde surge el problema principal, hay que tener en cuenta que se debe distinguir, de nuevo, entre Estados de la Unión Europea y terceros Estados. Respecto de los primeros, rige el Reglamento 593/2008 (Roma I), que se aplica desde el 17 de diciembre de 2009 (art. 29), en el que se remite a la aplicación de la ley designada aunque no sea la de un Estado miembro (art. 2.º) y en el que se establecen los puntos de conexión determinados por aquella ley elegida por las partes contratantes aunque sea posterior a la propia celebración del contrato (art. 3.º), aplicándose a falta de elección de la ley por las partes, las reglas del artículo 4.º:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dichas normas conflictuales se complementan con las contenidas en los artículos 5.º a 8.º del mismo Reglamento referidas a los contratos de transporte (ley elegida y en su defecto país de la residencia habitual del transportista), consumo (residencia habitual del consumidor), seguros (leyes a elección de las partes de protección) y de trabajo (ley elegida con protección del trabajador).

En cuanto a los terceros Estados, regirán las reglas conflictuales de contratos contenidas en el Código Civil que, en este aspecto (art. 10.5), lleva a considerar que hay que tener en cuenta la ley del lugar al que las partes se hayan sometido expresamente siempre que tenga conexión con el negocio de que se trate, y en su defecto la ley nacional común de los contratantes, la de la residencia habitual común o, en último lugar, la ley o conexión determinada por la **ley del lugar de celebración del contrato**. A falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen. El punto de conexión final general determinado por la ley de lugar de la celebración del contrato es el verdaderamente conflictivo en los contratos de comercio electrónico. Teniendo en cuenta que la calificación debe hacerse de conformidad con lo dispuesto en el derecho español (art. 12.1 del CC), se ha venido entendiendo al respecto que habrá que estar al fuero determinado por el lugar en el que se hizo la oferta en atención a lo establecido en el artículo 1.262 del Código Civil aunque el contrato telemático se haya perfeccionado en el momento de manifestar la aceptación mediante el toque de tecla correspondiente, por lo que hay que averiguar dicho lugar determinado por el lugar de emisión del mensaje y no el del servidor (aunque así lo haya entendido la Corte de casación francesa) que lo cursó al aceptante. Sería así el lugar de la residencia habitual o establecimiento del que envía el mensaje (art. 15.4 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico). Para el caso de aplicación del punto de conexión determinado por el lugar de cumplimiento del contrato, por remisión o pacto de las partes, atendiendo al artículo 1.171 del Código Civil, deberá acudir a lo pactado al respecto por las partes, al lugar de situación del bien en el momento de la venta y al lugar del domicilio del deudor en último lugar como puntos de conexión determinantes de cual sea la ley llamada a regir la decisión conflictual y el litigio planteados con elemento de extranjería en presencia.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Código Civil, arts. 10.5, 1.171, 1.255 y 1.262.
- Ley 11/1986 (Patentes), arts. 129 y ss.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 50, 51, 265 a 299, 326.2, 328, 330, 332, 362.5, 384 y ss., 727, 727.11, 728 y 730.4.
- Ley 34/2002 (Servicios de la Información y del Comercio Electrónico), arts. 23.3, 23.4, 27.1.c) y 28.1.
- Ley 59/2003 (Firma Electrónica), art. 3.º y disp. adic. primera.
- Ley Modelo de UNCITRAL (Comercio electrónico), art. 15.4.
- Directiva 2000/31/CE (Aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior), art. 11.2.
- Directiva 2004/39/CE (Mercados de instrumentos financieros), art. 4.º 1.17.
- Reglamento (CE) n.º 44/2001 (Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil), arts. 2.º y 5.º 1.
- Reglamento (CE) n.º 593/2008 (Ley aplicable a las obligaciones contractuales), arts. 2.º a 8.º y 29.
- STJUE (Pleno), de 29 de enero de 2008.
- STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal), de 6 de febrero de 2006.
- SSAP de Girona, Secc. 1.ª, de 20 de enero de 2004, de La Rioja, de 20 de septiembre de 2004, de Málaga, Secc. 6.ª, de 21 de diciembre de 2005 y de Baleares, Secc. 5.ª, de 10 de octubre de 2006.
- Auto de la AP de Madrid, Secc. 10.ª, de 10 de marzo de 2006.