

ROBINSON GUERRERO CLAVIJO

Licenciado en Derecho

Diplomado de Internet y Comercio Electrónico

Extracto:

Los avances tecnológicos aplicados en las diferentes facetas de la vida diaria suponen necesariamente la adaptación de la sociedad a los cambios que dichos avances traen aparejados.

La masificación de Internet ha supuesto toda una revolución del conocimiento, dando paso a la denominada **sociedad de la información** en la que se tiene acceso, desde cualquier lugar del mundo, a una ingente cantidad de información y en la cual se generan una serie de relaciones entre los sujetos que interactúan en la red.

Debido al carácter transnacional que tiene Internet, y a las innumerables posibilidades que ofrece, no resulta nada fácil crear instrumentos jurídicos que permitan reglamentar su utilización.

Con la finalidad de brindar seguridad en este entorno y, de paso, regular la multiplicidad de relaciones en él generadas, se han ido creando herramientas jurídicas que permitan controlar los contenidos y el uso que de Internet se hace, mantener la seguridad jurídica de la contratación y las relaciones establecidas por este medio, así como dotar de elementos identificativos a quienes interactúan en la red.

En España, a pesar de que ese desarrollo legislativo ha sido tardío, hoy ya se cuenta con un instrumento que regula, de manera general, lo que se han llamado servicios de la sociedad de la información y, de manera específica, el comercio electrónico.

.../...

.../...

En efecto, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, en su Exposición de Motivos, plantea que su objetivo final es incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de protección de los intereses de los consumidores.

Sumario:

Introducción.

1. Planteamientos generales de la Ley 34/2002.
2. Del comercio electrónico en particular.
 - 2.1. Naturaleza jurídica de la contratación electrónica.
 - 2.2. Comunicaciones comerciales por vía electrónica.
 - 2.3. Formalidades y requisitos de la contratación electrónica.
 - 2.4. Propuestas de contratación.
 - 2.5. Perfeccionamiento del comercio electrónico.
 - 2.6. Ejecución del contrato electrónico.
 - 2.7. Prueba del contrato y firma electrónica.

INTRODUCCIÓN

Durante los años 50, época en que la investigación militar norteamericana buscaba implantar una red de comunicaciones segura e independiente, nadie imaginó que en el fondo, lo que realmente se estaba gestando era el futuro de las comunicaciones, el comercio y el intercambio de información. Hoy después de más de 50 años de desarrollo en este tipo de tecnología, el mundo se encuentra frente a los grandes retos que impone un nuevo medio que afecta todas las áreas de actividad social y económica.

Como todo tipo de innovación masificada, Internet y los demás medios de comunicación telemática, generan nuevas actividades, plantean nuevas relaciones y crean una serie de condiciones que es necesario regular de manera específica, para un desarrollo ordenado del sector.

Esto ha hecho necesario que los diferentes países adopten mecanismos jurídicos para regular y hacer frente a todas y cada una de las vicisitudes que puede presentar el desarrollo de las tecnologías de la información.

En España, a pesar de que ese desarrollo legislativo ha sido tardío, hoy ya se cuenta con un instrumento que regula, de manera general, lo que se han llamado servicios de la sociedad de la información, y de manera específica, el comercio electrónico.

En efecto, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, en su Exposición de Motivos, plantea que su objetivo final es incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, y 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de protección de los intereses de los consumidores.

En suma, lo que se pretende es dejar una regulación actual ¹ de todo lo concerniente al comercio electrónico, a la prestación de servicios y al intercambio de información a través de la red, sin dejar de lado la protección de los consumidores de este tipo de servicios ².

¹ Algunos autores consideran, y de hecho se ha dejado plasmado en la Directiva 2000/31/CE, que la evolución actual de la tecnología no permite crear una herramienta legal que dé cobertura absoluta a las relaciones ocasionadas como consecuencia de la innovación tecnológica; en ese sentido, se plantea como principio imperante de este tipo de normas el de la NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA, que consiste en que los instrumentos legales que se creen no tomen partido por ningún tipo de tecnología de modo que puedan ser aplicables a cualquier innovación que surja.

² Es necesario tener en cuenta que, pese a la regulación general sobre este tema, la evolución normativa del comercio electrónico ha girado siempre en torno al aseguramiento de las transacciones, en definitiva a la prueba de dichas transacciones, del documento electrónico, mediante la regulación específica de la firma y los certificados electrónicos.

Todo esto, debido a que la implantación del comercio electrónico en las sociedades modernas es un hecho que no podemos negar desde ningún punto de vista. El interés en este medio de comunicación viene determinado por el creciente empleo de las Tecnologías de la Información para realizar actividades comerciales, que hasta épocas recientes, se desarrollaban por medios tradicionales.

Las ventajas que los medios electrónicos llevan consigo, podrían concretarse en la agilidad, celeridad, comodidad y sobre todo un significativo ahorro en costes tanto de producción como de organización logística para los empresarios; y por parte de los consumidores, los beneficios se traducen en una oferta de bienes y servicios mucho más amplia y la comodidad de hacer las transacciones desde cualquier lugar que se elija³. Esto obviamente implica la utilización de equipos electrónicos, a través de los cuales y a petición del usuario se presta el servicio requerido. Así pues, la decisión de contratar vía electrónica se debe, con frecuencia, a la comodidad derivada de no tener que desplazarse para adquirir el bien o recibir el servicio deseado, así como la facilidad y rapidez para acceder a la información relativa a los productos y servicios que se ofertan, pues no hay más que visualizar las imágenes y descripciones explicativas que aparecen en la pantalla del ordenador para conocer el producto o servicio y decidirse por su adquisición⁴.

Sin embargo, junto a las ventajas que ofrece este medio de contratación, en palabras de muchos tratadistas, el problema más destacado del comercio electrónico es la seguridad⁵, pues la confianza en el sistema es una de las piedras angulares de la contratación electrónica⁶.

Efectivamente, en un estudio realizado por la Organización de Consumidores y Usuarios⁷ se señala que la desconfianza generada en el sistema puede resumirse en la falta de información completa y transparente, la recepción del producto sin los documentos necesarios, los problemas generados con la entrega, la práctica de efectuar el cargo en la cuenta antes de la recepción efectiva del producto cuando se opta por el pago mediante tarjetas de crédito y el descuento de los gastos de envío al solicitar la devolución del importe pagado.

Esta desconfianza se debe también a que una de las características que define la contratación electrónica es la falta de presencia física simultánea de las partes, es decir, que ellas no tienen en el momento en que se realiza la contratación, otro nexo diferente a la vía electrónica⁸.

Los problemas que hemos enunciado se intentan superar a través de la regulación de esta nueva modalidad de comercio, por ello haremos una breve exposición del contenido de la Ley 34/2002, de

³ BENUN, Ilise. *Self Promotion Online: Marketing Your Creative Services Using Web Sites, E-Mail and Digital Portfolios*. Paperback. 2001. Pág. 17.

⁴ PÉREZ CONESA, Carmen. «Contratación Electrónica». *Aranzadi Civil*. Febrero de 2002. Núm. 20.

⁵ BARRIUSO RUIZ. *La contratación electrónica*. Dickinson. 1998. Págs. 239 y ss.

⁶ CAVANILLAS MÚGICA. «Dieciocho recomendaciones para empresas que practiquen comercio electrónico con consumidores». *Actualidad informática de Aranzadi*. Núm. 37. Octubre de 2000. Pág. 1.

⁷ Revista *OCU COMPRA MAESTRA*. «Comprar en Internet». Diciembre de 2001. Núm. 232. Págs. 24 y 25.

⁸ ARRANZ ALONSO, Lucía. *Derecho tecnológico*. Ediciones Experiencia. 2004. Pág. 73.

11 de julio, que pretende de alguna manera dar seguridad jurídica⁹ a este tipo de transacciones, explicaremos las principales innovaciones que trae y el efecto de las mismas en el aspecto mercantil.

Adicionalmente, haremos mención a algunas medidas de tipo técnico y organizativo que deben tenerse en cuenta y que vienen exigidas en la Ley de Servicios de la Sociedad de Información o en normativa que resulta de aplicación, como es el caso de la protección de datos de carácter personal, reglamentada por la Ley Orgánica de Protección de Datos¹⁰ y el Reglamento de Medidas de Seguridad¹¹ (en adelante LOPD y RMS, respectivamente), y la Ley de Ordenación de Comercio Minorista¹² (en adelante LOCM), entre otras.

Finalmente, haremos una breve reflexión sobre los documentos electrónicos, las ventajas y desventajas de su utilización¹³ y cómo se ha ido evolucionando para asegurar y dar certeza probatoria sobre su validez¹⁴.

1. PLANTEAMIENTOS GENERALES DE LA LEY 34/2002

La regulación vigente y las novedades legislativas que están apareciendo entorno a las tecnologías de la información y el comercio electrónico, son merecedoras de algunos comentarios previos al análisis del texto legal.

En el Congreso de los Diputados, el 27 de junio, se aprobó y, en el BOE de fecha 12 de julio se publicó la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de Información (en adelante LSSI) y, con fecha 6 de agosto de 2002 se publicó en el BOE la corrección de errores de la misma.

Esta ley surge como respuesta al llamamiento de la Unión Europea para que cada país establezca su propio marco normativo y así se regule con más fuerza aquello que considere más relevante dada su situación concreta con respecto a los problemas que genera el comercio electrónico en cada entorno. Adicionalmente, se incorpora a la legislación española la Directiva 2000/31/CE, la cual tiene por objeto el garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros de la Unión, sentando los principios que han de regir: país de origen, libre prestación de servicios y no-autorización previa¹⁵.

⁹ STC de 13 de abril de 2000, *Es decir, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*. STC 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».

¹⁰ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹¹ Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

¹² Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación de Comercio Minorista.

¹³ CARRASCOSA LÓPEZ, Valentín. «Valor probatorio del Documento Electrónico». *Informática y derecho*. Núm. 8.

¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho Procesal Civil*. Ed. Bosch. Barcelona. Pág. 76.

¹⁵ Presentación de la Directiva 2000/31/CE.

Esta normativa pretende regular las actividades de Internet para que tengan un tratamiento similar a las que no se realizan por medio de la red. El texto ha incluido en su paso por el Congreso y el Senado más de un centenar de enmiendas ¹⁶. A pesar de ello, ha sido muy criticada al estimarse que, en algunos aspectos excede de sus competencias y llega a afectar los derechos fundamentales de las personas, por lo que tendría que tener un carácter orgánico ¹⁷.

Se establece, adicionalmente, su inaplicabilidad en materia de fiscalidad, protección de datos ¹⁸, actividades de notarios o profesionales equivalentes cuando impliquen ejercicio de autoridad pública, representación y defensa ante tribunales y juegos de azar que supongan apuestas monetarias.

Regula aspectos tales como, la información general exigida a los prestadores de servicios, responsabilidades, comunicaciones comerciales, contratos por vía electrónica, promoción de códigos de conducta, solución de litigios, cooperación entre Estados miembros, etc.

En el artículo segundo se define el ámbito de aplicación general de la ley, señalando que son las personas físicas o jurídicas que se encuentren establecidas en España o que por medio de establecimientos permanentes prestan sus servicios por vía electrónica. En este sentido varias de las asociaciones de usuarios de Internet ¹⁹ han manifestado que debió haberse exigido, además, que el prestador establecido deba ejercer su actividad por un período de tiempo indefinido, puesto que el hecho de definirse como un proveedor de servicios por tiempo definido, sería suficiente para sustraerse al campo de aplicación de la ley, sin olvidar que la mera utilización de un servidor situado en España no implicará necesariamente la sujeción del prestador de servicios a esta ley sino en determinadas situaciones.

Como último comentario respecto al artículo segundo, debemos decir que en éste no se incluyen otras entidades que en España pueden tener actividad económica, como pueden ser Asociaciones, Fundaciones y personas autónomas, quienes no deben registrarse en el Registro Mercantil, lo que ya genera un vacío en cuanto a este tipo de personas jurídicas ²⁰ pues no establece a qué registro deben acudir.

En lo relativo a las obligaciones que impone para los prestadores de servicios, aparecen como marco de referencia las siguientes obligaciones: hay que dejar constancia en el Registro Mercantil del nombre de dominio o dirección que lo identifique en Internet, hay que informar de forma gratuita de una serie de datos: razón social, domicilio, e-mail, datos de inscripción del nombre de dominio o dirección de Internet, autorizaciones administrativas necesarias para el ejercicio de su actividad, NIF, precio de los distintos productos o servicios que ofrece, el valor de los gastos de envío, los códigos de con-

¹⁶ Anales del Congreso de los Diputados. Estadísticas.

¹⁷ RIVAS ALEJANDRO, Xavier. *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Navarra. 1999.

¹⁸ A pesar de la excepción hecha en estas materias, la estrecha relación que tienen los servicios de la sociedad de la información con los datos personales ha obligado a regular algunos de estos temas en la ley. De hecho, según la Agencia Española de Protección de Datos un 23% de las infracciones a la normativa sectorial provienen de prestadores de servicios de la sociedad de la información.

¹⁹ AUI, Asociación de Usuarios de Internet. www.Aui.es.

²⁰ DAVARRA, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Editorial Aranzadi. 2002. Página 214.

ducta a los que se haya adherido, datos necesarios para el ejercicio de una actividad profesional en caso de ser necesario (título, colegio profesional, número de colegiado, normas profesionales).

Con estos requerimientos se busca dar una información general a los consumidores y/o usuarios acerca del servicio, las calidades y la seriedad del oferente, así como proporcionar las especificaciones técnicas del producto que se busca.

En cuanto a las responsabilidades y sanciones a que la LSSI somete a los prestadores de servicios y comerciantes, la sección segunda señala que éstas pueden ser de orden civil, penal y administrativo. Adicionalmente, impone a los prestadores de servicios de intermediación el deber de colaboración con los órganos administrativos o judiciales en la persecución de actividades ilícitas. Incluso algunos de ellos deben retener, por un período no inferior a un año, los datos generados por las comunicaciones que sean necesarios para la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información o determinar el origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio.

Dicho cúmulo de obligaciones y normas regulatorias tienen la finalidad de integrar todo un sistema de seguridad que permita regular los contenidos que circulan permanentemente por la red, establecer la obligación de los prestadores de intervenir en ese proceso y vigilar el tráfico comercial a través de la misma.

También se regula el envío de publicidad no solicitada, entendiendo como tal cualquier comunicación comercial por vía electrónica dirigida a la promoción, directa o indirecta, de imagen, bienes o servicios, que realice una empresa, organización o persona que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Esta práctica es conocida como *spam* y está terminantemente prohibida por la legislación. Por tanto, para poder enviar este tipo de e-mail, se deberá contar con el consentimiento previo del usuario y dichos correos deberán ser claramente identificables e incluir la palabra «publicidad».

Cabe mencionar que la nueva Ley General de Telecomunicaciones, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha modificado el artículo 21 de la LSSI por medio de su disposición final primera, flexibilizando la obligación allí contenida. A este respecto ahondaremos en el punto 2.1 de este trabajo.

Finalmente, la ley establece una serie de mecanismos tendentes a la creación y adopción, por parte de los prestadores de servicios en la red, de códigos de conducta particulares, con la finalidad de regular de manera más expresa la calidad del contenido y la información que por ella transita ²¹.

Desde otro punto de vista, la contratación por vía electrónica produce plenos efectos jurídicos cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez ²², rigiéndose

²¹ La experiencia de otros sectores como el de la publicidad respecto de este tipo de códigos es bastante positiva y permite la regulación del sector de forma ordenada y sin intervención estatal.

²² ASCARELLI, Tullio. *Studi in tema di contratti*. Milano, 1952. A. Giuffrè. Pág. 79 y Código Civil Español. De los Contratos.

los mismos por las disposiciones generales y lo dispuesto en la LSSI. Cuando intervengan consumidores finales, el contrato se entiende celebrado en el lugar de residencia de éstos y los celebrados entre empresarios o profesionales, salvo pacto, se entenderán celebrados donde esté establecido el prestador del producto o servicio. Existe un deber de informar al usuario, de forma clara, comprensible e inequívoca y, previo al inicio del procedimiento de contratación, en concreto, trámites previos, lengua, condiciones generales de contratación, etc. También hay obligación de confirmación de la aceptación del negocio jurídico en caso de que uno de los intervinientes sea consumidor final.

La LSSI potencia el arbitraje, permitiendo el uso de las tecnologías de la información en su procedimiento, lo que desde un punto de vista cualitativo permite obtener el concurso de profesionales especializados en temas tecnológicos para la resolución de conflictos.

Como se puede observar, los temas abarcados por la LSSI son muy diversos y complejos no siendo posible agotarlos todos en pocas líneas, por ello, intentaremos ofrecer una visión global de la regulación incluida en la normativa que regula el comercio electrónico.

2. DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN PARTICULAR

Como ya hemos tenido oportunidad de mencionar, otra de las finalidades que persigue la Ley 34/2002, es regular de manera específica todas las etapas de la contratación electrónica y proporcionar un instrumento útil para brindar seguridad y un marco de referencia adecuado en este tipo de contratos ²³.

En ese sentido, además de crearse un sistema regulatorio específico para esta nueva forma de comercio, se imponen una serie de obligaciones y se otorgan algunos derechos a las partes que intervengan en el proceso con el fin de superar la incertidumbre que genera la falta de presencia física simultánea de las partes y los problemas que esto trae aparejados.

2.1. Naturaleza jurídica de la contratación electrónica.

Resulta evidente que antes de la promulgación de la LSSI, las nuevas perspectivas abiertas por Internet y su uso comercial hicieron que se plantaran cierto tipo de relaciones comerciales no reguladas hasta ese momento, y que en muchos casos esas relaciones hayan sufrido vacíos debido a la imposibilidad de aplicarles la normativa contractual convencional ²⁴.

²³ ROUANET MOSCARDÓ, Jaime. «Valor probatorio procesal del documento electrónico». *Informática y Derecho*. Núm.1 UNED. Pág. 169.

²⁴ *Vid.* DÍAZ BRITO. «Contratación Electrónica: ¿Camino de laberinto?». *Aranzadi civil-mercantil*. Boletín mensual, núm. 23. Enero 2001. Págs. 2-3.

En términos generales la LSSI pretendió establecer un marco jurídico adecuado que permitiera potenciar el comercio electrónico y acabar con los vacíos que pudiese presentar, ocupándose única y exclusivamente de los aspectos a los que por su novedad o peculiaridad no se les podía aplicar la normativa general que rige en materia contractual ²⁵.

Sin embargo, y pese a los esfuerzos por regular el tema, queda en el aire la sensación de que el comercio electrónico se mueve entre varias aguas, por lo que diferentes tratadistas han abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de la contratación electrónica.

Lo primero que debemos decir al respecto es que el ámbito específico de la contratación electrónica no es, ni mucho menos, ajeno a la teoría general del negocio jurídico ²⁶ y en consecuencia a la realización de un contrato por medios electrónicos no le es inapropiada la aplicación de la normativa sobre obligaciones y contratos que recoge el Código Civil. Por esta razón, existen tratadistas que afirman que el electrónico es un medio de transmisión de voluntades negociales sin constituir, por ello, un nuevo derecho regulador de las mismas ²⁷.

De acuerdo con lo expresado, todas las técnicas digitales empleadas en la contratación se constituyen como un nuevo medio de comunicación a distancia que permite la celebración de un contrato sin afectar las reglas aplicables a la contratación en general.

Partiendo de la base de que los principios generales aplicables a este tipo de contratación son los contenidos en la teoría general del negocio jurídico, el paso siguiente es preguntarse cuál es la estructura jurídica de este tipo de contratos. En ese sentido, en algún sector de la doctrina, se afirmó en su momento que podría plantearse que la contratación se efectúa en el domicilio del suministrador del servicio. Sin embargo, se descarta por parte de los tratadistas la posibilidad de entender una página web como una especie de local comercial donde las personas tienen acceso físico a los artículos ofertados, justamente por la imposibilidad de acceder físicamente a ellos ²⁸. Por el contrario, podría pensarse que el contrato se celebra fuera del establecimiento del comerciante, y en consecuencia sería de aplicación la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil; pese a lo anterior, dicha norma exige que el contrato se realice en presencia del empresario o de un tercero que intervenga en su nombre y no sería correcta su aplicación, pues en el contrato electrónico, una de las características es la ausencia de presencia física simultánea de las partes ²⁹. Además este tipo de contratos no sería de aplicación cuando versen sobre cuantías inferiores a las estipuladas en el artículo 2.1.1 ³⁰.

²⁵ Ob. cit. 1. Pág. 40.

²⁶ ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ. «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos». *La Ley*. Vol. 4. 1992. Pág. 1.013.

²⁷ ILLESCAS ORTIZ, Rafael. *Derecho de la contratación electrónica*. Edit. Civitas. Madrid 2001. Págs 46-47.

²⁸ Ob. cit. 6. Págs. 62-63.

²⁹ Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Artículo 1.

³⁰ Ob. cit. 6. Pág. 62.

Agotadas estas opciones, parece que la configuración jurídica del contrato electrónico se encuadra en la contratación a distancia ³¹. La contratación a distancia conceptualmente responde a aquella que se celebra sin la presencia física simultánea de las partes, transmitiéndose la oferta de contrato y la aceptación por un medio de comunicación a distancia ³².

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista en su artículo 38.1 establece en términos generales esta conceptualización y la encuadra en la categoría que hemos mencionado de la siguiente manera: «Se consideran ventas a distancia las celebradas sin la presencia simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza».

Por otra parte, en la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo (LCEur 1997,1943), relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se definen éstos como: «Todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del mismo contrato».

Posteriormente, en el artículo 2.4 se define una técnica de comunicación a distancia como: «Un medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor...».

De todo lo anterior, podemos resumir los elementos principales que deben concurrir para la celebración de este tipo de contratos como son la falta de presencia física simultánea de las partes y la utilización de algún medio de comunicación alternativo que sirva como puente entre las voluntades de comprador y proveedor.

2.2. Comunicaciones comerciales por vía electrónica.

Partiendo de la base de que en el comercio electrónico en principio no hay posibilidad de presencia física simultánea de las partes, la vía por la que se realiza es la de las comunicaciones electrónicas (o cualquier canal alternativo de comunicación). Ésa es la razón por la que el Título III de la LSSI comienza estableciendo un marco general de lo que son las comunicaciones comerciales por vía electrónica y remite además dicha temática a lo dispuesto en la LOPD y la normativa vigente en materia de publicidad.

La idea del legislador al iniciar este Título con el apartado referente a comunicaciones comerciales es justamente reglamentar *ab initio* uno de los mecanismos empleados por los comerciantes

³¹ Ob. cit. 1. Pág. 41.

³² Vid. PÉREZ CONESA, Carmen. *Aranzadi civil-mercantil*. Boletín mensual, núm. 20. Febrero de 2002. Pág. 41.

para tomar contacto con sus posibles clientes y desarrollar sus relaciones comerciales con los mismos. En este sentido, los artículos 19 a 22 establecen el marco por el cual se deben llevar a cabo las comunicaciones comerciales remitidas por el comerciante a través del correo electrónico.

En efecto, el artículo 19 de la LSSI establece que tanto las comunicaciones comerciales como las ofertas promocionales están sometidas además de por la mencionada ley, por la normativa concerniente a protección de datos de carácter personal y a la normativa sobre publicidad.

El artículo 20 se dedica en dos numerales a establecer la forma que deben tener las comunicaciones comerciales y los requisitos con que se deben identificar.

La prohibición de hacer comunicaciones comerciales a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas por el destinatario está contemplada en el artículo 21. De acuerdo con esta norma, se requería solicitar el consentimiento expreso del titular de la cuenta de correo electrónico o el medio equivalente para poder remitirle comunicaciones comerciales y ofertas promocionales.

Sin embargo, la entrada en vigor, de la nueva Ley General de Telecomunicaciones³³ ha supuesto un cambio significativo en la regulación del correo electrónico publicitario no solicitado o *spam*.

Como ya hemos mencionado, con la anterior regulación se recogía en toda su extensión el principio de *opt-in*, por el cual sólo era posible enviar correos electrónicos publicitarios a aquellos interesados que los hubieran requerido o consentido expresamente, quedando prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente (por ejemplo, SMS) que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios.

La modificación del artículo 21 de la LSSI por la disposición final primera de la Ley General de Telecomunicaciones, recoge que la reseñada prohibición no será de aplicación cuando exista una relación contractual previa, siempre que el remitente de correo electrónico publicitario hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario³⁴ y los empleara para el envío de correos electrónicos publicitarios referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que hubieran sido objeto de contratación con el destinatario de la publicidad³⁵.

³³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. Disposición adicional primera.

³⁴ De acuerdo con la LOPD las formas mediante las cuales se pueden obtener lícitamente los datos son: solicitar el consentimiento del titular de los mismos, la obtención de los datos en medio de una relación legal o por medio de fuentes públicas.

³⁵ Este requisito es de carácter muy subjetivo y plantea el problema de definir cuáles son los bienes y servicios análogos o similares sobre los cuales se pueden enviar comunicaciones comerciales, dejándolo a decisión del buen criterio del comerciante y en su caso de la Agencia de Protección de Datos.

La nueva regulación supone una clara flexibilización de las posibilidades de uso de los datos personales relativos a la dirección de correo electrónico ³⁶ de aquellas personas con las que se haya mantenido una relación contractual previa. Ello siempre que se obtengan los datos personales cumpliendo las obligaciones impuestas por la LOPD. Se evita así el bloqueo que suponía para los comerciantes la necesidad de requerir el consentimiento expreso para el envío de correos electrónicos publicitarios, de todos los posibles destinatarios, independientemente de que la obtención de sus datos respondiera a puras relaciones contractuales.

Con esta norma se traspone a nuestro ordenamiento interno la regulación de las «Comunicaciones no solicitadas» del artículo 13 de la Directiva 2002/58, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Sin embargo, no debemos olvidar que el interesado sigue conservando su derecho a oponerse al tratamiento de sus datos, debiendo ponerse a su disposición «un procedimiento sencillo y gratuito» para tal fin, tanto en el momento de recogida de sus datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que se le dirijan ³⁷. Es significativo ver cómo el legislador se asegura de que los interesados mantengan siempre el control sobre el tratamiento de sus datos, el hecho de que la obligación de establecer procedimientos de revocación sencillos y gratuitos se establece en el nuevo artículo 21.2 y se reitera en términos muy similares en la nueva redacción del artículo 22.

Por último, es también importante señalar que, dentro de las modificaciones introducidas por la Ley General de Telecomunicaciones en la LSSI, se incluye en esta última a la Agencia de Protección de Datos (en adelante APD) como órgano con potestad sancionadora en cuestiones relacionadas con el *spam*, concretamente en lo relacionado con el control del cumplimiento de la LOPD en la obtención de las direcciones de correo electrónico de las personas y la remisión de comunicaciones comerciales a dichas personas.

Esta nueva redacción no resuelve, sin embargo, algunos problemas prácticos que se plantean como el referente al concepto de comunicación comercial y sus diferencias con la oferta contractual, pues como hemos tenido la oportunidad de analizar anteriormente, la LSSI no hace referencia alguna a ofertas contractuales y si éstas entran o no en la categoría de comunicaciones comerciales.

En nuestro concepto hay claros elementos diferenciadores entre lo que son comunicaciones comerciales y ofertas contractuales ³⁸ que en principio harían que estas últimas no se encontraran

³⁶ En varias ocasiones, la APD se ha pronunciado en el sentido de incluir la dirección de correo electrónico como un dato de carácter personal. *APD Memorias de 2000. Análisis de los principales desarrollos*.

³⁷ La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal establece la regulación de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los titulares de los datos con respecto a los mismos, y del mismo modo reglamenta las obligaciones de los titulares de ficheros donde consten dichos datos para garantizar los derechos de los titulares.

³⁸ Díez Pícazo, Luis. *Derecho Civil y Mercantil*. Editorial Tecnos. Págs. 40-54.

cubiertas por el régimen de la LSSI, con lo cual, aun no existiendo relación jurídica entre las partes, sería posible enviar este tipo de ofertas a los titulares de cuentas de correo electrónico ³⁹.

Sin embargo, haciendo mención al Derecho de Consumo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado considerando la declaración publicitaria como una oferta contractual ⁴⁰, tesis que desde el punto de vista teórico es aceptable siempre y cuando concurren en ella la capacidad, el objeto, la causa y la voluntad de obligarse por parte del oferente propios de los contratos ⁴¹. Esta interpretación nos lleva a afirmar que siguiendo criterios restrictivos propios o jurisprudenciales, la APD podría interpretar que las ofertas contractuales son equiparables a las comunicaciones comerciales y por tanto les es de aplicación la LSSI.

El análisis de este tema resulta importante en la medida en que toda la normativa concerniente a la protección de datos de carácter personal, impone ciertas obligaciones a los comerciantes y otorga ciertos derechos a los titulares de los datos que deben ser observados con mucho rigor por parte de los primeros, so pena de ser objeto de inspecciones por parte de la APD que puedan seguir con la apertura de un expediente sancionador y concluir con sanciones que varían entre 600 y 600.000 euros previstas por incumplimiento de la LOPD ⁴² y el RMS ⁴³.

Estos cambios suponen también, por lógica, la modificación de algunos detalles del régimen sancionador de la LSSI, pues a partir de ahora, la APD tendrá potestad para «la imposición de sanciones por la comisión de infracciones» referidas al *spam*, con lo cual el riesgo se amplía a ser objeto también de sanciones por incumplimiento de la LSSI.

Teniendo en cuenta que el correo electrónico también está considerado como un dato de carácter personal, desde un punto de vista práctico, una persona que realiza comunicaciones comerciales no consentidas, utilizando el correo electrónico, en principio estaría sujeta a una doble sanción. Por un lado, la derivada del incumplimiento de las normas sobre protección de datos y por otro lado la que tiene origen en la LSSI por envío de *spam*.

³⁹ Las diferencias entre comunicación comercial y oferta contractual desde un punto de vista formal pueden ser varias, sin embargo, desde la óptica sustancial se pueden resumir en que una comunicación comercial sólo puede considerarse oferta contractual si concurren en ella la capacidad, el objeto, la causa y la voluntad del oferente para obligarse, quedando dicha oferta sometida a la aceptación del destinatario para configurar el consentimiento. Adicionalmente, la responsabilidad derivada de la oferta o publicidad no viene por la vía de los tratos preliminares, sino fundamentada en la relación de confianza generada a través de la misma que se materializaría en una culpa *in contrahendo*. Finalmente, al no existir contrato, la responsabilidad por incumplimiento previo se reduce a responsabilidad extracontractual, de manera que la reparación vendría determinada por el interés contractual negativo del consumidor.

⁴⁰ STS núm. 894/1996 (Sala de lo Civil), de 8 de noviembre.

⁴¹ MANTECA VALDELANDE, Víctor. «Delimitación Jurídica de la publicidad en Derecho del Consumo». *Revista Distribución y consumo*. Enero-febrero de 2004.

⁴² La LOPD, Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, tiene claramente definidas las obligaciones y derechos tanto de los titulares de ficheros que contengan datos de carácter personal como de las personas incluidas en dichos ficheros; esta reglamentación se hace en los artículos 13 en adelante.

⁴³ El RMS, Reglamento de Medidas de Seguridad, consagra una serie de obligaciones de índole organizativo y técnico que debe ser observado por todo aquel que trate datos de carácter personal de terceros, claro está, teniendo en cuenta las excepciones consagradas en la LOPD.

Sin embargo, si tenemos en cuenta el principio de *non bis in idem*⁴⁴ según el cual una persona no puede ser sancionada dos veces con fundamento en la misma conducta, y si analizamos el bien jurídico protegido por una y otra ley, llegamos a la conclusión de que no cabe la aplicación de la doble sanción, pues la LOPD lo que busca es salvaguardar la intimidad de las personas en cuanto a los datos que les pertenecen y la LSSI lo que pretende es evitar al propietario de una cuenta de correo las molestias de recibir comunicaciones no deseadas.

En vista de las variadas interpretaciones que puede generar esta cuestión, concluimos expresando que para evitar cualquier tipo de incidente con el tratamiento de los datos concernientes al correo electrónico de las personas, lo más recomendable, como veremos en el apartado de gestión de riesgos derivados del comercio electrónico, es someterse a las interpretaciones más restrictivas de la APD y recabar el consentimiento del titular de los datos para poder enviarle comunicaciones comerciales en el caso de que no se tenga ningún tipo de relación jurídica con él.

2.3. Formalidades y requisitos de la contratación electrónica.

El Título IV establece lo relativo a la contratación electrónica desde el artículo 23. En efecto, la validez de un contrato celebrado por medios informáticos depende, en términos generales, de la normatividad establecida en esta ley, los Códigos Civil, de Comercio y otras normas complementarias. Lo que desde un comienzo nos indica que debemos someternos a los principios generales de nuestro sistema legal, que como es sabido, fundamenta la contratación en los principios enunciados por el artículo 1.261 del Código Civil.

Lo anterior quiere decir que nuestro sistema contractual se basa más en el consentimiento que en la forma para determinar la validez y eficacia de las obligaciones nacidas de un negocio jurídico⁴⁵ (arts. 1.258, 1.262 y 1.278 CC) Y partiendo de estos principios, la LSSI, en su artículo 23, exige que concurran el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez de los contratos celebrados por vía electrónica, sin que sea necesario acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

De la misma forma que un contrato convencional, el contrato electrónico se perfecciona por el consentimiento de las partes (art. 1.258 CC) una vez se ha desplegado la oferta, y sobre ésta ha habido aceptación respecto al objeto y la causa (art. 1.262 CC)⁴⁶.

Este contrato, sea cual sea la forma mediante la cual se realice, surte plenos efectos *inter partes* y las obliga siempre que concurran las condiciones esenciales para la validez.

⁴⁴ STC 112/1990, de 18 de junio, y STC 177/1999, de 11 de octubre.

⁴⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel y SECO CANO, Enrique. *Derecho civil*. Publicac. Madrid UNED. 1974.

⁴⁶ GIUDI, P. *Teoría jurídica del documento*. Ed. Giuffrè. Milano. 1950.

Esto nos lleva a resaltar otro aspecto importante, que es el relacionado con el principio de libertad de forma, en virtud del cual las formalidades del contrato sólo estarán sometida al arbitrio de las partes, salvo en los casos en que la ley exige que en aras del interés público o de terceros, ciertos contratos deban presentar determinada forma.

Vemos así cómo un contrato celebrado por medios electrónicos no difiere en sus elementos esenciales de uno firmado directamente por las partes sobre el papel.

Sin embargo, alguien podría preguntarse qué ocurre con los casos en que debe intervenir un notario ⁴⁷ para configurara un negocio jurídico que se realiza de manera electrónica.

En este supuesto, a nuestro juicio se facilita aún más la labor de integración de voluntades en un solo negocio jurídico, pues la normativa ⁴⁸ actual prevé la posibilidad de que por conducto electrónico, dos o más notarios se remitan, bajo su respectiva firma electrónica avanzada, el contenido de los documentos públicos autorizados por ellos que incorporen las declaraciones de voluntad de las partes, destinadas a conformar un único negocio jurídico.

En este orden de ideas, dos personas, una ubicada en Melilla y otra en Madrid, podrían hacer sus declaraciones de voluntad ante notario en sus respectivas ciudades y que éste a su vez le remita al otro notario dicha declaración para configurar un contrato único sin necesidad de más tramites, lo que nos pone de presente el inmenso abanico de posibilidades que se abren con la utilización de medios electrónicos en la contratación.

Como comentario final a esta norma, encontramos que la Directiva 2000/31/CE ⁴⁹ establece que los Estados miembros pueden excluir de la contratación electrónica determinadas materias, sin embargo, esta ley sólo excluyó lo relativo a los contratos de familia y sucesiones, dejando vía libre a los demás contratos, salvo que alguna norma especial exija otros requisitos.

De esta forma podemos observar cómo la contratación electrónica en esencia es igual a la contratación por medios convencionales y se le aplican los mismos principios; la diferencia radica, como hemos mencionado, en que los medios utilizados presentan una cierta complejidad a la hora de integrar los elementos constitutivos del contrato, lo que ha llevado al legislador a regular la materia en aquellos aspectos novedosos que lo requieren por la imposibilidad de aplicarles las normas generales sobre contratos.

⁴⁷ No podemos olvidar que los notarios pueden actuar por esta vía en todo lo que no corresponda con labores expresamente excluidas del ámbito de acción de la ley.

⁴⁸ Ley 24/2001, de 27 de diciembre. Ley de Acompañamiento de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2002.

⁴⁹ Las materias que pueden ser objeto de exclusión son las establecidas en el artículo 9.2 de la Directiva.

2.4. Propuestas de contratación.

Otro punto importante es el relacionado con la propuesta de contratación a través de medios telemáticos, si es una oferta, una invitación genérica a realizar ofertas o simplemente se trata de publicidad. En caso de que se trate de una verdadera oferta, la simple aceptación por parte del receptor de la misma, es decir, la realización del pedido, implicaría su aceptación y quedaría vinculado por la perfección del contrato.

La diferencia entre publicidad y lo que realmente constituye una oferta de contrato, en muchas ocasiones se torna en un camino gris de difícil delimitación, por esta razón es necesario tener presente lo dispuesto por los artículos 39.1 y 40 de la LOCM.

De acuerdo con esto, una propuesta de contratación debe expresar su condición de manera inequívoca, así como ofrecer información precisa respecto al carácter oneroso y la técnica de comunicación utilizada para efectuar el pedido. En ciertas ocasiones, cuando el carácter oneroso de la oferta resulte evidente no es necesario hacer una mención expresa, sin embargo, lo más recomendable es hacerlo.

Por otra parte, el documento de oferta de contratación deberá contener como mínimo la identidad del proveedor, las características especiales del producto, el precio, y en su caso, los gastos de transporte debidamente separados, la forma de pago y modalidades de entrega o ejecución y el plazo de validez de la oferta ⁵⁰.

Adicionalmente, y en concordancia con el artículo 13.1 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), toda la información contenida en una propuesta de contratación debe ser veraz, eficaz, suficiente y suministrarse al consumidor de modo claro y comprensible, por un medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada ⁵¹.

Ahora, en cuanto a la aplicabilidad de todas estas obligaciones en Internet, algún sector de la doctrina ha manifestado la dificultad que plantea entender como «oferta» una propuesta realizada por un proveedor en un entorno interactivo donde es el consumidor quien elige la información a la que desea acceder ⁵². Sin embargo, otro sector de la doctrina opina que esto realmente no es un obstáculo para que se configure una oferta, e incluso en el caso en que sea el propio consumidor el que escoja entre todas las ofertas que hay en las diferentes páginas web por la que finalmente se va a decidir, dependa de su voluntad, sin que pueda ser establecida *a priori* la identidad del destinatario de las mismas. En ese sentido, dicho sector doctrinal opina que en los términos establecidos en los artículos 40 y 41 de la LOCM, lo único que ocurriría es que si se trata propiamente de una ofer-

⁵⁰ Artículo 40 de la LOCM.

⁵¹ Artículo 4.2 de la Directiva 97/7/CE.

⁵² Ob. cit. 3.

ta la contenida en el medio interactivo, la declaración de voluntad de cualquier consumidor, entendida como aceptación, será suficiente para concluir ese contrato ⁵³.

En nuestro concepto, la posibilidad de que sea el propio consumidor quien decida la información a la que quiere acceder en los medios interactivos no exime al empresario de la responsabilidad de cumplir con todas y cada una de las obligaciones que contienen las normas de protección de los consumidores ⁵⁴ y la normativa sobre comercio minorista aplicable al comercio electrónico ⁵⁵, normas todas estas, que exigen al comerciante diferenciar claramente entre la publicidad que ofrece, las ofertas de contratación y delimita los requisitos mínimos de una y otra. Y en el último caso, que dicha oferta contenga los requisitos mínimos que la configuren correctamente.

En este orden de ideas, simplemente con que el medio interactivo de que se trate contenga los requisitos mínimos exigidos por la ley, sea cual sea el contenido elegido por el potencial cliente, se configura la oferta como tal, y en caso de que la persona manifieste su declaración de voluntad, entendida como aceptación, el comerciante a esas alturas ya debe haber suministrado toda la información del caso al consumidor. De hecho no puede permitir que el consumidor adquiera un determinado producto o servicio sin cerciorarse de que ha entendido y aceptado la suficiente información constitutiva de la oferta contractual. La finalidad de que se hagan todas estas exigencias a los empresarios que ofrecen sus productos por medios interactivos es que se ofrezca al consumidor toda la información necesaria sobre el producto o servicio que le interesa, para que de ese modo pueda conformar adecuada y libremente su voluntad negocial.

Por otra parte, en lo referente a las ventas a distancia, la doctrina ha definido como criterio determinante ⁵⁶ de la existencia de una oferta contractual que la propuesta de contratación reúna todos los elementos esenciales del contrato, como son: identidad del vendedor, determinación del objeto y precio, con independencia de su formulación en términos de oferta o como incitación a ofrecer o a contratar, de manera que el consentimiento del consumidor bastaría para que el contrato se perfeccione ⁵⁷.

Esta postura, aplicada al ámbito de los contratos celebrados por medios telemáticos nos indica que estaremos frente a una oferta de contratación cuando se hayan incluido en el contenido de la página web todos los elementos esenciales del contrato y los mecanismos para que el consumidor pueda emitir su aceptación ⁵⁸. Es más, en los términos establecidos en la LSSI que desarrolla la Directiva 2000/31/CE, será la comunicación comercial la que deba contener esos elementos esenciales del contrato para que pueda considerarse oferta, correspondiendo a cualquier consumidor que acceda a dicha comunicación emitir su aceptación con la consiguiente perfección del contrato.

⁵³ Véase PÉREZ CONESA, Carmen; CAVANILLAS MÚGICA y CLEMENTE MEORO.

⁵⁴ LGDCU, Ley Orgánica de Defensa de Consumidores y Usuarios.

⁵⁵ LOCM, Ley de Ordenación de Comercio Minorista.

⁵⁶ Vid. PÉREZ CONESA, Carmen. *Aranzadi civil-mercantil*, Boletín mensual, núm. 20. Febrero de 2002. Pág. 46.

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*. Pág. 685.

⁵⁸ CLEMENTE MEORO, Mario. *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*. Cit. pág. 78.

Además de la información esencial sobre los elementos constitutivos de la oferta comercial, la LSSI exige expresamente que se informe de manera clara, comprensible e inequívoca al destinatario del servicio, antes de que efectué su pedido, sobre los pasos técnicos que debe seguir para la celebración del contrato, si se va o no a registrar el contrato celebrado y si éste se va a hacer accesible, los medios técnicos para identificar y corregir errores, las lenguas en que se puede celebrar el contrato, la indicación de los códigos de conducta a los que se acoja el comerciante y el medio de consultarlos electrónicamente y por último las condiciones generales de contratación en el caso de que las haya.

Finalmente, y con la intención de proteger integralmente a los consumidores y usuarios de bienes y servicios se establecen una serie de obligaciones adicionales a los empresarios que prestan sus servicios a través de la red, como la constancia registral del nombre de dominio, el deber de colaboración y vigilancia con las autoridades y el deber de retención de ciertos datos para efectos de ponerlos a disposición de Jueces, Tribunales y el Ministerio Fiscal en caso de ser necesario.

Como se puede observar, se trata de dar una cobertura integral a los consumidores y usuarios de productos a través de la red y de dotar de elementos prácticos al tráfico jurídico por este medio, además de establecer ciertos controles a la actividad.

2.5. Perfeccionamiento del contrato electrónico.

Continuando con el análisis de la ley, debemos decir que uno de los aspectos más controvertidos de la contratación por medios electrónicos es el referente al perfeccionamiento del contrato.

Al igual que en la contratación por medios convencionales, la determinación del momento y el lugar en el que se perfecciona el contrato realizado por medios telemáticos resulta en ocasiones complejo y difícil de determinar, sobre todo si tenemos en cuenta que los contratantes pueden encontrarse en distintos países y pueden encontrarse cobijados por sistemas legales diametralmente opuestos y con requisitos diferentes.

Para poder establecer con claridad cómo se perfecciona el contrato realizado por medios telemáticos, debemos determinar desde el inicio si este tipo de contratos se realizan entre ausentes o entre presentes. Sobre esa cuestión existen teorías de los más variados orígenes, de las cuales sólo exponemos las más relevantes.

Por un lado, hay tratadistas que consideran que en la contratación electrónica podemos hablar de contratación entre ausentes en tiempo real, añadiendo que este tipo de contratación está más cerca de la contratación entre presentes que entre ausentes ⁵⁹.

⁵⁹ MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel. *Contratos Electrónicos*. Cit. pág. 37.

Otros consideran que la formación de los contratos por correo electrónico es sucesiva, pues no permite el intercambio sucesivo de información ni la comprobación inmediata de haberse recibido la oferta o la aceptación; mientras que si se emplea un medio de servicios interactivos de los que permiten el intercambio simultáneo de información, el tratamiento del contrato debe equipararse al de otros medios simultáneos como el teléfono ⁶⁰.

En contra de lo expresado anteriormente, algún sector de la doctrina considera que en la contratación electrónica no concurre la nota de inmediatez, pues en la práctica puede no existir una conexión permanente al proveedor de servicios por encontrarse éste utilizando sistemas informáticos para recepcionar la información ⁶¹.

Finalmente, una de las opiniones más generalizadas expresa que indudablemente en la contratación electrónica se está hablando de un contrato entre ausentes ⁶².

En nuestra opinión, para poder determinar el tipo de contrato del que se trata, hay que tener claro el concepto de contratación entre presentes, de acuerdo con esto, hay contratación entre presentes cuando existe presencia física simultánea de las partes ⁶³ con lo cual se exige que tanto empresario como consumidor se encuentren físicamente en el lugar donde se va a realizar el contrato, con las excepciones hechas en el numeral 3 del mismo artículo ⁶⁴.

La delimitación de este concepto nos lleva a concluir que si alguna de las dos partes no se encuentra físicamente a la hora de formalizar el contrato estaremos lógicamente frente a un contrato entre ausentes regido por la mencionada normativa específica.

En términos prácticos esto significa que a los contratos realizados sin presencia física simultánea de las partes se les debe aplicar la normativa referente a los contratos realizados a distancia ⁶⁵.

Ahora, teniendo presente que se trata de un tipo de contratación entre ausentes, el contrato electrónico debería entenderse perfeccionado desde el mismo momento en que concurren la voluntad de obligarse por parte del oferente, en los términos descritos en la oferta y por otra parte la aceptación del consumidor con los términos de la oferta.

En este punto, y sin apartarnos de los principios generales establecidos por los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, que fueron modificados por la ley que venimos analizando, debemos entender como regla general que hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

⁶⁰ DE MIGUEL ASENCIO, Pedro Alberto. *Derecho privado de Internet*. Madrid. Civitas, 2000. Págs. 337-338.

⁶¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. «Contratación Electrónica». *Revista de Actualidad Civil*. 2001.

⁶² VATTIER FUENZALIDA, Carlos. «En torno a los contratos electrónicos». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Núm. 1. Enero de 1999.

⁶³ LOCM, Ley de Ordenación de Comercio Minorista. Artículo 38.

⁶⁴ RIVAS ALEJANDRO, Xavier. *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi, Navarra. 1999.

⁶⁵ Respecto a este tema, véase punto 2.1. Naturaleza jurídica de la contratación electrónica.

De acuerdo con esto, el contrato electrónico debería entenderse perfeccionado una vez llegado a conocimiento del prestador del servicio el pedido del consumidor, esto por aplicación literal del artículo 1.262.2 del Código Civil o desde que haya llegado al buzón del oferente, así éste no tenga un conocimiento efectivo⁶⁶ con la finalidad de no dejar al libre arbitrio del oferente la conclusión del contrato.

En concreto, en lo que se refiere a las ventas realizadas a través de Internet, cabe destacar que, en concepto de algunos autores, hay que diferenciar claramente entre dos tipos de propuestas de contratación; la que llega a conocimiento del cliente potencial en su correo electrónico u otro medio equivalente y la que permanece estática en el servidor a la espera de que dicho cliente potencial la consulte⁶⁷.

En el primer caso, efectivamente la propuesta de contratación es puesta en conocimiento del potencial cliente y en el momento en que éste manifiesta su aceptación se perfecciona el contrato al concurrir las dos voluntades, incluso antes de que el oferente sepa que se ha aceptado. En el segundo caso, la propuesta de contratación permanece estática en un servidor a la espera de que los potenciales clientes la consulten, con lo cual el contrato se perfecciona con la aceptación expresada ante el servidor, lo que igualmente obliga al oferente como una extensión de su voluntad.

Por otra parte, debemos tener presentes algunos requisitos adicionales que se exigen por la LSSI a este tipo de comercio:

- a) La confirmación de la aceptación recibida por parte del oferente, que está prevista en la LSSI como un deber de información posterior a la celebración del contrato. La finalidad es que el aceptante tenga la confirmación de que el oferente ha recibido su conformidad con los términos del contrato.

Sin embargo, se debe tener en cuenta también que este deber no siempre es de obligatorio cumplimiento, pues en determinados casos, como cuando ambos contratantes así lo acuerden siempre y cuando ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante correo electrónico o cualquier otro medio equivalente, claro está, cuando estos medios no sean utilizados para evadir el cumplimiento de este deber legal no es preceptivo cumplirlo⁶⁸.

Como se puede observar, los supuestos en los que se puede obviar dicha obligación legal se encuentran muy restringidos y básicamente se refieren a los casos en que los contratantes son compañías que realizan sus negocios a través de este tipo de medios, o cuando se trata de contratos celebrados por medio de correo electrónico.

- b) Además, de acuerdo con la normativa que venimos comentando, se entiende que el lugar de celebración del contrato, cuando intervenga como parte un consumidor, es donde éste tenga su residencia habitual.

⁶⁶ LAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Págs 404-405.

⁶⁷ Vid. RIVAS ALEJANDRO, Xavier. *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet*. Editorial Aranzadi. Navarra. 1999.

⁶⁸ Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI). Artículo 28.3.

La delimitación como domicilio contractual del lugar de residencia del consumidor, en los términos establecidos en la LSSI, se establece como una presunción de carácter legal y tiene como finalidad proteger a los diferentes consumidores y usuarios de servicios ante los posibles abusos que pueda cometer el comerciante, y al mismo tiempo, facilitar la interposición de las acciones que aquellos consideren en defensa de sus propios intereses.

- c) Finalmente, la LOCM exige que se conceda un plazo de siete días al usuario para desistir de la operación y devolver el material adquirido. Se exceptúan de la posibilidad de devolución, todos los bienes que puedan ser copiados o reproducidos con carácter inmediato como el software ⁶⁹. Este derecho de desistimiento faculta al comerciante para cobrar al cliente los gastos de devolución de la mercancía y en su caso los daños que por su culpa se hayan causado a la misma.

2.6. Ejecución del contrato electrónico.

En términos generales, lo concerniente a la ejecución de los contratos está supeditado a la voluntad de las partes y subsidiariamente a las normas sobre obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil y el Código de Comercio. Sin embargo, ante los innumerables problemas teóricos y prácticos que ocasionaba la aplicación de estos principios en las ventas realizadas por medios telemáticos y la posición de indefensión en la que se ponía a los consumidores y usuarios obligó a regular particularmente esta cuestión y de ese modo superar los desequilibrios.

Adicionalmente, la particular operativa que presenta el comercio electrónico nos obliga a hacer la distinción entre el comercio electrónico directo e indirecto, enunciado por la LSSI, pues si se trata de un servicio que puede perfeccionarse por un medio telemático y ejecutarse a través del mismo medio se llamará comercio electrónico directo. Pero si por el contrario, es un contrato celebrado por medios telemáticos, pero que necesita una infraestructura logística diferente como correo o mensajería se llamará indirecto.

Sobre este tema se ocupa exhaustivamente la LOCM estableciendo una serie de obligaciones para los comerciantes, que consisten básicamente en:

- a) El contrato electrónico origina la obligación principal para el prestador del servicio de entregar los bienes o efectuar el servicio solicitado a cambio del pago del precio por el destinatario del mismo, simplemente se trata de enunciar la obligación general de satisfacción de las prestaciones mutuas propias de todo contrato.
- b) De acuerdo con el artículo 43.1 de la LOCM el prestador del servicio tiene un plazo máximo de 30 días para hacer efectiva la prestación, siempre que no se hubiera determinado en

⁶⁹ LOCM, Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Artículo 44.

la oferta un plazo de ejecución ⁷⁰. Estos 30 días se cuentan desde el momento de la recepción del pedido por el vendedor. En el mismo sentido se expresó la LSSI disponiendo un plazo similar, salvo pacto en contrario de las partes.

Si se incumple con el plazo estipulado para cumplir la obligación, el consumidor puede elegir entre solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato, junto con la indemnización de daños y perjuicios si procediera ⁷¹.

- c) Se establece adicionalmente en el artículo 47 un deber de información, según el cual a la ejecución del contrato, el comprador deberá haber recibido información escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación, información comprensiva de todos los datos señalados en el artículo 40 y, además, de la dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social, en su caso, las condiciones de crédito o pago escalonado, documento de desistimiento o revocación identificado claramente como tal, y conteniendo el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.
- d) Finalmente, la obligación principal del consumidor que contrata por vía electrónica es la de pagar el precio del servicio que haya recibido. Como medida de protección del consumidor, la obligación de pago nace desde el momento de la entrega del producto o desde la prestación del servicio solicitado y no podrá exigirse antes. Sólo podrá exigirse antes cuando el pedido tenga que elaborarse con unas características especiales para el comprador. Sin embargo existe una forma de exigir un pago anticipado y es cuando se carga el precio en cuenta antes de la entrega del producto o prestación del servicio cuando se paga más barato. Por ello la recomendación de las asociaciones de usuarios es pagar contra reembolso.

2.7. Prueba del contrato y la firma electrónica.

De la misma manera que el derecho sustancial se ha visto visiblemente afectado por la entrada de las nuevas tecnologías en el campo contractual, simultáneamente el derecho procesal ha tenido que adaptarse a las nuevas situaciones que se presentan. En ese sentido la LSSI ha establecido una serie de mecanismos que pretenden integrar al derecho procesal herramientas que permitan hacer exigibles los contratos suscritos por medios telemáticos y proteger a los intervinientes en los mismos.

La regla general que establece nuestro ordenamiento jurídico para la realización de contratos, incluidos los contratos telemáticos, es la libertad de forma establecida en el artículo 1.278 del Código Civil. De acuerdo con dicha norma los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez. Sin embargo, como señala Díez-PICAZO, ciertos negocios jurídicos carecen de plena validez y efi-

⁷⁰ La Directiva 97/7/CE establece un plazo igual para estas obligaciones en su artículo 7.1.

⁷¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la LOCM*. Pág.685.

cacia jurídica a menos que la voluntad se haya manifestado a través de las especiales solemnidades previstas en la ley. Dichas solemnidades se reducen principalmente a dos: la necesidad de celebrar ciertos contratos **por escrito** y la exigencia de **firma** ⁷².

Tanto en nuestro derecho (art. 1280 CC) como en el *common law* (*Statute of Frauds*, todavía de aplicación en EEUU) se puede encontrar la exigencia de celebrar un contrato por escrito.

En el ámbito comunitario, en su momento la DCE aportó las bases suficientes para estimar que el formato electrónico satisface la obligación de celebrar el contrato por escrito. De acuerdo con el artículo 9 de la DCE, los Estados miembros están obligados a eliminar barreras (y en particular, barreras formales) a la conclusión de contratos electrónicos (exigencia basada en la Ley Modelo de comercio electrónico de UNCITRAL de 1996).

La transposición española no ha dejado ninguna duda al respecto, y el artículo 22.1 reza:

«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.»

Posteriormente, el artículo 24 de la LSSI establece como mecanismo procesal la validez de los contratos electrónicos que constan por esas mismas vías.

Tanto en EEUU como en Inglaterra, la jurisprudencia (en interpretación del *Uniform Commercial Code* estadounidense o el propio *common law* pre-existente) ha relajado este requisito lo suficiente como para abarcar documentos o información almacenada en formato electrónico ⁷³.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos extraer como conclusión que, en principio, no se requiere ningún tipo de formalidad para el contrato realizado por medios telemáticos y que el principio de la libertad de forma prima en este tipo de actos. En ese sentido, la referencia que hace la normativa que hemos mencionado tiene simplemente como finalidad ratificar la validez de dichos contratos, lo que en nuestra opinión no tiene mayor valor, pues esa validez se debe presumir *per se*.

Sin embargo, desde un punto de vista probatorio, al permitirse la presentación de documentos electrónicos como prueba de la celebración de un contrato y de las comunicaciones intercambiadas por las partes, se abre todo un abanico de posibilidades que necesariamente deben ser integradas por el derecho procesal dentro de su estructura ⁷⁴.

⁷² DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho Civil y Mercantil*. Editorial Tecnos.

⁷³ GREGURAS, Fred M. *Electronic Commerce: Online Contract Issues*. Law Seminars International. 1998.

⁷⁴ MALDONADO ELVIRA, Sergio. *Comercio electrónico entre empresas (B2B)*. Internet, Claves legales para la empresa. Civitas 2002.

Como es obvio, este tipo de documentos presentan algunos inconvenientes como determinar qué documento es original y que documento es copia, si dicho documento ha sido manipulado o no y sobre todo los signatarios del mismo ⁷⁵.

En realidad, este tipo de problemas aún persisten, por lo que los abogados deben valerse de los técnicos informáticos para encontrar la manera más limpia de aportar los documentos y evitar la tacha de falsedad o manipulación sobre los mismos, utilizando para ello todas las herramientas técnicas a su alcance.

En cuanto a los requisitos de la firma, éstos también acompañan el requisito de la celebración «por escrito» (así ocurre con el art. 688 CC –forma del testamento– y las reglas de aplicación en el Reino Unido con respecto a las emisión de facturas por los abogados).

Este punto en concreto ha sido desarrollado en el ámbito comunitario, pues la «Directiva de Firma Electrónica» (transpuesta inicialmente en nuestro Real Decreto de Firma Electrónica de 1999, ahora sustituido por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre) provee las bases para estimar que un registro electrónico que iguale las capacidades de la firma manuscrita (identidad de las partes, intención de vincularse al contrato e integridad de los contenidos del contrato) satisfaría el requisito de firma.

Compartimos, sin embargo, la opinión de SCHNEIER ⁷⁶, de acuerdo con la cual la equiparación no puede nunca ser exacta, pues incluso mediante el uso de «firmas avanzadas» la comunicación entre la persona física y el soporte informático de dichas firmas no llega nunca a verificarse, de modo que serían más equiparables a los sellos personales de otras épocas (si bien proveen garantías indudablemente mayores).

A pesar de las iniciativas existentes en EEUU e Inglaterra al respecto, la firma no alcanza en *common law* el nivel de solemnidad con el que cuenta en los sistemas continentales. Es por ello que, por ejemplo, el único impacto realmente apreciable de las *Electronic Signatures Regulations* en el Reino Unido ha sido el producido por el reconocimiento mutuo de certificados válidos a través del mercado interno ⁷⁷.

En EEUU, la *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* es de aplicación a nivel federal, mientras que la *Uniform Electronic Transactions Act* está destinada a la legislación estatal). Ambas establecen un sistema flexible y una fijación de estándares mínimos (a pesar del carácter más cerrado de la primera iniciativa en la materia: la *Utah Digital Signature Act* 1996, de gran influencia en la Directiva comunitaria) ⁷⁸.

⁷⁵ PLAZA, Javier. *Breve comentario a la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico*, Alfa-Redi, 2002.

⁷⁶ SCHNEIER, Bruce. *Beyond Fear: Thinking Sensibly About Security in an Uncertain World*. Editorial Copernicus. 2002.

⁷⁷ SCHNEIER, Bruce. *Why Digital Signatures Are Not Signatures* (referred to by Lars Davies, CCLS).

⁷⁸ REED, Christopher. *Internet Law: Text and Materials*. Butterworths. 2001.

Por otra parte, el Reino Unido comenzó aprobando la *Electronic Communications Act* en el año 2000 (sin aportar una sola novedad con respecto al *status quo*) y aprobó este mismo año las *Electronic Signatures Regulations*, en transposición de la «Directiva de Firma Electrónica»⁷⁹.

Como se puede observar, la larga tradición del concepto de documento como escrito ha planteado un reto bastante difícil de superar y por ello los intentos de los diferentes sistemas legales de hacer efectivamente equiparables los documentos electrónicos y los documentos suscritos en formato papel, y además dotar de la misma seguridad jurídica ambos documentos, es difícil; sin embargo, el camino recorrido hasta ahora se puede evaluar como muy positivo y permite ya en la actualidad realizar cierto tipo de transacciones con total seguridad, sin embargo algunas otras transacciones deben ser dotadas de sistemas de protección, no sólo de firma sino también de encriptación, que resultan muy costosos y poco accesibles, por lo que el camino a recorrer es largo aún.

Siguiendo con las consideraciones al respecto, haremos unos comentarios técnicos respecto a la firma electrónica. Como es suficientemente conocido, la formación de la firma tradicional se materializa de forma manual, mientras que la firma electrónica se ha de materializar a través de una determinada técnica y ha de circular por un determinado medio. Este último es generalmente Internet⁸⁰.

La herramienta para la formación de la firma electrónica, es decir, para otorgar seguridad a las transacciones y, por tanto, prueba, se realiza a través de técnicas criptográficas de cifrado, concretamente la técnica basada en la criptografía de clave pública, la cual genera la denominada «firma digital».

La firma digital es el resultado de un procedimiento informático fundado en el uso de un par asociado de claves, una pública y otra privada, cuya nota esencial es que son distintas o asimétricas. La clave pública es conocida por todos o susceptible de ser conocida. La clave privada por su parte es conocida sólo por el titular.

La importancia de la clave pública radica en que por la misma se verifica la firma digital y, por tanto, es prueba de la autoría e integridad del documento electrónico. La importancia de la clave privada por su parte viene avalada por que es generadora de la firma digital, es decir, el autor ha de firmar digitalmente el documento mediante su clave privada, la cual lleva asociada una clave pública.

Como es obvio, dada su naturaleza, la clave privada solamente es conocida por el titular de la misma. Dado que la firma digital se genera a partir de la clave privada del autor, se produce una asociación entre la clave privada y firma digital que trae como consecuencia que el autor no pueda negar su firma (no repudio), pues sólo él conoce la clave privada.

⁷⁹ GATT, Christopher. «Comparative Issues in the Formation of Electronic Contracts». *International Journal of Law and Information Technology*. Oxford University Press. 1998.

⁸⁰ Internet no es el único medio, existe además desde finales de los años 80 el denominado sistema de Intercambio Electrónico de Datos (EDI) utilizado sobre todo en la contratación mercantil entre empresas (*business to business*, B2B).

Los efectos principales de la firma electrónica se concretan en el conocimiento del titular o autor de la firma, del sujeto que la certifica, y del registro donde queda publicada para su consulta.

Ahora bien, deducida la componente tecnológica que el tema de la firma electrónica conlleva, la normativa al respecto ⁸¹ parte de un principio que hemos denominado de «neutralidad tecnológica». En este sentido, en sus fundamentos legales se aprecia que es posible cualquier procedimiento tecnológico tanto en el presente como en el futuro de generación de firma electrónica, pues los procedimientos basados en la firma digital con fundamento en la criptografía de clave pública no se prevén que sean los únicos posibles. Por este motivo se denomina firma «electrónica» como un concepto más amplio que firma «digital», que obedece a una determinada técnica.

⁸¹ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, sobre firma electrónica.