

Comentarios

ASPECTOS LEGALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Rubén PÉREZ BAILE

Abogado

Sumario:

1. PROPIEDAD INTELECTUAL.
 - 1.1. La Información.
 - 1.2. Diseño gráfico.
 - 1.3. Código Fuente.
2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.
3. DERECHOS SOBRE MARCAS Y DERECHO SOBRE DOMINIOS EN INTERNET.
 - 3.1. Concepto.
 - 3.2. La OMPI y los nombres de dominio.
 - 3.3. Gestión de los nombres de dominio.
 - 3.4. La Asignación de los dominios en España.
4. LOS LLAMADOS «DELITOS INFORMÁTICOS».
5. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.
 - 5.1. Introducción.
 - 5.2. Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.
 - 5.3. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
 - 5.4. Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre Comercio Electrónico).

1. PROPIEDAD INTELECTUAL.

Una web site dispone de varios elementos que son susceptibles de ser protegidos mediante el derecho de autor: la información que contiene, el diseño gráfico y el código fuente que debe ser interpretado por el programa navegador o *browser*.

Este esfuerzo invertido en el diseño estético y funcional de la web debe ser protegido jurídicamente, no sólo porque constituye una creación intelectual, sino también porque representa una estrategia comercial de la empresa que puede ser copiada o imitada por la competencia.

El punto de partida para el estudio de la protección que cabe otorgar a los autores es el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

La convergencia en los sectores audiovisual, de telecomunicaciones y de tecnología de la información aumentan la posibilidad de explotación de las obras protegidas por propiedad intelectual en formato digital. Sucede ello, porque cualquier contenido en formato digital (datos, imágenes, textos, etc.) es accesible a través del ordenador o cualquier otro aparato electrónico, bien *on line* e incluso *off line* mediante productos físicos.

Ahora bien, hay que distinguir en la propiedad intelectual (o derecho de autor) la existencia de dos aspectos distintos: un aspecto personalísimo llamado «derecho moral del autor», y un aspecto patrimonial, que atribuye al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación económica de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

En definitiva, una web es una obra compuesta formada por obras originales (creación intelectual) y obras ya existentes con anterioridad, cuyos derechos de explotación pertenecen a una tercera persona.

1.1. La Información.

Si la obra es de nueva creación serían de aplicación, al respecto, los artículos 5.º, 7.º, 8.º, 43, 45, 51 y 97.4 del TRLPI. Dada su importancia transcribiremos literalmente los artículos 43 y 51 del referido texto.

«Artículo 43.2. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.»

Cabe recordar que el artículo 45 del mismo texto determina que «toda cesión deberá formalizarse por escrito».

«Artículo 51.1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se seguirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.

2. A falta de pacto por escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.»

Las situaciones que nos podemos encontrar en la obra de nueva creación, obra creada específicamente para la creación de una página web, al objeto de determinar la titularidad de los derechos de explotación sobre la obra, son las siguientes:

a) *Relación laboral*: la persona que desarrolla la obra es un trabajador asalariado.

En este caso, *si existe cláusula de cesión* por escrito en la relación laboral los derechos de explotación se rigen por el principio de autonomía de las partes; consiguientemente, el derecho de explotación cedido al empresario se limita al contenido de la cláusula de cesión (arts. 45 y 51.1 TRLPI).

Si *no existiere cláusula de cesión* por escrito, los derechos de explotación son cedidos en exclusiva al empresario con el alcance necesario para la realización del ejercicio de la actividad, la titularidad es del empresario (art. 51.2 TRLPI).

b) *No hay relación laboral*: la persona que desarrolla la obra es un colaborador externo de la empresa.

Si *existe cláusula contractual* se estará a lo pactado en el correspondiente contrato de prestación de servicios, pudiendo ejercitar los derechos cedidos expresamente (art. 43.1 TRLPI).

En caso de que *no hubiera expresamente una cláusula contractual* que recoja los extremos dictados en el artículo 43.1 del TRLPI, las modalidades de explotación de la obra, la cesión queda limitada a la que se deduzca necesariamente del propio contrato, exigiendo un esfuerzo interpretativo para fijar los límites.

Una vez fijados estos criterios legales, debemos determinar la titularidad de los derechos de explotación sobre las obras nuevas que se incorporan a una web site, determinando los siguientes medios empleados habitualmente:

- *Obra individual*: los derechos corresponden al autor de la obra (art. 5.º TRLPI).
- *Obra colectiva*: los derechos corresponden a la persona física o jurídica que ha tenido la iniciativa de crear la obra, ha coordinado el proyecto y ha publicado la obra bajo su nombre (art. 8.º TRLPI).
- *Obra creada por encargo*: los derechos corresponden a la persona que se designe en el contrato y en caso de silencio, al autor (art. 43 TRLPI).
- *Obra asalariada*: salvo pacto en contrario, los derechos de explotación corresponden a la empresa (arts. 51 y 97.4 TRLPI).
- *Obra en colaboración*: salvo pacto en contrario, los derechos de explotación corresponden a los partícipes por igual (art. 7.º TRLPI).

En las **obras existentes con anterioridad**, cuyos derechos de explotación pertenecen a una tercera persona, y sobre las que la persona que quiere hacer uso de las mismas para su introducción en la página web no ostenta ningún derecho, deberá negociar y formalizar la licencia directamente con el titular de los derechos de explotación, o bien a través de una entidad de gestión. En cualquier caso la licencia de obra que va a ser introducida en una web debe otorgarse por escrito y debe contener una descripción de las actividades autorizadas.

La licencia de una obra (JAVIER RIBAS) debe incluir expresamente:

- La comunicación pública a través de redes de telecomunicación (Internet).
- La transmisión telemática o por cualquier otro medio.
- El almacenamiento en un centro servidor.
- La posibilidad de efectuar un *download* por parte de terceros.

En cuanto a las *bases de datos*, señalar que la Ley contempla dos tipos de protección el derecho de autor y el derecho *sui generis*. Con respecto al primero, la nueva redacción dada al artículo 12 del TRLPI (dicción dada por la Ley 5/1998, de 6 de marzo) incluye expresamente como objeto de derecho de autor las bases de datos, con individualidad propia frente a otras colecciones o antologías. Así, una disposición sistemática o metódica de los elementos que la conforman y la accesibilidad individual por medios electrónicos o de cualquier otra forma son dos notas que el artículo 12 del TRLPI define para considerar una *recopilación*, que sería protegible por el derecho de autor. Ahora bien, el

derecho de autor no abarca la totalidad de la base de datos, sino su estructura, siempre y cuando pueda ser considerada «creación intelectual», dejando fuera de esta protección los contenidos de aquélla.

1.2. Diseño gráfico.

Otro elemento protegible es el diseño gráfico de la web site. Si es original puede llegar a ser una obra artística o gráfica independiente, protegida por el derecho de autor e incluso por la propiedad industrial como dibujo industrial.

Los elementos estéticos que acostumbran a adornar las páginas web, JAVIER RIBAS, son:

- Texturas y colores de fondo (*backgrounds*).
- Botones de navegación, flechas y demás indicadores.
- Iconos estáticos y animados.
- Fotografías.
- Dibujos, *cliparts*, gráficos.

Evidentemente, al diseño gráfico le es de aplicación lo dispuesto anteriormente respecto a la propiedad intelectual de la *obra de nueva creación*.

1.3. Código fuente.

Es susceptible de protección por los derechos de autor en una web site. El código fuente es interpretado por el programa navegador. Puede estar constituido por el lenguaje HTML, Applets Java o Javascript, CGI, etc.

En definitiva, entra dentro del concepto de programa de ordenador y goza de la protección de derecho de autor, siendo de aplicación los artículos 95 a 104 del TRLPI.

2. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

El artículo 18.4 de la Constitución Española establece que la «ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos». De este modo se advierte de los riesgos que un uso incontrolado de la informática, sobre todo a través del almacenamiento y tratamiento de la información en bases de datos, puede tener para la integridad y respeto de los derechos fundamentales de la persona.

La normativa española en materia de protección de datos es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), en la que se advierte una sustancial modificación del régimen sobre protección de datos de personas físicas que anteriormente se contenía en la ya extinta LORTAD.

El ámbito de aplicación de la Ley queda circunscrito a «todos los datos de carácter personal que figuren en ficheros automatizados de los sectores público y privado y a toda modalidad de uso posterior, incluso no automatizado, de datos de carácter personal registrados en soporte físico susceptible de tratamiento automatizado» (art. 2.º 1 LOPD).

La LOPD cuenta con un ámbito de aplicación sustancialmente más amplio que la extinta LORTAD, al proteger no sólo los «ficheros automatizados», sino también al «tratamiento automatizado de datos» en soporte físico.

Por tanto, en Internet es obligatorio procurar la calidad de los datos. Esto significa que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

En Internet se pueden recoger datos de muy diversas maneras, entre ellas, mediante el uso de las *cookies*, cumplimentando un formulario en Internet, bien para suscribirse a un determinado servicio, introducir datos para el abono de un bien o servicio o, simplemente, por la participación en un *chat*.

Los datos obtenidos, pues, no pueden utilizarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que fueron recogidos, no pueden ser conservados una vez que dejan de ser útiles para la función prevista, deben ser cancelados cuando dejan de ser necesarios, y, además, está prohibida su recogida por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

En cualquier caso, el tratamiento informatizado del afectado internauta requerirá su consentimiento inequívoco que lo podrá otorgar bien expresamente, bien tácitamente. En muchas ocasiones el afectado es consciente de que da sus datos. Ello ocurre en las suscripciones, en los formularios de comercio electrónico, servicios *on line*.

Entonces, ¿qué derechos tiene el afectado y cómo se pueden ejercer? Los derechos a que se hace referencia a continuación tienen carácter personalísimo, por lo que sólo pueden ejercerse por parte del afectado:

- *Derecho de Impugnación*: el afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.
- *Derecho de Información en la recogida de datos*: en el momento de la recogida de los datos se deberán expresar de modo expreso, preciso e inequívoco los siguientes extremos:
 - Existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal.
 - La finalidad del mismo.
 - Los destinatarios de la información.
 - El carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas planteadas.
 - Las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
 - La posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
 - La identidad y dirección del responsable del fichero.
- *Derecho de consulta al registro general de protección de datos*: el Registro General de Protección de Datos en la Agencia de Protección de Datos tiene asignada la misión de dar a conocer la existencia de los ficheros o tratamientos de datos de carácter personal, para hacer posible el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Es un registro de consulta *pública y gratuita*. La principal información que facilita la Agencia es la *dirección de la oficina o dependencia del responsable del fichero o tratamiento*.
- *Derecho de acceso*: el afectado tiene la capacidad o facultad de recabar información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de los mismos y las cesiones o comunicaciones realizadas o que se prevean realizar.
- *Derechos de rectificación y cancelación*: el afectado puede instar al responsable del fichero a cumplir con la obligación de mantener la exactitud de los datos, rectificando o cancelando los datos de carácter personal cuando resulten incompletos o inexactos, o bien sean inadecuados o excesivos, o, en su caso, cuyo tratamiento no se ajuste a la ley.
- *Derecho de oposición*: en los casos en que no sea necesario el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, éste podrá oponerse a su tratamiento cuando existan motivos fundados y legítimos relativos a una concreta situación personal.

También hay que tener en cuenta que en octubre de 1998 entró en vigor la legislación general sobre la protección de la vida privada en la Unión Europea, la Directiva relativa a la protección de datos. Dicha Directiva (transpuesta a nuestra legislación a través de la Ley 15/1999) dispone que sólo pueden transferirse datos personales a aquellos países no comunitarios que ofrezcan un nivel adecuado de protección de la vida privada. Dadas las diferencias existentes en la interpretación sobre esta cuestión (protección de datos) desde las entidades estadounidenses y europeas, así como la inquietud expresada por los estadounidenses sobre las consecuencias del nivel de adecuación que exige la Unión Europea para la transferencia de los datos personales hacia los Estados Unidos (EE.UU.), y, sobre todo, su repercusión en el conjunto internacional, es por lo que el Departamento Federal de Comercio publicó el 21 de julio de 2000 un documento con los principios FAQ (preguntas y respuestas) que pueden estimular, fomentar y desarrollar el comercio internacional. Dichos principios tienen como objetivo el facilitar el comercio y las transacciones entre Estados Unidos y la Unión Europea. Por tanto, son principios de utilización exclusiva de las entidades estadounidenses que reciban datos personales de la Unión Europea, al efecto de reunir los requisitos de «puerto seguro» y obtener la presunción de adecuación.

Algunos de estos principios de *puerto seguro* se refieren a las siguientes cuestiones:

- Datos especialmente protegidos.
- Responsabilidad subsidiaria de los proveedores de servicios de Internet.
- Tratamiento de los datos personales por bancos de inversiones y sociedades de auditoría.
- Función de las autoridades de protección de datos de la Unión Europea.
- La autocertificación de una empresa a los principios de puerto seguro o procedimientos de verificación sobre las prácticas de protección de datos.

La Decisión 2000/520/CE, de 26 de julio, de la Comisión, con arreglo a la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y del Consejo, es la que regula la adecuación de la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América.

Una forma de evitar estos problemas habituales de la utilización de datos personales puede ser el desarrollar un código de conducta voluntario por parte de las empresas que comercializan productos o servicios en Internet.

Un ejemplo:

La Asociación para la Promoción de las Tecnologías de la Información y el Comercio Electrónico (APTICE) ha desarrollado un código de conducta para el comercio electrónico que pretende ser **un instrumento para la autoregulación** de las empresas y entidades públicas en sus relaciones con los usuarios y otras empresas. El objetivo del código es **mejorar la calidad** de los servicios ofrecidos en sus sitios web por las entidades que se dedican al comercio y gobierno electrónicos, **incrementando la confianza** de los usuarios y de las empresas que negocian en este ámbito.

El **Código de Conducta APTICE** se compone de siete principios generales que abarcan con precisión todos y cada uno de aquellos elementos que se consideran básicos para la generación de confianza entre las partes intervinientes en una transacción a través de Internet, así como para delimitar un servicio de calidad y una mejora de las actividades y procedimientos internos llevados a cabo por una empresa u organismo público. Estos siete principios, resumidos, son los siguientes:

Principio n.º 1. Identificación de la Entidad.

Principio n.º 2. Garantía sobre las ofertas y su suministro.

- Principio n.º 3. Seguridad e infraestructura informática.
- Principio n.º 4. Protección de Datos de Carácter Personal.
- Principio n.º 5. Calidad de los contenidos.
- Principio n.º 6. Reglas para la solución extrajudicial de conflictos.
- Principio n.º 7. Requisitos para la implantación del Código de Conducta de APTICE.

3. DERECHOS SOBRE MARCAS Y DERECHO SOBRE DOMINIOS.

3.1. Concepto.

Un dominio es el nombre o conjunto de caracteres que identifican a una empresa, organismo, institución, etc. en la red de redes (Internet), estableciendo una forma sencilla e inequívoca de localizar un ordenador en Internet. Por tanto, cada ordenador conectado a la red Internet tiene un único número asignado, al cual llamamos Internet Protocol, o número IP.

Un dominio es, pues, el nombre mnemotécnico que se asigna a un DNS (*Domain Name System*), y se utiliza en las direcciones de correo electrónico y como medio de localización de una web en Internet. Por ejemplo, en la dirección <http://www.simancas.es>, el dominio es *simancas.es*.

Señalar que la política de registro de dominios se basa en el principio «*first come, first served*», es decir, que el primero que llega es el primero en ser servido, lo cual ha provocado en muchas ocasiones las actuaciones de los *cyberquaters*.

3.2. La OMPI y los nombres de dominio.

En 1998, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI - en inglés WIPO) entabló un proceso internacional dirigido a elaborar recomendaciones relativas a las cuestiones de propiedad intelectual e industrial relacionadas con los nombres de dominio en Internet, dedicando especial atención a la solución de controversias.

Con esta finalidad de dotar una regulación jurídica a la realidad de «nombres de dominio» se creó la ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), que ha asumido un papel muy importante en todo este proceso, y a la que van dirigidas la mayoría de las recomendaciones de la OMPI.

La ICANN es la institución encargada de la coordinación técnica de determinadas funciones que, en relación con los nombres de dominio, necesitan estar centralizadas, como la asignación de direcciones IP, los parámetros de protocolos y la asignación y gestión de nombres de dominio (DNS). Siendo la empresa estadounidense Network Solutions INC. (NSI) la empresa que gestiona la base de datos de dominios como org., com. y net.

3.3. Gestión de los nombres de dominio.

El sistema de dominios funciona sobre la base de una jerarquía de nombres. En la cúspide se sitúan los *top-level-domain* (dominios de primer nivel) que se dividen a su vez en dos categorías: los *generic-top-level-domain* (*gTLD*) y los *country code top-level-domain* (*ccTLD*).

Inicialmente, en la red, existían siete dominios genéricos de primer nivel (*gTLD*). De estos siete, tres son de acceso libre: «.com», «.org» y «.net». Los otros cuatro son restringidos: «.int» para organizaciones internacionales; «.edu» destinado a colegios y universidades; «.gov» que sólo puede ser utilizado por las agencias del gobierno federal de los Estados Unidos; y «.mil» que se halla restringido al Ejército de los Estados Unidos.

No obstante, el proceso de internacionalización impulsado por la ICANN y la OMPI, con el objetivo de unificar las prácticas sobre nombres de dominio en Internet tuvo como resultado hace unos meses la aprobación de nuevas terminaciones dentro del grupo de dominios generales de alto nivel (gTLD). Su objetivo es ofrecer más opciones a las empresas para consolidar su presencia en Internet.

Por tanto, a los «.com», «.net» y «.org», debemos añadir los siguientes: «.biz», «.pro», «.name», «.coop» (para cooperativas), «.aero» (para industria aeronáutica), «.museum» (para museos) e «.info» (para otros fines).

LOS DOMINIOS

- .com** se estableció para usos comerciales.
- .org** para organizaciones sin ánimo de lucro.
- .net** para proveedores de servicios en la red.

LOS DOMINIOS NUEVOS

- .name** para empresas y particulares; se podrá tener una identificación en la red con su propio nombre.
- .pro** profesionales independientes, principalmente, médicos, abogados y auditores.
- .biz** nombre dedicado a negocios.
- .info** cualquier persona física o jurídica para otros fines.

La solicitud de los nombres de dominio puede realizarse a través de entidades privadas, como Nominalia, Neulevel o GlobalName, siendo su coste variable, pero en torno a los 150 euros.

En cuanto a los *country code top-level-domain* (ccTLD) de primer nivel se acercan actualmente a los 250; son los dominios de primer nivel relativos a los códigos de país. Así, por ejemplo, España tiene el código país «.es»; Francia «.fr», Alemania «.de»; Dinamarca «.dk», etc. Estos dominios, denominados también Código ISO 3166, se definieron para entidades económicas independientes, y sólo pueden tener nombres de dominios de primer nivel territoriales aquellos países que tienen asignado ese Código. Cada país tiene sus propias normas de asignación de dominio, que posteriormente examinaremos.

Desde el punto de vista jurídico, es interesante la exclusión de las marcas famosas y notoriamente conocidas, dada la realidad de que las mayores controversias que se suscitan son la de la Propiedad Industrial y el Derecho de Marcas. Nos estamos refiriendo a nombres de dominio recuperados como *banesto.org*, *hipercor.com*, *raimat.com*, *nocilla.com*, etc. Es frecuente que una parte de los solicitantes de registro de nombres de dominio realicen prácticas contrarias a la buena fe, al Derecho de la Competencia y al Derecho de Propiedad Industrial en relación con las marcas famosas y notoriamente reconocidas. Ante esta realidad el Informe final de la OMPI introduce un mecanismo en virtud del cual el titular de una marca famosa o notoriamente conocida pueda obtener la exclusión del nombre de la marca en algunos o todos los gTLD, allí donde la marca sea famosa y notoriamente conocida con amplia base geográfica y en relación con distintas clases de bienes y servicios.

La OMPI delega en la ICANN la resolución de estas controversias. Ésta adoptó el 24 de octubre de 1999 la Normativa Reguladora de Resolución de Conflictos de Nombres de Dominios (*Uniform Domain Name Resolution Policy*) para el sufijo «.com». Por tanto, el procedimiento para iniciar una

demanda en la ICANN pasa por la elección por parte del demandante de un proveedor. El proveedor es una entidad que debe ser acreditada por la ICANN, y que funciona a modo de una entidad de arbitraje. Actualmente existen cuatro proveedores acreditados: la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, eResolution, The National Arbitration Forum y CPR.

El árbitro debe establecer si el reclamante tiene realmente acreditado su derecho sobre el nombre, por tener inscrita la marca y la denominación social correspondientes, deberá comprobar si existe mala fe por parte del «ciberokupa» (cybersquaters), que presuntamente se ha hecho con el dominio de una empresa o una marca de renombre con el único objetivo de venderlo a un buen precio.

CONSEJOS PARA PREVENIR CONFLICTOS CON MARCAS EN UNA WEB

- Los principales conflictos que pueden presentarse en relación con las marcas en Internet son:
 - Determinación de la jurisdicción competente.
 - Registro como nombre de dominio de marcas conocidas y que pertenecen a otra persona o empresa.
 - Infracciones relacionadas con enlaces, frames (ventanas).
- Existen varias formas de prevenir y limitar conflictos o contenciosos:
 - Introducción de disclaimers (discriminadores) con el objetivo de restringir a nivel territorial el público al que se dirige la web. Se puede llegar a especificar más de un territorio objetivo en función, por ejemplo, del lenguaje utilizado en la web, la moneda expresada o las direcciones a las que se hace referencia. Se pueden utilizar botones específicos que deberán pulsarse para acceder a la web.
 - Inclusión de disclaimers para evitar la confusión de marcas.

Fuente: MarcaNet.com

3.4. La Asignación de dominios en España.

Dada la expansión de Internet y las nuevas tecnologías y la aparición de problemas jurídicos, el Gobierno español publicó la Orden de 21 de marzo de 2000 por la que se regula el sistema de asignación de dominios de Internet bajo el código país correspondiente a España «.es», de acuerdo con el artículo 27.13 del Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo a la interconexión y al acceso de las redes públicas y a la numeración aprobado por el Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio.

El Reglamento prevé en su artículo 27.12 que el Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología) regulará los sistemas para que se produzca la constancia de nombres y direcciones de los servicios de telecomunicaciones. Al mismo tiempo establece que la Secretaría General de Telecomunicaciones podrá dictar las resoluciones necesarias para el desarrollo de los Planes Nacionales de Numeración y tomar las decisiones que, en materia de numeración, nombres y direcciones, correspondan al Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de Ciencia y Tecnología).

En resumen, el «Boletín Oficial del Estado» de fecha de 30 de marzo de 2000, que publica la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se regula el sistema de asignación de nombres de domi-

nio de Internet bajo el código país correspondiente a España «.es», distingue diversos tipos de nombres de dominio de segundo nivel bajo el indicativo país correspondiente a España «.es». Son los siguientes:

- a) Nombres de dominio regulares, cuya utilización en el sistema de nombres de dominio de Internet estará abierta a todos los interesados que tengan derecho a ellos, salvo prohibiciones, se asignarán al primer solicitante.
- b) Nombres de dominio especiales, cuyo uso en el sistema de nombres de dominio de Internet estará limitado a aplicaciones concretas que se deberán especificar en cada caso, al igual que las condiciones para su utilización. Podrá ser asignado si cumple los siguientes requisitos: no estar previamente asignado; cumplir las normas de sintaxis; alfabeto (a-z), dígitos (0-9) y el guión (-); no estar comprendido entre las prohibiciones de la Orden (como .edu, .com, .gov, .telnet, .ftp, .news y otros del art. 3.º 3); y cumplir las normas generales de derivación de nombres de dominio.

La Comisión para la Supervisión del Servicio de Acceso a la Información es la que asume las funciones de estudio, deliberación y elaboración de propuestas en materias de regulación del sistema de designación de nombres de dominio de Internet, bajo el código de país correspondiente a España «.es». Y además deberá recabarse el informe de la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM) y del Registro Mercantil Central.

Por último, señalar que mediante la Orden Ministerial de 12 de julio de 2001, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 21 de julio de 2001, se ha procedido a modificar la Orden de 21 de marzo de 2000, por la que se regula el sistema de asignación de nombres de dominio en Internet bajo el código de España «.es».

Destacar las siguientes modificaciones:

1. *La facultad de designar, por parte de la Entidad Pública Empresarial Red.es, nombres de dominios especiales, incluidos los genéricos y topónimos, en caso de notable interés público.* Quien desee solicitar un dominio especial deberá acompañar a su solicitud una memoria explicativa de los fines (de interés público) a que vaya a destinar cada nombre de dominio, los contenidos o servicios que pretendan facilitar mediante su uso y los plazos destinados para la utilización efectiva de dichos nombres.
2. *Se suprime el sistema de recursos.*
3. *Multilingüismo.* Se abre la posibilidad de utilizar, en cuanto los mecanismos estén operativos, la letra «ñ» en la configuración de los nombres de dominio.
4. *Acceso al registro «.es» a los extranjeros.* Tanto las personas físicas extranjeras, que residen legalmente en España, como la primera sucursal, debidamente inscrita en el Registro Mercantil, de las sociedades extranjeras legalmente constituidas podrán recibir la asignación de nombres de dominio regulares bajo el código de país correspondiente a España «.es».
5. *Marcas Comunitarias.* Se recoge expresamente la posibilidad de acceder a un nombre de dominio «.es» que se corresponda con una marca comunitaria, concedida y en vigor, ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI), con sede en Alicante, organismo comunitario encargado de la tramitación de las solicitudes de marca comunitaria.

PASOS PARA IDENTIFICARSE EN INTERNET

Obtención de nombre de dominio

Dominios.es (código país España)

- Las sociedades pueden obtenerlo desde agosto de 2000 y las personas físicas desde el 1 de febrero de 2001.
- ¿Quién no puede registrar un dominio.es?
Las personas jurídicas u organizaciones no constituidas legalmente en España.
Los departamentos, sucursales, delegaciones, secretarías, consejerías o demás partes de una organización.
- ¿Qué requisitos deben cumplirse?
El nombre de dominio debe coincidir con el nombre de una organización o empresa, un acrónimo de ésta o una marca registrada en la OEPM.
Para que una persona física pueda registrar un dominio, debe tener registrada la marca correspondiente en la OEPM. Ésta debe coincidir con el dominio a registrar.
- ¿A qué entidad hay que acudir?
La empresa o persona física debe acudir a una entidad dedicada al registro de nombre de dominio (por ejemplo, Nominalia).

Dominios genéricos (.com, .org, .net)

- La solicitud de los dominios genéricos también se puede realizar a través de una entidad de asignación -española o extranjera que opere en España-
- Los conflictos que se planteen pueden resolverse a través de la política uniforme de resolución de conflictos establecida por la corporación internacional encargada de la asignación de nombres de dominio (ICANN).

Futuros dominios

- La ICANN ha aprobado recientemente varios sufijos nuevos (.biz, .info, .name, .pro, .coop, .aero, .museum) que podrán comenzar a usarse en los próximos meses.

Fuente: Expansión, martes 6 de febrero de 2001
Marta Fernández

4. LOS LLAMADOS «DELITOS INFORMÁTICOS».

La vulnerabilidad de la Red es un hecho reconocido por la mayoría de especialistas en la materia, actos continuos de virus informáticos, cada vez más potentes y destructores, ponen de manifiesto el peligro y daño potencial a que todos los usuarios de Internet estamos expuestos. Así, el progreso

de la tecnología ha proporcionado eficaces mecanismos de tratamiento y almacenamiento de datos. La criminalidad informática cada vez es más sofisticada y profesionalizada, lo que hace muy difícil la obtención de pruebas suficientes que constituyan elementos irrefutables a la hora de conseguir una condena; si además, se utiliza para la comisión de delitos los *paraisos informáticos* (países que no han ratificado los convenios internacionales de protección de los datos insertos en la red), es evidente que el problema se agrava todavía un poco más.

La pregunta que podemos hacernos es si estas nuevas conductas delictivas realizadas a través de Internet están tipificadas en nuestro Código Penal (CP).

Efectivamente, en 1995 se incorporaron a nuestro CP nuevas modalidades delictivas que tratan de evitar el abuso de los ordenadores (recuérdese el contenido del art. 18.4 Constitución Española), si bien no se recogen en un capítulo específico de «Delitos Informáticos», se hallan dispersas a lo largo del articulado del Código.

A continuación destacamos los preceptos aplicables a los «delitos cometidos a través de Internet»:

Artículo 189

«1. Será castigado con la pena de *prisión de uno a tres años*:

El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

El que produjere, vendiera, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.»

Piénsese, que quien introduce material pornográfico en su página web debe introducir los «códigos de adulto» y evitar así la exposición de la página a los menores de edad.

Artículo 197.1

«El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, *será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*»

Se produce una violación a la *privacy* o «privacidad» informática. Se podría encuadrar dentro de esta tipificación el *hacking*.

Artículo 197.2

«Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de fichero o regis-

tro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.»

La utilización de *sniffers* o «*Caballos de Troya*» podrán dar lugar a este delito. También los «virus informáticos» podrían incardinarse en este delito.

Artículo 197.3

«Se impondrá la pena de *prisión de dos a cinco años* si se difunden, revelan, o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con la pena de *prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses*, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.»

Artículo 197.4

«Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de *prisión de tres a cinco años*, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en *su mitad superior*.»

Artículo 197.5

«Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas *previstas en su mitad superior*.»

Artículo 197.6

«Si los hechos se realizan con *fines lucrativos*, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será *la de prisión de cuatro a siete años*.»

Artículo 198

«La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce meses.»

Artículo 199

«1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de *prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses*.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de *prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años*.»

Artículo 200

«Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.»

Artículo 201

«1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130.»

Artículo 205

«Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio por la verdad.»

Artículo 208

«Es injuria la acción o la expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o consciente desprecio hacia la verdad.»

Artículo 211

«La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.»

Evidentemente, las injurias o calumnias realizadas a través de Internet se incardinan dentro del artículo.

Artículo 248

«1. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consiga la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.»

La conducta típica sería la estafa electrónica o estafa informática. Por ejemplo, las operaciones de carding o uso ilegítimo de tarjetas de crédito.

Artículo 256

«El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicaciones, sin consentimiento del titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.»

Dentro de la expresión «equipo terminal de comunicaciones» podemos entender cualquier equipo electrónico que permita el uso de las redes: teléfono, fax, correo electrónico...

Artículo 263

«El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros Títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a veinticuatro meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de cincuenta mil pesetas.»

Artículo 264.2

«La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere o inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos» (pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses).

La intromisión de un virus destruyendo ficheros por ejemplo JPEG constituiría la conducta tipificada. También, un sabotaje informático por un *hacker*.

Artículo 270

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada por cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionalmente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador.»

En esta conducta tipificada podríamos incardinar a los piratas informáticos *crackers*. Utilizan programas que permiten inutilizar los sistemas de protección, introduciéndose una vez saltada la barrera de protección en los programas de los titulares que tienen el derecho de explotación de su programa de ordenador (propiedad intelectual).

Artículo 271

«Se impondrá la pena de prisión de un año a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.

En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años.»

Artículo 272

«1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización por daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.»

Artículo 278

«1. El que para descubrir un secreto de empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos y otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios o instrumentos señalados en el apartado 1 del artículo 197, será castigado con la pena de *prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*.

2. Se impondrá la pena de *prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses* si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.»

La conducta típica que podría incardinarse en este artículo sería el «espionaje industrial».

Artículo 279

«La difusión, revelación, o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de *dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses*.

Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.»

Artículo 280

«El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de *prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses*.»

Artículo 282

«Serán castigados con la pena de *prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses* los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan ale-

gaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.»

La conducta típica es la posible publicidad engañosa: hacer alegaciones falsas o manifestar características inciertas de los productos o servicios en las ofertas.

Artículo 393

«El que a sabiendas de su falsedad presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes -art. 390- , será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.»

Artículo 396

«El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.»

En los artículos 390 a 394 del CP se tipifica la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles. Y el 395 y 396 del CP tipifican la falsificación de documentos privados.

Sobre si un programa de ordenador o sobre si determinados productos informáticos merecen la consideración del concepto de «documento», debemos remitirnos al artículo 26 del CP, literalmente, expresa que «se considerará documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica».

La comisión de una falsedad documental por medio de la informática plantea interrogantes específicos con respuestas dispares.

DELITOS EN LA RED DE REDES (INTERNET)			
DELITOS INFORMÁTICOS		DELITOS RELATIVOS A TELECOMUNICACIONES	
Estafas, subastas, ventas:	76	Locutorios, tarjeta prepago:	42
Pornografía infantil:	354	Amenazas, calumnias:	50
Intrusiones:	31	Total:	92
Propiedad Intelectual:	24		
Calumnias, injurias:	61		
Estupefacientes:	5		
Tráfico de órganos:	5		
Revelación de secretos:	3		
Usurpación de identidad:	4		
Otros:	18		
Total:	581		

.../...

.../...

TIPOS DE DELITOS

Ataques contra el derecho a la intimidad
 Infracciones a la Propiedad Intelectual
 Falsedades
 Sabotajes informáticos
 Fraudes informáticos
 Amenazas
 Calumnia, injurias
 Pornografía infantil

Fuente: Ministerio del Interior (2000)

5. CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA.**5.1. Introducción.**

El progresivo e imparable desarrollo de las nuevas tecnologías viene provocando la configuración de la «Nueva Economía», propiciando, asimismo, nuevos modos de comunicación. Las innovaciones tecnológicas permiten la conexión en red de ordenadores generando el mercado electrónico en el que productores, intermediarios y consumidores interactúan electrónicamente.

En ese mercado electrónico se practica el «comercio electrónico». El comercio electrónico se basa en el tratamiento electrónico de datos -incluido texto, imágenes y vídeo- y comprende un amplio abanico de actividades: no sólo el intercambio de bienes y servicios entre empresas y consumidores -incluyendo el suministro en línea de bienes inmateriales (programas de ordenador, música, información)- sino también de empresas entre sí y de la Administración con empresas; y asimismo la transferencia electrónica de fondos, el pago electrónico de bienes y servicios y de tributos, la remisión de documentación (presupuestos, albaranes, facturas, documentos aduaneros...), el *marketing* electrónico, la certificación de firmas, etc.

La «Iniciativa europea de comercio electrónico» Documento COM (1997) 157 final, Comunicación al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones, de 12 de abril de 1997, resume la relación entre el comercio electrónico tradicional y el comercio electrónico en Internet de la siguiente manera:

COMERCIO ELECTRÓNICO TRADICIONAL	COMERCIO ELECTRÓNICO EN INTERNET
.....
sólo entre empresas	empresas-consumidores empresas-empresas empresas-administraciones públicas usuarios-usuarios
.....

.../...	
círculos cerrados, a menudo específicos de un sector	mercado mundial abierto
.....
número limitado de participaciones empresariales	número ilimitado de participantes
.....
redes cerradas propias	redes abiertas, no protegidas
.....
participantes conocidos y dignos de confianza	participantes conocidos y desconocidos
.....
la seguridad forma parte del diseño de la red	son necesarias seguridad y autenticación
.....
EL MERCADO ES UN CÍRCULO	LA RED ES EL MERCADO
.....
Fuente: «Máster el Derecho y las Transmisiones Electrónicas» de la Universidad de Valencia. Volumen II, pág. 8.7	

En los apartados siguientes vamos a desarrollar lo que llamamos contratos electrónicos. Son aquellos que se celebran o perfeccionan por medios electrónicos (mediante uso de ordenadores en una red telemática).

Desde una perspectiva jurídica debemos señalar que a fecha de hoy no existe todavía una regulación específica para los contratos *on line*, también llamados *click wrap agreement*. Si bien, los tres elementos sobre los que se está configurando el derecho sustantivo español sobre la materia son:

- El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la *contratación telefónica o electrónica*, con condiciones generales, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 5.º 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación.
- La Directiva Comunitaria 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados *aspectos jurídicos de los Servicios de la Sociedad de la Información*, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre comercio electrónico) y que deberá ser objeto de transposición en 2002.
- *El Proyecto de Ley de Comercio Electrónico*, basado en el espíritu de la Directiva Comunitaria.

También existe una serie de normas que, si bien no contemplan la «contratación on line» o contratos de adhesión celebrados a distancia como su objeto principal, sí contribuyen a generar un marco jurídico para las transacciones realizadas a través de medios electrónicos, ya sea entre personas jurídicas o entre personas jurídicas y consumidor final. Son las siguientes:

- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM).

- Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Consumidores y Usuarios.
- Ley 15/1999, de 13 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales.
- Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre, sobre Firma Electrónica.

5.2. Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

La aplicación de la LCGC, del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación, y de la LOCM a buena parte de los contratos electrónicos, determina que éstos se rijan por una serie de reglas dictadas a favor del consumidor, que a continuación señalaremos.

No obstante, antes hay que delimitar el ámbito de aplicación del Reglamento:

Y, es su artículo 1.º el que dispone el ámbito de aplicación en los siguientes términos: «El presente Real Decreto se aplicará a los *contratos a distancia, o sin presencia física simultánea de los contratantes, realizados por vía telefónica, electrónica o telemática*, que contengan condiciones generales de la contratación, entendiéndose por tales las definidas por la **Ley 7/1998, de 13 de abril**, y se entiende sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes en materia de firma electrónica contenidas en el **Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de diciembre**».

Se *excluyen* de su ámbito material los siguientes tipos de contratos (por su naturaleza): los *administrativos, laborales, de constitución de sociedades, los que regulan las relaciones familiares, los sucesorios y las relativas a servicios financieros de inversión, seguro y reaseguro*.

En el último apartado (4) del artículo 1.º se dispone que *las normas contenidas en este Real Decreto son de aplicación siempre que la adhesión a las condiciones generales se haya efectuado en España, con independencia de la ley aplicable al contrato*.

CONTRATO ELECTRÓNICO COMO CONTRATO A DISTANCIA

CONTRATOS INCLUIDOS

- Ventas a distancia: las celebradas sin presencia física 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.
- Prestación de servicios.

CONTRATOS EXCLUIDOS

- Contratos en el que el vendedor no sea un comerciante y el comprador un consumidor.
- Venta mediante máquinas automáticas.
- De productos realizados a medida.
- De suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros artículos de hogar no duraderos y de consumo corriente.
- De bienes inmuebles.

Por lo que se refiere a las reglas a favor del consumidor, para su protección, señalar las siguientes:

- EL DEBER DE INFORMACIÓN PREVIA: «Previamente a la celebración del contrato y con la antelación necesaria, *como mínimo tres días naturales anteriores a aquélla*, el predisponente deberá facilitar al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales». Además, el predisponente también deberá indicar en la información previa «los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada».
Se exceptúan de esta obligación los contratos relativos a SERVICIOS DE TRACTO ÚNICO que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación.
- EL DERECHO DE RESOLUCIÓN por parte del adherente, que podrá ejecutar en el *plazo de siete días hábiles y por el cual no incurrirá en gastos bajo ningún concepto*. El plazo de siete días se computa desde la recepción de los bienes por el adherente, si el contrato tiene por objeto la entrega de bienes, o desde la celebración del contrato, si éste es de prestación de servicios. Ahora bien, el plazo no comienza a correr sino desde que el predisponente ha cumplido con las obligaciones de información sobre las condiciones generales y la obligación de remitir justificación documental de los términos del contrato; en caso contrario, el plazo que se concede es de tres meses, computados desde la recepción de los bienes o la celebración del contrato.
- ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA sobre la que el artículo 5.º dispone que *recaerá sobre el predisponente* «la carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos». Se exceptúa la carga de la prueba en los casos en que se utilice una FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA en los términos del Real Decreto-Ley 14/1999, sobre firma electrónica.

INFORMACIÓN PREVIA QUE HA DE RECIBIR EL CONSUMIDOR

- a) Identidad del proveedor, y en caso de contratos que requieran el pago por adelantado, su dirección.
- b) Características esenciales del bien o del servicio.
- c) Precio del bien o del servicio, incluidos todos los impuestos.
- d) Gastos de entrega, en su caso.
- e) Modalidades de pago, entrega o ejecución.
- f) Existencia de un derecho de resolución, salvo excepciones.
- g) Coste de la utilización técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.
- h) Plazo de validez de la oferta o del precio.
- i) Cuando sea procedente, la duración mínima del contrato, cuando se trate de contratos de suministro de productos a servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.
- j) Y además: información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato con remisión, por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, del texto completo de las condiciones generales. Los distintos soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada.

INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR A LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO

- a) Identidad del proveedor.
- b) Características especiales del producto.
- c) Precio, y en su caso, separadamente, gastos de transporte.
- d) Forma de pago y modalidades de entrega y ejecución.
- e) Plazo de validez de la oferta.
- f) Dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social donde el consumidor pueda presentar sus reclamaciones.
- g) Servicios postventa y las garantías comerciales existentes.
- h) En su caso, condiciones de crédito o pago escalonado.
- i) Documento de resolución o desistimiento, identificando claramente como tal contenido 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.
- j) Justificación por escrito o, a propuesta del adherente, en cualquier soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar los términos de la misma.
- k) En caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año, las condiciones de rescisión del contrato.

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

La definición de su artículo 38 permite aplicar esta Ley a los contratos a distancia que define como «las celebradas sin presencia física 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 tanto, incluye tanto las transacciones electrónicas como telefónicas.

Si bien su artículo 1.º 2 establece que la Ley se aplica sólo a los contratos de compraventa en que el vendedor sea un comerciante y el comprador un consumidor.

Esta normativa supone ampliar la protección de los consumidores, al igual que el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

Son de interés los artículos 38 a 48 de la LOCM, si bien algunos de los requisitos establecidos ya han sido señalados en el apartado anterior sobre el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre.

Como ejemplo sirva lo dispuesto en el artículo 46 de la LOCM al disponer que cuando el importe de un bien o servicio haya sido cargado utilizando el número de una tarjeta de crédito, sin que ésta hubiese sido presentada directamente o identificada electrónicamente, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán con la mayor brevedad. O bien, lo dispuesto en el artículo 44 conforme al cual el consumidor puede desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto; y en el caso de que la adquisición del producto se haya efectuado mediante un acuerdo de crédito, el desistimiento principal implicará la resolución de aquél.

La única salvedad no vista en el apartado anterior 5.2 y de importancia es la exención del derecho de desistimiento en algunos supuestos.

Y, por último, señalar que el artículo 42 de la LOCM exige que, de no indicarse en la oferta el plazo de ejecución del pedido, éste deberá cumplimentarse dentro de los 30 días siguientes al de su recepción por el consumidor.

EXENCIÓN DERECHO DESISTIMIENTO (derecho de resolución)

- a) Transacciones de valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor.
- b) Contratos celebrados con intervención de fedatario público.
- c) Venta de objetos de puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos, salvo pacto en contrario (v.g. programas ordenador, discos, libros, CD por su facilidad de reproducción).
- d) Otros: prensa diaria, publicaciones, periódicos, revistas, apuestas, loterías, grabaciones sonoras.
- e) Otros: aquellos en que por la naturaleza del contenido de las prestaciones sea imposible llevar a cabo la resolución, sin perjuicio de la reclamación de los daños y perjuicios sufridos.

5.4. Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre comercio electrónico).

Esta Directiva completa la Directiva de 13 de diciembre sobre la firma electrónica. Dado que debe ser transpuesta en el año 2002 a nuestra legislación interna, a través del Anteproyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, nos detendremos en el estudio de la normativa comunitaria, en base a los siguientes puntos:

1. Disposiciones Generales. La Directiva pretende garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores estableciendo un marco claro y de carácter general para ciertos aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior. En definitiva, pretende garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. La Directiva precisa que todos los Estados miembros deberán velar por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que forme parte del ámbito coordinado. Los Estados miembros no pueden, en consecuencia, restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro, salvo excepciones necesarias por motivos de orden público, protección de menores, protección de la salud, sexo, religión, etc.
2. Comunicaciones comerciales. La Directiva define las comunicaciones comerciales como todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas. No se consideran comunicaciones comerciales los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente, el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni tampoco las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando no hay contrapartida económica. Por lo que respecta a la comunicación comercial no solicitada por correo electrónico los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (opt-out).

3. Contratos por vía electrónica. La Directiva obliga a los Estados miembros a suprimir cualquier prohibición o restricción concerniente a la utilización de los contratos electrónicos y a garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca, ni prive de eficacia y validez los contratos celebrados por vía electrónica. No obstante, los Estados quedan autorizados para que a ciertos contratos no les sea de aplicación la misma: a) los de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria (excepción los de arrendamiento); b) los que requieran por ley la intervención de los Tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública; c) los de crédito y caución y las garantías presentadas por personas que actúan por motivos ajenos a su actividad económica, negocio o profesión; d) los de derecho de familia o sucesiones. Para tal fin la Directiva garantiza y exige que el prestador de servicios facilite al menos cierta información clara, comprensible e inequívoca antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido.
4. Responsabilidad de los prestadores de servicios intermedios. Se elimina para el caso de un servicio que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, siempre y cuando, el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione el destinatario; y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos. Por otro lado, también tienen limitada la responsabilidad los prestadores de servicios en las actividades de memoria tapón (*caching*) en los casos en que el almacenamiento automático, provisional y temporal de la información se realice con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, y cuando se den ciertas condiciones fijadas en la Directiva. También garantiza que en un servicio consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario, el prestador de servicios no podrá ser considerado responsable de los datos almacenados cuando: a) no tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información sea ilícita; y b) que en cuanto tenga conocimiento de los hechos, acuda con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ello sea imposible. Los Estados miembros no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan, ni de manera general pueden obligar a realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.
5. Códigos de conducta, litigios y sanciones. La Directiva refuerza la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario estimulando la cooperación administrativa entre los Estados. También aboga por la resolución de conflictos por mecanismos extrajudiciales. No obstante, en los recursos judiciales aboga por que permitan adoptar medidas rápidas, incluso provisionales, para poner término a una presunta infracción y evitar que se produzcan más perjuicios. Las sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por último, matizar que en caso de que la Directiva no sea transpuesta al ordenamiento jurídico español en la fecha prevista, la Directiva podrá ser aplicada en virtud de los principios generales del derecho comunitario, que permite aplicar los principios de «aplicabilidad directa» y «efecto directo» de la norma, cuestión no baladí, porque el Anteproyecto de Ley de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico realizado entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Investigación, Ciencia y Tecnología ha tenido, al menos, ya varias versiones o borradores del mismo, sin que a fecha de hoy haya sido remitido a las Cortes para su trámite parlamentario.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M.^a «Las obligaciones concertadas por los medios informáticos y la documentación electrónica de los datos jurídicos». La Ley 1992-4.
- BARRIUSO RUIZ, C. «La contratación electrónica». Madrid 1998.
- BRIZ J. Y LASO, I. «Internet y comercio electrónico». Esic Editorial, 2000.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. «Manual de Derecho Informático», 1997.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P. «Internet y comunicaciones digitales». Bosch, 2000.
- ORTS BERENGUER, E. «Propiedad Intelectual, nuevas tecnologías y derecho penal». Editorial Comares, 1998.
- RIBAS ALEJANDRO, J. «Aspectos jurídicos del comercio electrónico». Editorial Aranzadi, 1999.
- SÁNCHEZ NAVARRO, F. «Internet en la empresa». Anaya, 2000.
- UNIVERSIDAD DE VALENCIA. VV.AA. «Máster el Derecho y las Transmisiones Electrónicas», 1.º Máster, 2000.
- VV. AA. «Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones». Aranzadi, 1999.