

TEMA 1. EL IMPACTO DE INTERNET EN LA SOCIEDAD Y EN EL FENÓMENO CONTRACTUAL

I. INTERNET: HACIA LA CONQUISTA DEL MERCADO

A. INTERNET Y LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA

La sociedad actual continúa experimentando una revolución tecnológica (telecomunicaciones e informática). Como consecuencia de esta revolución, irrumpe con fuerza Internet. Este importante paso en nuestra sociedad ha sido resaltado por la doctrina y la normativa supranacional. Destacan especialmente dos normas:

- **Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (Naciones Unidas):** Se ofrece a los países como un texto normativo ejemplar para la evaluación y modernización de algunos aspectos de su propia normativa legal y de las prácticas relativas al empleo de la informática y demás técnicas de comunicación modernas en las relaciones comerciales.

- **Informe Bangemann (Unión Europea):** Hace referencia a la revolución de las TIC (Tecnologías de la Comunicación y la Información, conjunto de técnicas y equipos informáticos que permiten comunicarse a distancia por vía electrónica), a la que define como nueva revolución industrial, basada en la información y que constituye un recurso que altera el modo en que trabajamos y vivimos, ya que nos permite trabajar con la información en cualquiera de sus formas con independencia de la distancia, el tiempo y el volumen.

De la lectura de estos documentos se aprecia el nuevo giro producido por los avances tecnológicos en telecomunicaciones e informática, que permiten el acceso a todas las personas desde cualquier parte del mundo. En definitiva supone la desmaterialización y la descentralización de la información y de sus fuentes.

Esta revolución, que se encuentra en su punto inicial, se ve acelerada por la intervención de agentes políticos a nivel internacional, comunitario o nacional y su fruto es el nacimiento de una nueva sociedad, denominada Sociedad de la Información, en la cual Internet desempeña un papel privilegiado.

B. ANÁLISIS APRIORÍSTICO SOBRE EL CONCEPTO DE INTERNET

El término Internet es la síntesis de INTERconnected NETworks “redes interconectadas”. Resulta interesante analizar cuáles son las principales ideas que inicialmente sugiere el término, en principio pueden señalarse las siguientes acepciones asociadas con Internet:

- 1) Internet representa un nuevo medio de comunicación a distancia, una evolución más frente a otros medios preexistentes como el fax, teléfono, etc.

- 2) Internet es fruto de la combinación de tecnologías informáticas y de telecomunicaciones.

- 3) Internet es un “lugar” en el cual se navega, más que un medio de comunicación.

- 4) Internet permite el intercambio de ficheros y sus contenidos, y compartir recursos en general, lo cual permite la desmaterialización de la información y su comunicación a distancia a través de la red.

- 5) Internet constituye la red por excelencia, de carácter abierto y sin propietario. Recibe el nombre de “red de redes”.

- 6) Internet es sinónimo de una serie de aplicaciones (www, e-mail, chat, videoconferencia, etc.), dirigidas a cumplir funciones diversas: compartir ficheros y recursos, acceso remoto y colaboración, comunicación de mensajes escritos, hablados o mediante imágenes, etc.

- 7) Internet es una “infraestructura informática”, ya que representa una plataforma desde la cual pueden practicarse una infinidad de aplicaciones y además permite la integración de todas las nuevas tecnologías: radio, TV, vídeo, DVD, telefonía móvil, etc.

- 8) Internet se asienta en el sistema de protocolos TCP/IP, al igual que las redes de tipo Intranet o Extranet. La diferencia es que Internet es una red abierta y con acceso al público en general.

- 9) Internet se articula sobre una triple realidad: red, lenguaje técnico (combinación de protocolos y conjunto enorme de servicios).

- 10) Internet representa un símbolo y estímulo de la denominada “Sociedad de la Información”, ya que ha transformado la visión de multitud de sectores económicos, políticos y sociales.

C. DEFINICIONES Y FUNCIONAMIENTO

Se podría definir Internet como una infraestructura informática –una red de redes–, asentada en un lenguaje técnico basado en el conjunto de protocolos TCP/IP, que permite la integración de todas las nuevas tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones y que, mediante el empleo de un conjunto de aplicaciones (www, correo electrónico, intercambio de ficheros, chat, videoconferencia...), permite acceder a una variedad de servicios y utilidades: medio de comunicación, obtención de información, comercio electrónico, formación y educación, diversión, acción en comunidad, sanidad, etc.

La Federal Networking Council (FNC) define Internet como un sistema global de información que está relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global basado en el protocolo de Internet IP o en sus extensiones, es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones u otros protocolos compatibles con IP, y emplea, provee, o hace accesible, privada o públicamente, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras.

En cuanto a su funcionamiento, indicar que se requiere un ordenador o terminal; un módem; una red de telecomunicación; un servidor o proveedor de servicios de Internet (ISS); y un navegador web.

E. CARACTERÍSTICAS DE INTERNET: RED ABIERTA Y SIN PROPIETARIO. INTERNET Y LAS REDES CERRADAS: ELECTRONIC DATA INTERCHANGE, INTRANETS Y EXTRANETS

Existe una conexión entre los términos Internet y globalización, ya que puede definirse a Internet como una red global, red de redes, que presenta como características principales:

- a) Ser una red abierta y sin propietario.
- b) Poder proporcionar servicios interactivos.
- c) Ser internacional, mundial o global.
- d) Ser una red o plataforma o infraestructura integradora de multitud de servicios y aplicaciones, y de sus operadores.
- e) Ser una red que, permite la conclusión de contratos y su ejecución de forma íntegra en determinados supuestos.

La diferencia que presenta Internet respecto a otras redes como EDI (Electronic Data Interchange), es que Internet es “abierta”, quiere decir que no restringe a nadie el acceso a la red; por el contrario, cuando una red es cerrada, sólo podrán acceder a ella las personas que previamente tengan la autorización exigida para ello.

En cuanto a EDI, indicar que la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico recoge en diferentes partes de su texto las siguientes acepciones de forma expresa:

- 1) En sentido estricto, se refiere a EDI como una red cerrada, contrapuesta y previa a Internet.
- 2) La segunda, en sentido amplio o EDI y otros medios de comunicación de datos: se identificaría de forma simple con el acto de intercambiar electrónicamente datos, ya sea a través de redes cerradas (como la estricta EDI) o abiertas (por Internet).
- 3) En cuanto aplicación o medio de comunicación semejante al correo electrónico, que puede practicarse en el soporte técnico de Internet.

Entre las consecuencias directas del paso de EDI a Internet destaca la ampliación del número y tipo de los sujetos participantes. En los últimos años se ha experimentado un nuevo retorno hacia las redes de naturaleza cerrada, pero dentro de la propia red abierta, Internet, empleando sus mismos protocolos de comunicación para alcanzar mayor seguridad en la comunicación empresarial. Se denominan *Intranets* y *Extranets*.

III. UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO CONTRACTUAL EN INTERNET

A. UN EJEMPLO DE CONTRATO POR INTERNET: SU CONCLUSIÓN DESDE UNA PÁGINA WEB

En Internet se encuentran muchas páginas web que contienen actuaciones integradas dentro del fenómeno de contratación privada: publicidad; informaciones más precisas; invitaciones a realizar ofertas; y auténticas ofertas de productos y servicios. En este último caso, las ofertas deben tener detalladas las características de los productos o servicios con la indicación de sus precios. También deben mostrar los datos de identificación del prestador del servicio (titular de la página web) y las condiciones generales de contratación.

Finalmente, **el sujeto interesado en adquirir el producto o servicio sólo tendrá que seguir los pasos que la página le indique para concluir el contrato**. A continuación el prestador del servicio enviará a la dirección de e-mail dada un acuse de recibo de la transacción efectuada y de su contenido. Si el producto o servicio adquirido es de naturaleza informática o electrónica puede ser transmitido directamente en unos minutos al ordenador receptor, si no es el caso, éste será remitido a través de los procedimientos habituales, como el correo postal.

B. BENEFICIOS QUE APORTA INTERNET A LA CONTRATACIÓN

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

La contratación a través de Internet suele facilitar la reducción de los precios de los productos y servicios ofrecidos por este medio, ya que el coste final suele ser *menor debido al menor número de intermediarios comerciales en el mercado electrónico*.

Por otro lado, los costes de distribución desaparecen cuando el producto o servicio contratado posee naturaleza inmateral (p.ej. un programa de software), por lo que es posible realizar su entrega al adquiriente directamente a través de Internet, sin necesidad de acudir a los cauces ordinarios de consignación de la mercancía.

No obstante, esto no tendrá lugar cuando el producto ofrecido sea de naturaleza material; es decir, bienes comunes al mercado tradicional, que requerirán para su consignación el empleo del servicio postal o mensajería.

Un gran número de negocios ubicados en la red, ejercen simultáneamente una actividad comercial de carácter tradicional.

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

Debido al carácter global de Internet, se consigue aumentar el número de productos y servicios de semejantes características ofrecidos por una cantidad enorme de comerciantes ubicados en todo el mundo. Esto genera la posibilidad de comparar calidad/precio del producto o servicio deseado gracias a los “**buscadores**”, que permiten conocer el precio más económico de un mismo producto – o de similares características – entre los ofrecidos por los distintos prestadores de servicios. La calidad de la búsqueda dependerá de la potencia del buscador, de las dimensiones del conjunto de índices y de la periodicidad de su puesta al día.

Todo ello produce como consecuencia una optimización de la competencia del mercado, en el que jugarán un papel fundamental la publicidad y el marketing.

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

Uno de los principales logros del uso de Internet es la rapidez de acceso a un gran número de informaciones, entre las que se encuentran las de carácter comercial.

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

por último, informaciones de carácter postcontractual, basadas fundamentalmente en el interés del comerciante de mantener satisfecho a su cliente.

Al mismo tiempo, si bien esta velocidad en el suministro de información ha de ser considerada una ventaja que aporta Internet, puede convertirse en un perjuicio cuando dicha información contenga *contenidos ilícitos o perjudiciales*, pueden producir en el consumidor un efecto sorpresa que puede conducirlo a la compra de productos de forma precipitada. Por lo que se puede observar que existe una pequeña frontera que separa en general los beneficios de los perjuicios generados por este medio.

4. Superación del factor geográfico en la contratación.

Internet permite la contratación entre partes situadas en distintos puntos en el espacio, tanto a nivel local, nacional o internacional. De este modo, gracias a la utilización de este medio de comunicación se logra una auténtica “globalización contractual”, que no había sido alcanzada mediante el empleo de otros medios de comunicación a distancia.

Pero precisamente esta cualidad plantea numerosos problemas en materia de derecho y jurisdicción aplicables, en el caso de que surjan conflictos derivados de la contratación. En definitiva, se puede indicar que gracias al uso de Internet se ha logrado la superación del factor “espacio” en la contratación, entendido en su sentido físico o geográfico, ahora bien, no en su sentido jurídico, íntimamente vinculado a la territorialidad del derecho.

La superación del factor geográfico arrastra al mismo tiempo otros problemas como la falta de contacto directo entre el usuario y los bienes, lo que dificulta garantizar la “confianza”.

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

No solamente se ve superado el factor geográfico mediante el empleo de Internet, sino que también permite vencer la barrera comercial asentada en la existencia de horarios fijos de apertura y cierre de los negocios tradicionales. Se permite así la contratación de determinados productos o servicios en horarios y días en los que las tiendas comunes se encuentran cerradas, con lo que se genera la posibilidad real de un mercado abierto las 24 horas de los 365 días del año.

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

El comercio generado en torno a Internet se asienta en la oferta de nuevos productos, caracterizados por tener una naturaleza inmaterial y estar basados en el conocimiento.

Esto ha provocado la aparición de nuevos profesionales, así como de un nuevo sector económico y laboral junto a ellos.

Este sector es novedoso por la tecnología y técnicas empleadas y se asienta en un entorno de por sí inmaterial, pese a que el producto o servicio final ofrecido sea de naturaleza material, y se transmita desde la propia web comercial a su adquiriente y destinatario. Todas estas labores resultan realizables de forma más eficiente mediante pequeñas empresas especializadas al efecto. Se pone de relieve el hecho de que el coste de dichas infraestructuras será menor cuando el objeto de comercio son bienes inmateriales, como programas informáticos o música digitalizada.

En síntesis, gracias al predominio del inmaterial sobre el material, tanto en el producto como en el medio en el que se actúa el comercio, resulta un sector económico en el que las pequeñas y medianas empresas pueden actuar en paridad de condiciones a las grandes empresas, e incluso de un modo más eficaz.

7. Otros beneficios

El comercio electrónico contribuye a la mejora de la adaptabilidad y los procedimientos de rendición de cuentas. También permite a las personas con discapacidad y las personas con edad avanzada el acceso al conjunto de información y servicios que de otro modo no obtendrían.

C. DEBILIDADES QUE PLANTEA ESTA FORMA DE CONTRATACIÓN

1. Internacionalidad

El comercio electrónico tiene **carácter transnacional**. Esta característica puede concebirse en sentido positivo, con una apertura de fronteras o superación de factor geográfico; pero también en sentido negativo, en cuanto a forma de evasión al control de los Estados. Cuando se produce un incumplimiento del contrato, los problemas aparecen vinculados al derecho aplicable y a la jurisdicción competente para resolverlo.

Tanto desde la vertiente precontractual (publicidad), como la contractual (incumplimiento), pueden verse defraudados los derechos de una de las partes involucradas en la contratación. Este ataque puede producirse desde otro país diferente al del perjudicado, donde existe un ordenamiento diferente al de su país.

La Unión Europea busca unificar el régimen jurídico aplicable mediante la **Ley Modelo sobre comercio electrónico** emanada en el seno de las Naciones Unidas. También hay que tener en cuenta los convenios internacionales de los que España sea parte.

2. Carácter transversal e interdisciplinariedad jurídica

En la contratación electrónica a menudo resulta difícil deslindar las fronteras correspondientes al Derecho público y al privado; en ocasiones, esta contratación puede generar cuestiones pertenecientes al Derecho penal, al civil y/o mercantil.

Desde una perspectiva territorial pueden originarse dudas respecto a la aplicación del Derecho comunitario, interno e internacional.

Además, dentro del derecho privado pueden surgir cuestiones pertenecientes a campos variados como los correspondientes a la intimidad, protección de datos, propiedad intelectual, imagen y honor, etc.

Este **carácter transversal** de los problemas que puede generar la contratación en Internet ha sido puesta en relieve por la doctrina, intentando dotar a dicha contratación de una regulación específica.

Interdisciplinariedad: aquello que se lleva a cabo a partir de la puesta en marcha de varias disciplinas.

3. Problemas objetivamente vinculados a la relación contractual

a. La identificación de los contratantes

Un problema inicial y básico en este tipo de contratación a distancia es la seguridad que debe existir en el conocimiento de las identidades de los participantes. De este hecho dependerá la constancia de la capacidad de contratación de las partes, de su seriedad en la contratación, de sus datos en caso de reclamación y/o controversia judicial, etc. En definitiva, todas las posteriores debilidades que se asientan en la seguridad de la operación, como el telepago, el correcto envío del producto adquirido, etc, encuentran en este estadio inicial su posible resolución.

Con el fin de solventar este grave inconveniente del comercio electrónico han aparecido como principal respuesta, en los diferentes ámbitos nacionales e internacionales, las *firmas y los documentos de identidad electrónicos*.

b. Protección de los datos de carácter personal

Una vez se realiza la contratación y se dan a conocer los datos de los contratantes surge la dificultad del correcto uso que se haga de los ellos; y no sólo por parte de las personas involucradas en la contratación, sino también de otros sujetos que, mediante el empleo de conocimientos y medios tecnológicos, son capaces de hacerse con unos datos que pueden ser empleados de modo fraudulento con posterioridad. Esta posibilidad repercute directamente en la desconfianza generada por este tipo de contratación, sobre todo al tener que facilitar datos bancarios al finalizar la compra.

Ha de resaltarse en el ámbito comunitario, la Directiva relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, que trata de conjugar el derecho a la privacidad de los datos personales y la seguridad en la contratación en Internet.

c. El uso de la informática como factor de estandarización

Una característica que se encuentra cada vez más acentuada en la contratación en masa tradicional – entre partes físicamente presentes – es la del *empleo de formularios en los que se recogen innumerables condiciones generales y cláusulas de adhesión* a las que normalmente el consumidor es llamado a aceptar para la conclusión del contrato; en definitiva, el recurso a los **contratos estándar**. Pues bien, es precisamente esta característica la que adquiere el valor esencial en la contratación desde Internet a través de páginas web. Resultará fundamental analizar el modo en que son recogidas tales cláusulas en un contrato realizado desde Internet, especialmente cuando uno de los contratantes sea un consumidor; aunque también en la contratación entre profesionales este aspecto sigue siendo relevante.

d. Determinación del momento y lugar de perfección del contrato

Entre los principales problemas que han surgido desde los orígenes de la contratación en Internet está el de la determinación de la normativa que rige el contrato, así como el lugar jurisdiccional competente para resolver un hipotético litigio entre las partes contratantes. La localización del lugar de nacimiento del contrato va a determinar la aplicación de una determinada normativa nacional que incidirá, precisamente, en el establecimiento del instante en que se entiende concluido el contrato.

e. El correcto envío del producto adquirido

Un elemento fundamental del éxito en toda contratación a distancia es la mayor o menor eficiencia con la que actúa el suministrador en la puesta a disposición del producto a su adquirente. Ha de diferenciarse si el contrato es perfeccionado y ejecutado directamente desde Internet o si sólo es perfeccionado a través de este medio, terminando con la entrega del producto por correspondencia postal. Cuando se trata del primer supuesto, queda excluida por parte del adquirente la posibilidad de desistimiento y devolución del producto dentro del período preestablecido por la normativa, siempre y cuando la entrega haya sido correcta. En cambio, en el segundo de los supuestos normalmente tendrán aplicación tales derechos en favor del consumidor.

f. Telepago y seguridad en las transacciones

Una de las razones fundamentales inhibitorias de la contratación desde Internet, es la inseguridad que sienten los contratantes al momento de efectuar el pago del servicio adquirido mediante cauces electrónicos a través de la propia red. Por esta razón, se trata de acudir a distintas vías para proteger los datos confidenciales de los contratantes relativos a sus tarjetas de crédito o débito. Entre ellos destacan *recurrir a sistemas de cifrado del mensaje o a redes de carácter privado durante el instante en que se efectúa el pago*; además de otros sistemas simples como abonar la mercancía en el momento en que el adquirente la tenga a su disposición, a través de reembolso.

g. Derecho de prueba y valor de los documentos informáticos

Es fundamental tener en cuenta el valor probatorio que el ordenamiento asigna a un contrato recogido en forma electrónica, ie, que no está recogido en papel. Durante años, la doctrina ha tratado en los distintos ordenamientos europeos de responder a esta cuestión mediante la reinterpretación de la normativa existente en materia general de prueba. Finalmente, gracias a la emanación de normas específicas de carácter comunitario y nacional, se concede expresa validez al contrato finalizado mediante cauces telemáticos, y un especial valor probatorio al denominado “documento informático”.

h. La efectiva tutela de los consumidores y usuarios

Otra de las debilidades en la contratación electrónica consiste en la posibilidad que existe de defraudar los legítimos derechos de los consumidores en la contratación, ya sea antes, durante o después del contrato, como pueden ser publicidad engañosa, spamming, perfección de contratos a distancia, condiciones generales de contratación, información precontractual, etc.

En algunas ocasiones, cuestiones vinculadas a la libre circulación y libre competencia en el sector de las telecomunicaciones pueden chocar con la correcta tutela de los consumidores. La Directiva 2000/31/CE hace referencia a la posibilidad de adaptar y modificar las normas preexistentes en materia de tutela del consumidor en la contratación privada, para mejorar su eficacia ante la aplicación de estas nuevas tecnologías.

A su vez, esta nueva forma de contratar ha permitido alcanzar un hecho que hasta el momento ningún otro sistema había logrado: la directa integración del consumidor en el ámbito de la contratación internacional, con todas las consecuencias que ello entraña. Esta circunstancia podría conllevar el riesgo de dejar huérfano al consumidor de la tutela que, hasta el momento, le reservaba el ámbito nacional. De este modo, así como es posible hablar de un mercado global generado por la irrupción de Internet, también es posible hablar de “consumidores globales”.

D. DISTINTOS MODOS DE CONTRATAR EN INTERNET

Además de la contratación a través de una página web, existen otras posibilidades, en concreto, los contratos celebrados a través de correo electrónico, los perfeccionados por medio de chat o videoconferencia, los que nacen tras la celebración de una subasta electrónica y los contratos concluidos empleando con este fin la firma electrónica.

Todas estas modalidades tienen en común que su conclusión se realiza a través de la red. Es importante identificar los sujetos que pueden tomar parte en la contratación a través de Internet ya que la calificación y régimen jurídico aplicable al contrato será distinto según quienes sean las partes intervinientes.

Si las partes contratantes son profesionales se hablará de contrato mercantil; cuando ambos son simples particulares, se estará en la esfera del Derecho civil general. Cuando un particular contrata un bien o servicio con un profesional que actúa dentro de su ámbito de actuación se estará en el contexto del Derecho de consumo.

IV. EL FOMENTO INSTITUCIONAL DEL USO DE INTERNET EN LA CONTRATACIÓN Y SU REGULACIÓN

A. LA DISCUTIDA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECIAL

Existen dos cuestiones a plantearse:

1- Si sigue siendo válida para los contratos telemáticos la normativa que en materia contractual ha venido aplicándose hasta el momento. En este caso, debería rechazarse la necesidad de una regulación especial, siempre y cuando por tal se entienda un cuadro jurídico completamente nuevo.

2- Si sigue siendo válido el esquema de negocio tradicional frente a esta nueva contratación. En este sentido, la categoría tradicional del contrato sigue plenamente viva en la nueva modalidad que emplea Internet. Pero se debe reconocer la existencia de determinados aspectos, que representan una auténtica novedad y no vienen regulados por la normativa general. Son estas situaciones frente a las que se debe reaccionar mediante dos hipotéticas soluciones:

a) La regulación, producción de normas de ámbito general, vinculantes y emanadas de un órgano legislativo.

b) La autorregulación, libertad de las partes para establecer el contenido del contrato, que se puede encontrar en dos modalidades: a) soluciones previamente convenidas; b) los códigos de conducta, el profesional que realiza la oferta a través de Internet, se compromete a conceder determinadas prerrogativas más beneficiosas a favor del comprador.

En la actualidad se tiende a privilegiar a la regulación en perjuicio de la autorregulación, ya que este tipo de contratos tiene una vocación internacional.

TEMA 2. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y COMERCIO ELECTRÓNICO

I. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SUS SERVICIOS

A. NACIMIENTO DE LA EXPRESIÓN “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”.

El término “Sociedad de la Información” aparece en Japón en los años 70, haciendo especial referencia al valor económico de la información.

La “sociedad de la información”, como proyecto, nació en Europa gracias a la labor del Informe Bangemann y se enmarca en un entorno jurídico a partir de Directivas de la Comisión Europea y recomendaciones de las Naciones Unidas. Con la perspectiva de alcanzar con ella una mayor cohesión e integración de los distintos Estados.

B. SIGNIFICADO DE LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” EN EL INFORME BANGEMANN: REDES, SERVICIOS BÁSICOS Y APLICACIONES.

La Sociedad de la Información representa una etapa evolutiva más dentro de la historia de la economía, asentada en dos conceptos: información y tecnología. Esta etapa es denominada “era digital”.

El informe Bangemann presenta un plan de acción para alcanzar la “sociedad de la información”, combinando fuerzas del sector público y privado. Se basa en 3 frentes:

1. Evitar el posible rechazo tecnológico que puedan sufrir los destinatarios de su uso.
2. Triple función de garantía tecnológica: acceso equitativo, servicio universal, aceptación y uso.
3. Control de riesgos y elevación de beneficios para alcanzar logros en diversos ámbitos (educación, laboral, comercial, sanitario, ...).

En el informe se propone una estructura para la Sociedad de la Información *integrada por tres elementos*, las redes, que permiten la transmisión de la información, los servicios básicos, son los que permiten utilizar dichas redes, por ej. email o transferencia de ficheros y las aplicaciones, que ofrecen soluciones específicas para los usuarios, son ejemplos el teletrabajo, educación a distancia o la asistencia sanitaria.

De esta exposición surgen dudas en la definición de “sociedad de la información” ofrecido por el Informe Bangemann, sobre todo acerca de su extensión y significado. Se plantea así entre otras, la cuestión de cómo encaja Internet en esta “sociedad de la información” y en cuál de sus elementos constitutivos se integraría. Y esto es debido a que el propio concepto debe quedar abierto, al estar en continua evolución.

C. LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” A LA LUZ DE POSTERIORES TRABAJOS DE LA UNIÓN EUROPEA. ELEMENTOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS.

La sociedad de la información adquiere un nuevo significado, económico y social, en la sociedad actual, fruto de la convergencia entre las telecomunicaciones y la informática.

Frente al informe Bangemann, en los materiales de la UE más recientes se prefiere distinguir entre “infraestructura de la sociedad de la información” y “servicios de la sociedad de la información”.

Se entiende por **infraestructura** a la parte física para crear los servicios y hacerlos llegar a los clientes, estaría integrada por: 1. Los sistemas de componentes. 2. Las redes. 3. Los servicios asociados a sectores relevantes. Se puede apreciar que la “infraestructura” se correspondería con la combinación de las redes y los servicios básicos a que hacía referencia el Informe Bangemann.

Los **servicios**, serían las aplicaciones o servicios de la sociedad de la información, que son el conjunto de actividades con unos contenidos propios, practicables gracias al empleo de redes y servicios básicos.

Ejemplos de tales actividades, aplicaciones o servicios de la sociedad de la información serían el teletrabajo, la telemedicina, la telecompra o la telecomunicación.

D. INTERNET Y EL COMERCIO ELECTRÓNICO EN LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN”.

“Servicios básicos de la sociedad de la información” (informe Bangemann) y “servicios de la sociedad de la información” (directivas europeas) hacen referencia a dos realidades distintas. Por ejemplo:

En cuanto a **Internet**, está definida dentro de los *servicios básicos de la sociedad de la información*. Presenta unas características superiores a otras redes. En otro ámbito más reducido estarían las Intranets y Extranets. En cuanto a EDI, representa otro tipo de red o infraestructura de la sociedad de la información, que se diferencia de Internet por ser cerrada, asentada en protocolos privados y dotada de propietario.

El **comercio electrónico** está incluido dentro de los *servicios de la sociedad de la información*. Estos se caracterizan por prestarse a distancia, con medios electrónicos, a petición individual y habitualmente a cambio de contraprestación.

F. LA “SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” Y LA “SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO”.

Ambos conceptos hacen referencia a la misma realidad, pero enfocados desde distintas perspectivas.

La **Sociedad de la Información** es externa u objetiva, consiste en poner a disposición de la masa el acceso a una información cuantitativamente ilimitada. La **Sociedad del Conocimiento** es interna o subjetiva, se refiere al aprovechamiento que de dicha información puede obtener el individuo.

En esta evolución terminológica se pretenden vincular tres estadios. En primer lugar, *el informático*, que permite una desmaterialización de la información que la desvincula definitivamente del soporte de papel. El segundo, el de los medios de comunicación asentados en redes digitales, que permiten el acceso a una información de carácter ilimitado, internacional y abierto gracias a la transmisión instantánea de los datos. Y en tercer lugar, el de los sujetos destinatarios de esta información, que son autosuficientes para seleccionar y asimilar el inmenso conjunto de contenidos que son accesibles a distancia, y transformarlos en conocimiento.

II. COMERCIO ELECTRÓNICO

A. ORIGEN DEL TÉRMINO

B. DEFINICIÓN

Es un término cambiante e inmaduro, definido como el conjunto de actividades comerciales que son efectuadas mediante procedimientos electrónicos, ya sean realizadas a distancia o no.

Se trata de toda aquella actividad de intercambio generadora de valor para la empresa, sus proveedores o clientes, efectuada a través de las redes y referida tanto al sector privado como al público.

La comunicación titulada “Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico”, recoge interesantes puntualizaciones y pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el “comercio electrónico”:

1. Consiste en la práctica de actividades comerciales mediante el procesamiento y/o la transmisión electrónica de datos (texto, sonido o imagen).
2. No es un fenómeno nuevo que se inicia con la aparición de Internet.
3. Comprende actividades comerciales con comunicación directa y a distancia y también actividades en las que no hay comunicación directa (catálogos en CD por ej.).
4. Abarca actividades comerciales online, offline o híbridas.
5. Puede ser “directo” o “indirecto” en el primero todas las operaciones se hacen vía electrónica y en el segundo sólo una parte es realizada por medio electrónicos.
6. Internet le ha aportado un mayor desarrollo y una generalización y ampliación de los sujetos que lo practican.

D. COMERCIO ELECTRÓNICO E INTERNET

No todo lo que se realiza por Internet es comercio electrónico (por ejemplo jugar a juegos online) ni todo comercio electrónico se realiza a través de Internet (un catálogo en CD-ROM es comercio electrónico pero no se realiza a través de Internet). Cuando se realiza en red, puede hacerse por Internet o mediante redes cerradas.

El comercio electrónico es uno más de los servicios de la Sociedad de la Información, soportado por la infraestructura de Internet, al ser éste un medio de comunicación universal, global y abierto, que tiende a hacerse disponible a todos los colectivos. A su vez puede ser online u offline, perteneciendo el primero a la Sociedad de la Información y el segundo no.

Las principales cualidades de Internet como medio más idóneo para el comercio electrónico son:

- La www que permite la conversión de los sitios en auténticos escaparates comerciales.
- Tiene un carácter abierto que lo hace accesible a cualquier usuario.
- Su interactividad y comunicación bidireccional en las relaciones comerciales.

E. POSIBLES CLASIFICACIONES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

En una primera clasificación podemos distinguir entre comercio electrónico **directo** o **indirecto**, dependiendo si toda la operación, el envío y el pago del bien o servicio contratados son efectuados enteramente en forma electrónica o no.

Otra clasificación diferencia entre comercio electrónico **tradicional** y comercio electrónico **vía Internet**.

Según los participantes, se distingue entre comercio electrónico entre profesionales, **B2B**, entre particulares, **C2C**, entre profesional y particular, **B2C**, entre profesional y administración, **B2A**, o entre particular y administración, **C2A**.

Teniendo en cuenta la presencia o no de la administración, podemos distinguir entre comercio electrónico **privado** ó **público**. El comercio privado haría referencia a las relaciones entre profesionales, entre particulares o entre un consumidor y un profesional; es decir, las relaciones entre sujetos privados. Por el contrario el comercio electrónico público comprendería las relaciones de la administración con los particulares, las empresas, así como sus relaciones internas.

Por último, caben otras clasificaciones que poseen menor relevancia, podría hablarse de comercio electrónico en red (**online**) o no (**offline**), dependiendo si la entrega del producto es a través de medios electrónicos o no, comercio electrónico **a distancia** o **presencial**, dependiendo de si las partes están físicamente presentes o no.

III - ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico restringe su ámbito de aplicación a los **Servicios de la Sociedad de la Información** que se definen como: "todo servicio prestado normalmente a cambio de remuneración, a distancia (sin que las partes estén presentes), por vía electrónica (se utilizan equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos) y a petición individual (del destinatario)".

Están reguladas por la Directiva:

- Venta de bienes y prestación de servicios.
- Algunos servicios no remunerables como comunicaciones comerciales y los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso, transmisión y recopilación de datos.
- Las actividades precontractuales que se realizan desde una página web.
- El uso del correo electrónico por los profesionales con una finalidad directa (envío de ofertas), o indirecta (envío de comunicaciones comerciales).
- El servicio de facilitar el acceso a red, así como, albergar información del destinatario.

A pesar de considerarlos servicios de la sociedad de la información, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación una serie de actividades, entre ellas: la actividad de notarios y similares, la representación de un cliente y la defensa de sus intereses ante los tribunales, juegos de azar y apuestas, tratamiento de datos personales o legislación sobre carteles.

TEMA 3. CONCEPTO, VALIDEZ Y CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS VÍA INTERNET

I. CONCEPTO DE CONTRATO REALIZADO A TRAVÉS DE INTERNET

A. DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS DENOMINACIONES

Existe una falta de uniformidad en la terminología jurídica en su relación con la revolución tecnológica e informática. Así se tiende a utilizar como sinónimos en el ámbito de la contratación: comercio electrónico, telemático, online o e-commerce.

1. Contrato informático

Es aquel cuyo objeto es de naturaleza informática. Cuando se trate de un bien, la definición que usaremos será la de aquel que tenga por objeto un bien informático, sea de naturaleza material o inmaterial.

2. Contrato electrónico

Se denominará contrato electrónico a aquél para cuya conclusión se emplean medios o procedimientos electrónicos. Cuando se habla de procedimientos electrónicos además de abarcar la comunicación entre ordenadores, estarían presentes otros medios como el fax o el télex.

A diferencia de la directiva europea, la ley española 34/2002, recoge el concepto de contrato celebrado por vía electrónica o contrato electrónico como “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”. De este modo, la contratación por fax o télex queda excluida porque la comunicación por estos medios no constituye un *servicio de la sociedad de la información*.

En conclusión, parece que el adjetivo ‘electrónico’ reduce su aplicación a la existencia de **tratamiento o almacenamiento de datos**; y que esto no lo hace ni el fax ni el télex. Pero ello no quiere decir que no sean medios de comunicación electrónicos, por lo que en sentido genérico también ellos serían contratos electrónicos.

3. Contrato telemático

Un contrato electrónico perfeccionado a distancia. El adjetivo telemático se asocia al empleo de medios de procesamiento de datos y al envío de estos datos directamente, siendo accesibles sus contenidos sin necesidad de ser reproducidos sobre papel, por lo que no lo serían ni los concluidos vía télex ni mediante fax.

Son ejemplos de contratos telemáticos los concluidos mediante el empleo de Internet o Intranet entre partes físicamente distantes.

4. Contrato online

Pueden señalarse dos acepciones distintas. La primera, más genérica, entendería por contrato **on line** todo aquel que ha tenido lugar en línea o red, lo serían todos los realizados por Internet o desde una Intranet.

Según la segunda acepción, más restrictiva, un contrato **on line** sería aquel perfeccionado desde una página web y practicable en masa gracias a los programas informáticos de contratación. De este modo un contrato concluido entre dos sujetos mediante el uso de correo electrónico, videoconferencia o chat no serían contratos *on line*.

Servicios ofrecidos off line no serían calificados como contrato *on line*, ni telemático, ni electrónico; pero si se calificaría como contrato informático por su contenido.

5. Contrato digital

Es el contrato para cuya conclusión se acude al empleo de firma digital, que en lenguaje jurídico recibe el nombre de firma electrónica avanzada. Surge aquí la duda de valorar como digital tanto al contrato concluido mediante el empleo de este tipo de firma electrónica entre partes que están físicamente a distancia, como los que tienen lugar entre partes físicamente presentes.

Por otro lado, algún autor define como contrato digital a aquel contrato cuya conclusión mediante medios electrónicos es posible sin necesidad de recogerse materialmente en papel.

B. CONTRATO VÍA INTERNET: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

El “contrato informático” es el que tiene como objeto un bien o servicio informático. En cambio, “contrato electrónico” es el concluido mediante el empleo de medios electrónico, o el empleo del télex o del fax. Un contrato informático puede ser también electrónico cuando es concluido por dichos procedimientos electrónicos. Los contratos electrónicos pueden realizarse entre partes físicamente presentes o a distancia. Cuando los contratos electrónicos se realizan a distancia mediante técnicas de procesamiento de datos y su envío, sin necesidad del empleo de papel, reciben el nombre de “contratos telemáticos”. Finalmente, un contrato será digital, cuando para su conclusión se haya empleado la firma digital. Un “contrato digital” será siempre un contrato electrónico, pero no viceversa; además, no tiene por qué ser un contrato a distancia, ni telemático, aunque siempre sea un contrato on line.

Un contrato vía Internet, es un contrato electrónico, además de ser on line, cuyo objeto puede ser o no un bien o servicio informático y que puede realizarse entre partes que están o no presentes, si tienen lugar entre partes no presentes tendrá el calificativo de contrato telemático, y además si en su conclusión se emplea la firma digital será también un contrato digital.

Es importante resaltar que la normativa comunitaria sobre comercio electrónico no se aplica a todos los contratos electrónicos. Por ejemplo, no se aplica al contrato entre partes presentes mediante correo electrónico, ni al contrato realizado entre partes no presentes mediante correo electrónico, cuando ambos tienen la calificación de particulares, ni tampoco se aplica al contrato que se realiza a distancia mediante el uso de fax o télex. Pero el que no se aplique la normativa no quiere decir que tales contratos no tengan la consideración de contratos electrónicos.

Por su parte la ley española 34/2002, que traspone la directiva sobre comercio electrónico, define como contrato electrónico todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones. Por lo que, exige que oferta y aceptación viajen a través de Internet.

Pero en general, optaremos por el uso de un concepto de contrato a través de Internet en un sentido más amplio, entendiendo por tal todo contrato para cuya conclusión se ha empleado este medio sin importar la calificación de los sujetos, ni la normativa aplicable a cada uno. Ya que al margen de los regímenes jurídicos, el dato realmente relevante para calificar al contrato de concluido a través de Internet se localiza en que la aceptación haya sido emitida, expedida, recibida o conocida a través de este instrumento. Esto significa que el medio (verbal, escrito entre partes presentes, por correspondencia postal, télex, fax, etc.) a través del cual haya sido emitida, expedida, recibida o conocida la oferta, en nada condiciona su posterior calificación de contrato realizado a través de Internet.

De este concepto amplio se derivan dos importantes consecuencias:

1) Va a resultar fundamental determinar de forma clara la normativa aplicable al contrato realizado a través de Internet según se califique de contrato civil, mercantil o con consumidores.

2) Que a pesar de la novedad técnica del medio por el cual se realiza el contrato, se está en presencia de un contrato más, cuya peculiaridad reside en el hecho de que la aceptación se realiza a través de un medio moderno de comunicación.

Por contrato a través de Internet ha de entenderse aquél realizado mediante el empleo de dos terminales conectados a la red. El contrato pertenece a la categoría de contratos electrónicos, dotados de módem y de un programa de navegación que permite comunicarse entre sí a través de Internet.

Lo novedoso de este tipo de contratos respecto a las directrices del Derecho contractual tradicionales es más de forma que de sustancia, ya que la idea esencial que orienta toda la materia relativa a los contratos, incluida ésta, se sustenta en un principio fundamental: la *libertad contractual*, con dos vertientes:

- a) libertad de conclusión del contrato: momento de su nacimiento y elección de la otra parte.
- b) libertad de configuración interna del contrato.

Todo ello no impide que existan normas especiales, que en ocasiones alteren tales preceptos. Por ejemplo las relativas a la protección de los consumidores, o el hecho de que existan condiciones generales de contratación, directivas de comercio electrónico, etc.

III. CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN LA RED

Dentro de los posibles criterios clasificatorios, se ha optado por hacer referencia de manera más extensa a la clasificación que utiliza como criterio distintivo el tipo de sistema empleado por las partes en la red para la conclusión del contrato.

Los contratos por vía Internet pueden clasificarse siguiendo los siguientes criterios:

1. En atención a los sujetos participantes y a su régimen jurídico aplicable: contratos civiles, mercantiles o con consumidores.
2. Según el tipo de sistema empleado en la red: desde una página web, por medio de chat o correo electrónico, que, a su vez, podrán ser simple correo electrónico o por medio de correo electrónico acompañado de firma digital, o contratos concluidos a través de una subasta electrónica.
3. Dependiendo del hecho de que tanto la oferta como la aceptación hayan sido comunicadas a través de Internet, o solamente lo haya sido esta última.
4. Según sea calificable el contrato de formación instantánea o pertenezca a la categoría *exintervallo temporis*.
5. Dependiendo de si el contrato contiene condiciones generales de la contratación o carece de ellas. Cabría distinguir entre contrato por Internet con condiciones generales o contrato individual y negociado.

A. POR EL MODO DE ALCANZARSE EL ACUERDO DESDE INTERNET

Antes de entrar en detalle de los diferentes modos de acuerdo, es importante resaltar que lo realmente relevante es que, al menos, la aceptación sea comunicada a través de la red. Una primera distinción es la de diferenciar entre contratos vía Internet en los que **solo la aceptación** se comunica por la red y aquellos otros en los que **tanto la aceptación como la oferta** vengan transmitidos a través de Internet.

Cuando el contrato se concluye enteramente en la red mediante el intercambio de ambas manifestaciones negociales de los contratantes, puede diferenciarse entre contratos por vía Internet asentados en **ofertas al público, invitaciones a realizar ofertas, comportamientos concluyentes, e intercambio de ofertas y aceptaciones típicas**.

En este momento los mayores problemas aparecen en el espectro de la oferta contractual, y generalmente en la fase precontractual. La posible novedad en esta contratación que tiene lugar en Internet es el predominio de la práctica común asentada en **comportamientos concluyentes**, que se sitúan en todo caso **en el lado de la aceptación**, que será entonces tacita.

Cuando la parte que navega en las distintas webs comerciales acepta contratar en una de ellas mediante la pulsación de un icono colocado al efecto, **está aceptando** de forma expresa la perfección de un contrato. Por esta razón, los problemas no se ubican en el modo de manifestar el asentimiento, sino en la forma en que hayan sido previamente transmitidas al hipotético aceptante las informaciones sobre: el procedimiento contractual a seguir desde la web, los datos identificativos del profesional que ofrece el bien o servicio, y las características del bien o servicio a contratar y el contenido en general del futuro contrato.

El consumidor o profesional, que contrata mediante la pulsación del icono en una web, expresa mediante este acto su voluntad contractual, ahora bien, el **prestador del servicio** lo expresa exactamente igual mediante el empleo de su programa informático, ya lo realice a priori (oferta) o a posteriori (aceptación automática del programa).

B. TENIENDO EN CUENTA EL TIPO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

En este sentido puede diferenciarse entre contratos directos, puros o perfectos, que son los contratos que permiten su ejecución enteramente desde la misma red; y los indirectos, impuros o imperfectos, que son los que para su íntegro cumplimiento han de recurrir a los canales tradicionales, al menos para la entrega del bien adquirido.

C. DEPENDIENDO DE LOS SUJETOS PARTICIPANTES

En este caso, el criterio empleado en esta clasificación no es exclusivo de la contratación vía Internet, sino que puede ser aplicable a todo tipo de contrato. Se distingue así entre la contratación operada desde Internet entre profesionales o empresas (B2B), entre empresas o profesionales y consumidores (B2C), entre consumidores o más exactamente entre particulares (C2C, tener en cuenta que el concepto de consumidor exige como contraparte de la relación a un profesional), entre empresas o profesionales y la Administración Pública (B2A o B2G), y entre consumidores y la Administración Pública (C2A o C2G).

D. SEGÚN LA TÉCNICA EMPLEADA EN LA COMUNICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Sería la técnica empleada en la red para el intercambio de la aceptación contractual, siendo específicamente válida para contratos operados desde Internet. Las técnicas a menudo se combinan entre sí.

1. Contratos celebrados desde una página web

La web (www) ha contribuido a la expansión del mercado mundial, fomentando la competencia de todo tipo de empresas, al ser de fácil acceso y gran rapidez.

Esto ha permitido la incorporación a la misma de un gran número de profesionales cuyas web han adquirido una triple finalidad: informar sobre sus productos y servicios (captación de clientes), hacer posible la contratación de esos productos y servicios desde la red, y mejorar su atención postventa, lo que redundará en beneficio de futuras transacciones.

Los clientes utilizarán recursos de búsqueda para localizar la web de su interés, y en caso de desearlo podrá concluir desde la misma el contrato, para adquirir el producto o servicio deseado. La web le deberá proporcionar información para guiarle en el proceso.

Los contratos más numerosos realizados así son las **compraventas** (ventas online) seguidas de los contratos de prestación de servicios. A continuación se expone el esquema seguido por las compraventas:

- La página web presenta un catálogo de productos (con precios y atributos)
- Se añade un objeto o servicio a la cesta
- La página nos muestra los productos seleccionados, el precio individual y el total, nos permite seleccionar las unidades por producto, continuar eligiendo otros productos o terminar el contrato.
- Si decidimos terminar el contrato la página nos pide registrarnos con los datos: nombre, dirección, localidad, provincia, código postal y dirección de correo electrónico, así como una contraseña.
- Para celebrar el contrato nos pide, la dirección de correo y contraseña.
- Se nos muestra la **hoja de pedido**, que suele presentar el siguiente contenido: datos del comprador, los productos seleccionados, precio individual, gastos de envío, total a pagar; también hará referencia a la forma de pago. **Algunas llevan incorporadas las condiciones generales de contratación.**
- Se pulsa el icono pagar.
- Se comunica al usuario el número de su pedido y nuevamente se le informa del precio total, gastos de envío e IVA, datos del destinatario y del sujeto que hizo la compra.

En el proceso de compra descrito, al menos en dos ocasiones, el profesional que ejerce su comercio desde la página web suele ponerse en contacto por correo electrónico con el usuario (tras el registro y para el envío de los datos del pedido). Comunicaciones que son automáticamente efectuadas por el programa de contratación, pero resulta interesante ver la relación presente entre la página web y el correo electrónico a los efectos de perfeccionar y ejecutar un contrato. Los motivos de diferenciar en este estudio entre los contratos celebrados desde una web y aquellos directamente concluidos a través de correo electrónico se localizan en la **hegemonía** que han adquirido los primeros, así como el tratarse normalmente de contratos concluidos sobre la base de **condiciones generales de la contratación**.

2. Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia

Otra forma de concluir contratos que ofrece Internet es a través del chat. Este sistema está pensado principalmente para la realización de conversaciones en la red sobre los más variados temas. Normalmente el chat, en cuando programa conversacional, se encuentra incluido como uno más de los servicios que ofrecen determinados buscadores y servidores o páginas web particulares. Suele estructurarse por categorías dependiendo del tema objeto de conversación, y permite un diálogo escrito o hablado colectivo e instantáneo con las personas que se encuentren en ese momento en la misma sala.

El contenido de los mensajes es público y abierto a los interesados que están participando, no obstante, se permite dialogar en privado con alguno de los interlocutores siempre y cuando el sujeto elegido consienta. Como se puede apreciar no constituye a priori un canal idóneo para el fenómeno contractual en masa, por el contrario, su finalidad se mueve en el terreno del ocio. No obstante, y en cuando que permite una comunicación directa entre los sujetos, de forma semejante a la telefónica, es posible imaginarse algún supuesto en que este sistema se empleara para concluir un contrato.

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

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

Según la normativa europea por correo electrónico ha de entenderse «todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen enviado a través de una red de comunicaciones pública que pueda almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo».

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

Por su uso cada vez más extendido como medio de comunicación, presenta una importancia autónoma dentro del fenómeno general de la contratación. A esta conclusión ha de añadirse la regulación nacional y comunitaria que en materia de firma electrónica se ha ido generando en los últimos años, lo que permite distinguir dentro de este tipo de contratación un régimen jurídico diferente según el correo venga firmado electrónicamente o no. Todo ello hace que, en un futuro próximo, puede representar uno de los sistemas más utilizados para la conclusión de contratos entre partes físicamente distantes.

La Directiva europea sobre comercio electrónico será de aplicación al envío de “comunicaciones comerciales” de un prestador de servicios a terceros mediante correo electrónico, así como a la contratación que pueda tener lugar por este sistema, cuando en ella esté involucrado un profesional que actúe en el ámbito de su actividad.

4. Contratos celebrados a través de una subasta electrónica

Las subastas electrónicas es otro servicio más a través de Internet mediante el cual es posible la conclusión de contratos empleando para ello el sistema de la subasta. Combina elementos de la contratación vía web y los propios del correo electrónico. En los últimos años han adquirido una especial relevancia, por ello, la contratación por este medio resulta posible gracias a la combinación de los siguientes elementos:

a. El esquema contractual de la subasta

Cuando una subasta se realiza a través de Internet tiene estas peculiaridades:

- Los contratos definitivos que se concluyen mediante subastas electrónicas consisten en compraventas.
- El 'vendedor' es el titular del bien subastado, el programa informático es el 'subastador', y los sujetos interesados son los 'licitadores' o postores.
- Los objetos subastados vienen recogidos en una web, con todas sus características, precio de salida y duración de la subasta incluidos.
- Para participar como postor o como vendedor, es necesario registrarse en el servidor, con los datos relevantes (email incluido).

Esta última actividad es fundamental a los efectos de poder calificar al vendedor, por parte del vencedor, y puntuar de los postores, tarea que realiza el vendedor. Todo ello con vista a futuras licitaciones.

b. El programa informático de subasta del prestador del servicio

Lleva a cabo las siguientes funciones:

- Desarrollo materialmente la licitación.
- Recoge de forma clara y sencilla las instrucciones y los distintos pasos que han de seguir los participantes.
- Realiza la función de director de la licitación, obligando a los postores a aceptar las condiciones prefijadas por el vendedor para alcanzar con éxito la subasta así como las reglas propias del esquema contractual de toda subasta.
- Funcionamiento similar a la venta vía web, con la peculiaridad de que en el sistema intervienen distintos sujetos realizando pujas hasta que finalice la subasta.
- La subasta que ha seguido un cauce normal finaliza cuando ha pasado el plazo durante el cual estaba abierto sin haber existido ninguna puja, por no haberse superado el precio de reserva, si lo hubiese establecido el vendedor, o porque un postor ha realizado la puja más alta, no superada por ninguna otra.

c. La comunicación a través de correo electrónico

La comunicación por esta vía entre el programa del servidor y los participantes tiene lugar a lo largo de todo el procedimiento que dura la licitación. Por ejemplo para informar a los postores de la recepción de sus pujas, de cuando éstas son superadas, o comunicarle al mejor postor que se ha cerrado la subasta y que debe esperar noticias del vendedor. Esta misma información del cierre de la subasta será enviada al vendedor, y en ella se le informará sobre el postor vencedor, así como otro u otros postores reserva. Pero la comunicación por correo electrónico adquiere unos rasgos esenciales en las comunicaciones entre las partes. Durante la marcha de la subasta es posible formular determinadas preguntas al vendedor acerca del objeto, por ejemplo. Pero cuando adquiere mayor importancia es una vez concluida la licitación, y el postor vencedor debe esperar la comunicación del vendedor, para informarle sobre el modo de pago y envío del objeto. A partir de este momento, se puede afirmar que la correcta ejecución del contrato dependerá exclusivamente de la buena fe de las partes.

Sería posible imaginar otros tipos de subasta, en los que no existe programa de contratación a través de una web, sino mediante simples intercambios de correos electrónicos, en este caso es el titular del bien subastado es el director de la licitación directamente.

E. DE ACUERDO A LA FORMA EN QUE SE RECOGE EL CONTRATO Y SU FUERZA PROBATORIA

Este tipo de clasificación no es nuevo en la contratación, en cambio sí lo es en cuanto al lugar en donde deban situarse el consentimiento y el documento electrónico dentro de las clásicas distinciones: consentimiento oral o escrito, documento privado o público.

En la normativa europea se concede valor probatorio al documento informático con firma digital reconocida.

Según la forma del contrato podemos distinguir entre contratos que no requieren de una forma determinada para su existencia; aquellos que, aun coincidiendo con los anteriores, vienen recogidos en una determinada forma sólo a efectos de prueba; y finalmente los contratos que requieren necesariamente para su existencia la presencia de una determinada forma. Dentro de esta clasificación es donde se han de integrar los diferentes contratos concluidos desde la red; es decir, los contratos digitales (contratos electrónicos acompañados de firma electrónica avanzada), los perfeccionados desde una web de compra o de subastas, los concluidos intercambiando correos electrónicos, y por último los nacidos de conversaciones mediante chat o videoconferencia.

F. DESDE LA PERSPECTIVA DE SU CONSIDERACIÓN O NO COMO CONTRATO CONCLUIDO EN TIEMPO REAL: PROBLEMÁTICA CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS A DISTANCIA O ENTRE PARTES PRESENTES

Esta clasificación, que distingue entre contratos perfeccionados desde Internet en tiempo real y los que no lo son, es inherente a la contratación a distancia. Existen técnicas o medios de comunicación a distancia que permiten una contratación de manera similar a la presencia física, y evitan problemas importantes, como lo es el de la hipotética retirada de la aceptación.

G. DE ACUERDO A LA PRESENCIA O AUSENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Permite distinguir entre contratos en masa y contratos individualizados. La presencia de condiciones generales de contratación se vincula a determinadas formas de contratar desde Internet. Así, son comunes en los contratos desde páginas web o subasta electrónica; mientras que no suelen estar presentes en contratos realizados por correo electrónico, chat o videoconferencia.

TEMA 4. LAS PARTES EN LA CONTRATACIÓN DESDE INTERNET EL EMPLEO DE FIRMAS ELECTRÓNICAS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

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

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

- Una relación mercantil: cuando las partes son profesionales en su ámbito de negocio. Recibe el nombre de B2B (Business to Business).
- Una relación civil: cuando ninguno de los sujetos contratantes lo hace desde su ámbito profesional, sino desde el particular. Llamado C2C (mejor P2P Person to Person, ya que Customer o consumidor, requiere que haya del otro lado un profesional).
- Una relación de consumo: una de las partes actúa como proveedor profesional y la otra como consumidor (ajeno a su actividad profesional). Se denomina B2C (business to customer).

Las relaciones indicadas son las más importantes desde la perspectiva del Derecho privado, pero también existen otra serie de relaciones diferentes en atención a los sujetos participantes: las que tienen lugar entre las empresas o ciudadanos y las administraciones públicas (B2A, C2A) o las relaciones de empresas y empleados (B2E). En general, todas estas relaciones suelen ser empleadas para distinguir las diferentes situaciones propias del comercio electrónico. Por esta razón, y teniendo en cuenta que el fenómeno del comercio electrónico abarca un ámbito más extenso que el de la estricta contratación vía Internet, debe indicarse que no todas las relaciones que surgen entre los sujetos son “contractuales”. Ha de señalarse que en atención a la distinta naturaleza de las relaciones surgidas a través de Internet, cuando éstas tengan carácter contractual, se aplicará las normas correspondientes al Derecho civil, mercantil, de consumo, administrativo o laboral.

Un factor importante en el marco contractual operado desde Internet es la internacionalización que tiene lugar en el fenómeno contractual cuando se opera desde Internet, esta situación se aprecia claramente en la posibilidad real que tienen los consumidores de concluir contratos de carácter internacional a través de este medio, lo cual quedaba antes reservado a otros sujetos como administraciones o empresas.

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

A. LAS PARTES EN UNA RELACIÓN DERIVADA DE UN SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: PRESTADOR DE SERVICIOS Y DESTINATARIO

La Directiva europea 2000/31/DE distingue la presencia de dos partes en las relaciones originadas en torno a los “servicios de la sociedad de la información”:

1. El “**prestador de servicios**”, sería la persona física o jurídica que suministra el servicio de la sociedad de la información. Si lo hace ejerciendo una actividad económica desde una instalación estable (siendo éste un sitio físico y no una posible web o dirección de correo) y por un periodo indeterminado será: “*prestador de servicios establecido*”.

2. El “**destinatario del servicio**”, será una persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información, ya sea por motivos profesionales o de otro tipo.

La contratación a través de Internet representa uno más de los posibles servicios de la sociedad de la información y que, en materia contractual, no todas las posibles figuras están reguladas por la Directiva sobre comercio electrónico y su equivalente Ley española. Además esta normativa no restringe su ámbito de aplicación sólo al consumidor, sino que posee una vocación más amplia y que afecta a B2C y B2B, y no tanto a P2P, es decir, entre simples particulares, sin que esté presente un profesional.

C. RÉGIMEN DE INFORMACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

La Directiva de comercio electrónico exige al prestador de servicios que proporcione, como mínimo, las siguientes informaciones a los destinatarios de sus servicios y a las autoridades competentes, con el objeto de ser accesible con facilidad y de forma directa y permanente:

- Su nombre.
- Dirección geográfica de su establecimiento.
- Señas y dirección de correo electrónico, que permitan ponerse en contacto con él.
- Si está inscrito en un registro mercantil u otro registro público similar, facilitará el nombre y número de inscripción.
- Si su actividad requiere autorización, facilitará los datos de la autoridad supervisora de su actividad.
- Si se trata de una profesión regulada, datos del colegio profesional o institución similar a la que pertenezca.
- Número de identificación si ejerce actividad gravada con el IVA.

Se aprecia de la Directiva sobre comercio electrónico la voluntad del legislador de lograr una identificación y localización lo más fiable posible del prestador de servicios. Las exigencias de información en este tipo de contratación son más estrictas que en otros ámbitos dirigidos solo al consumidor, lo que beneficiará a la contratación electrónica entre profesionales.

La norma española añade además expresamente, la obligación de informar acerca de los «códigos de conducta» a los que el prestador de servicios esté adherido y como consultarlos electrónicamente. Añade además, fruto de la ley de firma electrónica, el hecho de que se informará al usuario cuando emplee una conexión de tarificación adicional y descarga de programas que efectúen funciones de marcación.

D. EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LAS RELACIONES DERIVADAS DE UN SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

La Directiva europea sobre comercio electrónico identifica al "consumidor" como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. Esta definición de «consumidor» va siempre unida a otro concepto, el de «profesional, empresario u operador comercial».

En cuanto a la figura del "consumidor" pueden señalarse tres elementos que la definen. En primer lugar, ha de tratarse de una persona física, por lo que se debería excluir como consumidores a las personas jurídicas. Como segundo elemento se exige que esta persona física actúe con una finalidad no profesional. Por último, habrá un sujeto que actúe en la relación con un propósito profesional o comercial.

La directiva europea se limita a fijar a los Estados miembros sólo unos mínimos que eberán respetar, así en algunos países el concepto de consumidor se limita exclusivamente a "persona física", mientras que en España se permite que un consumidor sea también una *persona jurídica*. Las consecuencias de esta divergencia de criterios pueden provocar algún problema, al ser el comercio electrónico intrínsecamente internacional.

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

En la contratación en Internet siguen rigiendo las normas generales que, en materia de capacidad para manifestar el consentimiento contractual, recogen los códigos civiles nacionales. Sin embargo, en cuanto a contratación que normalmente tiene lugar entre partes que no se hallan físicamente presentes, posee específicas y relevantes peculiaridades, como los problemas asociados a la correcta identificación de cada una de las partes. No obstante, si se comprara la contratación tradicional entre partes físicamente presentes con este tipo de contratación realizada desde Internet,

se observa que desde la estricta perspectiva de la manifestación del consentimiento siguen siendo plenamente válidas las reglas del Derecho privado general, y la única particularidad que presentan algunos de los sistemas de contratación a través de Internet son de forma, es decir, en estos casos, el momento específico de exteriorizar la voluntad de contratación se localizará en la pulsación del icono correspondiente a 'aceptar', 'comprar' u otro, desplegado en el monitor.

La normativa exige al prestador de servicios una identificación clara, inexcusable. El principal problema será la correcta identificación del consumidor, cómo identificarlo correctamente, la forma de determinar sus condiciones personales y la manera de comprobar fehacientemente el lugar desde el cuál formaliza la relación comercial. En la práctica el único modo posible es a posteriori un rastreo de la IP, aunque esto tampoco asegura la identidad del consumidor, que además puede haber asumido una identidad falsa en la red o haber utilizado una conexión anónima o realizarla desde un lugar público.

Por esta razón la normativa tiende a determinar de manera objetiva el lugar físico donde operan los intervinientes, sobre todo en lo relativo a la determinación del lugar de nacimiento del contrato, sin importar el lugar virtual en el cual se concluye. La norma española dicta que los contratos en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en su lugar de residencia; cuando se trate de una relación comercial entre profesionales, el lugar será aquel en el que esté establecido el prestador de servicios.

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

A. CONTRATOS CELEBRADOS DESDE UNA PÁGINA WEB

Este tipo de contratos son los más numerosos en Internet. Por ello, la tendencia general en todos los ámbitos normativos se orienta hacia la perfecta regulación en este tipo de contratación, pues en la práctica, en la terminación de contratos mediante este procedimiento nunca existe un contacto físico previo entre las partes.

El proveedor o prestador del servicio ofrecido, que puede ser una persona física o jurídica, manifiesta a través de su página web una serie de ofertas contractuales, ya sean productos o servicios, cumpliendo los requisitos para poder ser calificadas como tales, no requiere de autorización previa de las administración de su país para participar en el fenómeno contractual en la red. Lo que sí le exige la Directiva europea (art. 5) es una serie de informaciones muy precisas, sobre su persona y actividad (nombre, dirección geográfica, su referencia en el registro mercantil u otro de naturaleza similar en la que esté inscrito, etc.).

La Directiva además exige al prestador otras informaciones relevantes, más allá de su identificación, cuando se esté en un proceso de contratación electrónica. Estos aspectos se recogen en el artículo 10 (Información exigida) y artículo 11 (Realización de un pedido), el artículo 10 consiste en informar acerca de los diferentes pasos técnicos necesarios para la conclusión del contrato y los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos antes de efectuar el pedido, las lenguas oficiales, los códigos de conducta y el modo de consultarlos electrónicamente.

Toda esta información será exigida cuando se contrate con un consumidor, sin embargo, cuando sendas partes no sean consumidores podrán prescindir de dar cumplimiento a esta obligación. En todo caso el prestador **siempre tendrá que informar de las condiciones generales** del contrato, además de si tales condiciones pueden ser almacenadas y reproducidas.

En cuanto al artículo 11 de la Directiva (Realización de un pedido) exige al prestador de servicios que acuse recibo del pedido del destinatario sin demora y por vía electrónica, esta obligación puede ser exonerada si así lo pactan las partes contratantes.

Por lo que respecta a la otra parte, el destinatario, ya sea un consumidor o profesional, el conocimiento de sus circunstancias personales dependerá de lo bien que esté confeccionada la hoja de pedido, y de la honestidad con que éste la rellene. Lo habitual es exigir los siguientes datos personales: nombre y apellidos, dirección completa y correo electrónico; además otros no obligatorios: número de teléfono, fax, DNI o NIF. Los posibles problemas que surjan de su capacidad de contratar o de su identidad, se resolverán aplicando las normas generales del Código Civil.

B. CONTRATOS A TRAVÉS DE SUBASTA ELECTRÓNICA

Rigen todas las características de los contratos celebrados a través de la página web. Así, se exige a los sujetos participantes en la subasta, ya sea como vendedor o como postores, que se inscriban previamente en un registro particular del servidor en el que se lleva a cabo.

La ley española 34/2002, sobre comercio electrónico, señala que será de aplicación dicha ley cuando se trate de una subasta cuya organización represente un beneficio económico (considerada “servicio de la sociedad de la información”). Sin embargo, cuando la subasta tenga lugar entre particulares (una subasta no dirigida al público en general a través de la red), empleando para ello el correo electrónico individual, no serán aplicables los preceptos de la Directiva sobre comercio electrónico al estar dirigida a la regulación de lo que denomina “servicios de la sociedad de la información”, de la que este último ejemplo no formaría parte.

En la legislación comunitaria se presenta cierta confusión en materia de subastas, así la expresión «subasta pública» queda reservada en la Directiva reciente a aquellas que requieren la presencia física del comerciante y del consumidor (asistencia a la subasta en persona), por lo que el uso para las subastas de plataformas en línea a las que pueden acceder consumidores y comerciantes no debe considerarse subasta pública. En definitiva, la Directiva es de aplicación a las subastas realizadas por medios electrónicos, siempre que cumplan los requisitos expuestos para ser considerada “Servicio de la sociedad de la información”.

C. CONTRATOS PERFECCIONADOS MEDIANTE CORREO ELECTRÓNICO

Distinguimos aquí varios supuestos:

1. Cuando el contrato nace a partir de la aceptación del mismo por correo electrónico, a la dirección que el prestador de servicios aporta desde su web, junto con toda la información que se le requiere. Lo mismo sucede si la aceptación del contrato es transmitida por el prestador de servicios, cuando mediante condiciones generales excluye el carácter de oferta a los productos publicitados, siendo la oferta la solicitud del servicio por parte del interesado. En estos casos la identificación del prestador de servicios y titular de la página web quedará clara. En cuanto a la otra parte, nuevamente depende de su buena fe y de la forma en la que el proveedor lo requiera en su web.

2. Cuando las partes que celebran el contrato por correo electrónico de forma individual, sean profesionales, o al menos uno de ellos. En este caso será de aplicación la normativa sobre comercio electrónico que regula los datos personales exigidos al prestador del servicio.

3. Por último, cuando los implicados en la contratación vía correo electrónico son simples particulares, no son de aplicación los artículos de la Directiva sobre comercio electrónico. En este caso la correcta identificación de las partes va a depender de la buena fe de estas, y de la diligencia con que actúen en la fase precontractual.

En todos estos casos, la transmisión de la aceptación contractual por correo electrónico puede venir o no acompañada de firma electrónica. El uso de la firma avanzada y reconocida garantiza la identificación de la persona que firma, y la integridad del documento firmado.

D. CONTRATOS PARA CUYA CONCLUSIÓN SE HA UTILIZADO CHAT O VIDEOCONFERENCIA

En cuanto al empleo del chat, ha de indicarse que, por la inseguridad que presenta en cuanto al conocimiento de los datos personales de las partes intervinientes, su utilización normalmente sólo tendrá lugar, como instrumento para manifestar una aceptación de contrato seria, cuando ambas partes se conozcan previa e incluso físicamente, y además empleen un canal privado para tal fin. De forma semejante, podemos referirnos a la hipotética contratación que se realice exclusivamente a través de videoconferencia.

No obstante, si ambos sistemas fuese posible emplearlos en una contratación dirigida al público en general, debería aplicarse la Directiva europea o la Ley española relativa a información general.

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

A. LAS FIRMAS ELECTRÓNICAS: REGULACIÓN, TIPOS Y FUNCIONES EN LA CONTRATACIÓN

Existen dos funciones básicas a estudiar, en el análisis de la firma electrónica, en lo referido a la contratación electrónica operada por Internet:

- la *identificación de las partes*, que se comunican oferta y/o aceptación del contrato mediante un mensaje firmado electrónicamente.
- la *prueba del contenido íntegro del mensaje* en el que se recogen las manifestaciones contractuales y configuran en último término el contenido del contrato.

La norma nacional de firma electrónica (Ley 59/2003), nace para adaptarse a la Directiva europea de 1999, e incluye en su contenido una expresa referencia al documento nacional de identidad electrónico.

Las normas que regulan la firma electrónica son las encargadas de realizar y delimitar una equivalencia funcional entre la firma manuscrita en un documento recogido en papel –escritura privada– y un tipo específico de ellas: la firma electrónica, avanzada y reconocida.

Se aprecia que los diferentes tipos de firmas electrónicas, o técnicas informáticas de autenticación de la proveniencia de un documento, presentan **distintos niveles de seguridad** y poseen diferente valor jurídico y probatorio. Así tendríamos:

- La **firma electrónica genérica**, según la norma, queda definida como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. Ejemplos: PIN, usuario/contraseña. El valor jurídico o probatorio de este tipo de firma será el determinado por el órgano competente.

- La **firma electrónica avanzada** añade características que garantizan un determinado nivel de seguridad, se define como “la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”. Se trata de una firma digital compuesta de dos claves asimétricas (una privada y otra pública), que permite al firmante mediante su clave privada y al destinatario mediante la clave pública, manifestar y hacer verificable la proveniencia y la integridad de un documento informático.

- La **firma electrónica reconocida**, se trata de la firma electrónica avanzada acompañada de un certificado reconocido, que acredita que la clave pública se corresponde con la identidad del autor de la firma, esto hace que los documentos firmados de esta forma tengan el mismo valor que los recogidos en papel con firma manuscrita.

Entre las principales funciones de la firma electrónica en el estricto campo de la contratación desde Internet se halla la de «**identificar a los sujetos participantes**» y, por otro lado, asegurar de modo indiscutible que todas las comunicaciones y sus contenidos resulten accesibles en **forma íntegra** sólo a sus destinatarios. Esto último redundará en beneficio directo de la prueba del contenido del mensaje.

Además la firma aporta mayor protección a la transmisión de datos personales y medios de pago, ayuda a determinar el momento de nacimiento del contrato, cuando recoge el instante exacto en que se produce la verificación de la firma electrónica. Más allá del derecho contractual, su uso abre la puerta a las relaciones de las administraciones, bien entre ellas, y de estas con sus administrados.

En todo caso conviene resaltar, que si bien la utilidad práctica real de la firma electrónica reconocida es alta en las transacciones entre grandes empresas, no lo es en cambio para el consumidor, dado su coste. Aparece así el documento nacional de identidad electrónico, expedido por la autoridad pública.

B. EL DOCUMENTO DE IDENTIDAD ELECTRÓNICO: REGULACIÓN, CARACTERÍSTICAS Y UTILIDAD

La ley española de firma electrónica hace referencia al DNI electrónico, y lo define como «el documento nacional de identidad que acredita electrónicamente la identidad personal de su titular y permite la firma electrónica de documentos», de esta forma enuncia las dos funciones principales que desempeña: acreditar la identidad y ser un instrumento de firma.

Quedaría por dilucidar qué tipo de firma electrónica incorpora el DNI electrónico. El anteproyecto de la ley de firma ya dice que «las firmas electrónicas que se creen mediante los documentos nacionales de identidad electrónicos tendrán efectos equivalentes a los de una firma manuscrita», y la propia Ley dice que como resultado del empleo de la firma electrónica que recoge el DNLe, se acredite la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados mediante su utilización, estaríamos pues ante una firma electrónica avanzada. Los certificados expedidos por el Ministerio del Interior, como autoridad de certificación acreditada, además de tratarse de una firma avanzada será también reconocida.

En definitiva se trata de una firma avanzada y reconocida, y va a resolver los problemas de identificación de las partes en la contratación por Internet, especialmente del destinatario del servicio. Este tipo de firma además va a garantizar la integridad del contenido del documento informático que recoge la oferta y/o la aceptación del contrato.

La utilidad del documento de identidad electrónico podría ubicarse en innumerables contextos:

- Para tener acceso a determinadas informaciones recogidas en la red.
- Para la conclusión de contratos vía Internet.
- En su vinculación al pago de prestaciones.
- En las relaciones con las Administraciones públicas, en especial en gestiones que requieran del administrado la presentación de su DNI y firma manuscrita.

El documento de identidad electrónico hará referencia al nombre y apellidos de su titular, a su edad y condiciones personales; podrá hacer referencia también a su profesión, e incluirá las demás informaciones que suele contener el documento de identidad ordinario recogido en papel y además las específicas de todo “certificado electrónico reconocido”.

Su funcionamiento se basa en la utilización de dos claves asimétricas, una pública – que figurará en un Registro público dependiente del Ministerio que corresponda y que será accesible vía Internet – y una privada, sólo conocida por el firmante, que si titular insertará en la firma del contrato.

TEMA 5. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO DERECHO APLICABLE Y JURISDICCIÓN COMPETENTE

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

A. CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS EN ATENCIÓN AL MODO DE PERFECCIONARSE: FORMACIÓN INSTANTÁNEA Y FORMACIÓN EX INTERVALLO TEMPORIS

Se van a clasificar los contratos en atención al modo que tienen de llevarse a cabo, a partir de una doble tipología jurídica: *formación instantánea* o *sucesiva* del contrato, y, por otro lado, contratos celebrados *entre partes presentes* o *entre partes ausentes*.

Así los contratos entre partes presentes serían aquellos cuya conclusión podría ser inmediata si las partes así lo quisiesen, o alargar la fase precontractual, en aras de una mayor reflexión o deliberación sobre la conveniencia o no de su conclusión.

Siguiendo con este mismo criterio, cabría identificar los contratos entre ausentes como aquellos que necesitan necesariamente un intervalo de tiempo relevante para su formación, precisamente por la no presencia simultánea de las partes.

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

- Medios de comunicación usados para transmitirse una aceptación del contrato: correspondencia postal, telégrafo, fax, teléfono, radio o comunicación por medio de ordenadores a través de Internet, ya sea mediante correo electrónico, chat, videoconferencia o desde una página web.

- En cuanto al “intervalo de tiempo importante”, a los efectos de calificar al contrato como celebrado entre partes ausentes, ha de entenderse por tal, aquel espacio de tiempo que separa la emisión de la aceptación del contrato por parte del destinatario de la oferta previa y el conocimiento que de ésta tenga el vendedor, y durante el cual el autor de la aceptación pueda realizar determinadas actuaciones tendentes a dejarla sin valor o eficacia, es decir, tendentes a la retirada de la aceptación.

En cuanto al modo de perfeccionarse conviene matizar el término “formación sucesiva”, y para ello resulta más conveniente introducir el término “ex intervalo temporis”, se identifica con todo contrato que previo a su nacimiento ha tenido una fase precontractual prolongada en el tiempo, dicha dilatación puede haberse originado porque el contrato no sea fruto del mero intercambio de oferta/aceptación, sino que, con anterioridad se han realizado una serie de actos previos precontrato, otra razón de la dilatación puede ser que pese a ser transmitidas la oferta y aceptación, debido a la situación de ausencia de las partes, se produce un intervalo temporal entre oferta y aceptación. Como antagónico de “formación instantánea”, sería aquel cuya fase precontractual se ha reducido al simple intercambio inmediato de la oferta y la aceptación que dan lugar al nacimiento del contrato. Dicho intercambio es realizado de modo inmediato entre las partes, sin que medie apenas el tiempo suficiente para responder a la oferta realizada momentos antes.

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

1. “*Contratos de formación instantánea*”. Para que así lo sean, resultan imprescindibles los siguientes tres requisitos:

- a) Que las partes estén presentes, bien físicamente o bien gracias a un medio técnico que permita comunicación inmediata.
- b) Que no se realicen más actos precontractuales previos que la oferta y correspondiente aceptación.
- c) Que se produzca un intercambio inmediato de oferta y aceptación: para lo cual el contrato es consensuado y además que el oferente no otorgue un plazo de reflexión.

2. *Contratos de formación “ex intervallo temporis”*. La fase precontractual se dilata en el tiempo debido a varias razones:

a) Porque se realizan variedad de actividades precontractuales además de la necesaria oferta y aceptación del contrato definitivo. A este tipo de contrato se le denominará específicamente “contratos de formación sucesiva o progresiva”. A su vez se pueden subdividir en dos clases:

- Contratos de formación sucesiva voluntaria, existen diversos actos precontractuales realizados voluntariamente por las partes.

- Contratos de formación sucesiva necesaria, los actos precontractuales realizados revisten el carácter esencial para la formalización del contrato.

b) “Contratos entre partes ausentes”, se denominan así porque pese a realizarse simplemente la oferta y la aceptación como actos precontractuales, debido a la no presencia de las partes va a producirse un espaciamiento temporal entre la oferta y el nacimiento del contrato.

c) Cuando a pesar de ser un contrato entre partes presentes, el oferente otorga al destinatario un determinado plazo para que le comunique su aceptación.

B. UTILIDAD DE LA DISTINCIÓN: CONTRATO ENTRE PRESENTES Y CONTRATO ENTRE AUSENTES FRENTE AL CONCEPTO DE CONTRATO A DISTANCIA

La normativa española civil y de comercio determina **el momento y el lugar** de nacimiento de los contratos cuando las partes no se hallan presentes, y en este sentido optan por aplicar un concepto de «presencia», aplicado a la relación en que se encuentran las partes al concluir el contrato, de marcado «carácter temporal». De este modo, un contrato entre partes no presentes o contrato a distancia – en cuanto a la determinación del instante de su conclusión – se identifica con aquel en el que las partes al comunicarse la aceptación del contrato no están presentes físicamente, o no disponen de un medio técnico que les permita una comunicación similar a la de presencia física.

Esta conclusión se ha visto alterada, en pos de una mayor protección a los consumidores, en la legislación europea y nacional, restringiendo el concepto de «contrato a distancia» –que hasta el momento se identificaba con contrato entre ausentes o partes no presentes– a aquel que se perfecciona *sin la presencia física* simultánea de las partes; por lo que el calificativo de «presencia» adopta un «carácter exclusivamente geográfico».

Ahora la expresión «contrato a distancia», cuando es referida a los consumidores, adquiere un matiz más amplio frente a los contratos mercantiles o estrictamente civiles, por el hecho de que se le concederá al consumidor un derecho de desistimiento del contrato durante un determinado período temporal que se computará: desde la entrega efectiva del producto adquirido si se trata de una compraventa, o desde el momento de celebración del contrato cuando consiste en una prestación de servicios. De esta forma, pierde relevancia la determinación exacta del momento de perfección del contrato a distancia –vía Internet– con el consumidor.

La duración del período temporal para ejercer el derecho de desistimiento por parte del consumidor se ha visto ampliado, pasando de 7 días hábiles a 14 días.

C. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS VÍA INTERNET SEGÚN SU PROCESO DE FORMACIÓN

En la distinción de contratos entre presentes y contratos entre ausentes o partes distantes, se ha aplicado un criterio de la presencia de las partes en términos temporales y no geográficos.

Se estará ante un «contrato entre partes presentes» cuando el momento en que el aceptante de la oferta emite su declaración es el mismo que el del conocimiento de ésta por su destinatario, lo que excluiría el intervalo temporal relevante dirigido a la retirada de la aceptación. Teléfono, chat o videoconferencia son medios que permiten comunicarse a las partes de idéntica forma a la presencia física.

Por el contrario, se estará ante un «contrato formado entre partes ausentes» cuando exista dicho intervalo temporal relevante, lo que es inherente al medio empleado. El correo electrónico entraría en esta categoría por dos razones:

- Es una comunicación asíncrona, es decir, no requiere una coincidencia temporal de los sujetos intervinientes en la comunicación. Entre la emisión de la aceptación y el conocimiento por parte del

oferente va a existir un intervalo de tiempo. En este supuesto el contrato se forma entre partes no presentes o ausentes.

- Aunque estuviesen ambas partes al mismo tiempo delante del ordenador, hay un intervalo temporal entre la emisión de la aceptación y su recepción. Este lapso temporal es relevante, a efectos de retirada de la aceptación (llamada telefónica inmediata).

En definitiva, aplicando la anterior clasificación general se puede afirmar que:

1. **Contrato concluido mediante chat o videoconferencia.** Permitirá la “formación de un contrato de forma instantánea”, por encontrarse las partes en situación de presencia, siempre que además se cumplan las demás circunstancias: 1ª No mediar entre las partes más actos precontractuales que la oferta y aceptación. 2ª Que tanto la oferta como la aceptación sean transmitidas durante el transcurso de esa misma comunicación. Por lo que si la aceptación ha sido dada a conocer por otro medio previo no podría calificarse el contrato concluido como de formación instantánea. 3ª Que el intercambio de la oferta y la aceptación se produzca de forma inmediata, es decir, una tras otra. Este último requisito excluye la posibilidad de que se otorgue un plazo de reflexión para la aceptación por parte del destinatario.

Si alguno de estos requisitos no se cumple el contrato se calificará de formación *ex intervallo temporis*.

2. **Perfección del contrato a través de correo electrónico.** La formación de un contrato mediante el empleo de correo electrónico – ya sea de forma exclusiva o en el seno de una subasta electrónica – no puede ser calificada de instantánea, al no encontrarse las partes presentes. Por lo que los contratos concluidos por este medio solamente pueden calificarse de «formación *ex intervallo temporis*», y dentro de esta categoría pertenecen al tipo específico de «contratos entre ausentes».

3. **La conclusión del contrato mediante subasta electrónica.** Incluso si se pudiese realizar mediante chat o videoconferencia, nunca se podría calificar este tipo de contrato como de formación instantánea. Esto se debe al propio esquema de la subasta, que da nacimiento al contrato con el mejor postor, una vez transcurrido el plazo temporal prefijado de admisión de pujas o duración. Por todo ello, se trata de un contrato de «formación *ex intervallo temporis*».

F. EL CONTRATO A DISTANCIA Y EL CONTRATO ENTRE AUSENTES SON CATEGORÍAS DIFERENTES

La actual normativa ha dotado al denominado «contrato concluido a distancia» de un significado nuevo y distinto al del «contrato perfeccionado entre ausentes o partes no presentes».

«Contrato a distancia» sería aquel en el que la transmisión de –al menos– la aceptación del contrato tiene lugar entre partes que no se hallan de modo simultáneo físicamente presentes. En cuanto al contrato entre ausentes, formando parte de los contratos a distancia, tiene una significación más reducida, por lo que no serían contratos entre ausentes los que se concluyen, pese a encontrarse las partes físicamente distantes, mediante el empleo de un medio técnico que permite comunicación instantánea.

El contrato a distancia debe desvincularse del momento de nacimiento del contrato, para ello se han creado las categorías de “contratos entre partes ausentes” y “contrato entre partes presentes”. Además, el contrato a distancia tiene, en la normativa europea, una aplicación restringida a la contratación en la que estén presentes consumidores, con el objetivo de darles mayor protección.

De acuerdo con los conceptos anteriores, se puede afirmar que el contrato concluido por correo electrónico es un “contrato entre ausentes” y es un “contrato a distancia”. En cambio, el realizado mediante chat o videoconferencia es un “contrato entre presentes”.

Puede resumirse la evolución de los términos “contrato a distancia” y “contrato entre partes ausentes”, con referencia a la peculiar situación en la norma española:

1. Inicialmente eran conceptos idénticos, en oposición a los contratos entre “presentes”. Su objeto, determinar el momento y el lugar de nacimiento del contrato.

2. Posteriormente la norma comunitaria los diferencia, dando al “contrato a distancia” su propio régimen jurídico cuando se hayan presentes consumidores.

3. En España el régimen jurídico no solo se aplica a la tutela del consumidor sino que incluye la contratación entre profesionales, es decir que contrata a distancia y contrato entre ausentes son también diferentes para las relaciones mercantiles, siempre que existan condiciones generales de contratación.

II. MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN INTERNET

Es importante determinar en los contratos entre partes distantes, el momento exacto de conclusión del contrato, así como el lugar en el que se considera concluido, a los efectos oportunos.

A. RELEVANCIA JURÍDICA DEL TEMA

La importancia de la determinación del “instante exacto” de nacimiento de todo contrato – incluidos los que tienen lugar en la red – está íntimamente relacionada con los siguientes aspectos:

1. El principal de todos es el hecho de representar el *inicio o entrada en vigor del contrato* que une a las partes durante un período determinado, ya que convierte en exigible por las partes las obligaciones del mismo.
2. *Ineficacia de los intentos extemporáneos de revocación y retirada* de la oferta o retirada de la aceptación por parte de sus autores.
3. *Ineficacia de la extinción de declaraciones contractuales*.
4. *Trasmisión de riesgos al adquirente*, en aquellos casos que el contrato conlleve la transmisión de una propiedad o derecho.
5. Determinación exacta de la *ley o norma aplicable en el tiempo* a la relación contractual creada.
6. Momento determinante del *inicio del cómputo de determinados plazos* para el correcto ejercicio de algunos derechos o acciones, como por ejemplo derecho al desistimiento o a la resolución del contrato a distancia.

Asimismo, resulta fundamental determinar el “lugar exacto” en que se entiende concluido el contrato, pues con ello se determina:

1. La *normativa aplicable* al contrato y a las posibles ambigüedades, o lo que es lo mismo, los problemas derivados de la vigencia espacial de las normas jurídicas.
2. El *fuero jurisdiccional competente* para resolución de posibles controversias.
3. El *lugar de cumplimiento de las obligaciones* recogidas en el contrato.

B. NORMATIVA APLICABLE

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

1. Algunas puntualizaciones en materia de **obligaciones informativas** previas y posteriores a la perfección del contrato, en concreto en la norma española, los artículos relativos a: *ley aplicable* y *lugar de celebración* del contrato.
2. La normativa comunitaria dirigida a la tutela de los consumidores en materia de contratos a distancia, así como las normas nacionales que la trasponen.
3. Las normas de derecho interno aplicables a la determinación del momento y lugar de nacimiento de los contratos: Código civil y Código de comercio.
4. Las normas de carácter internacional, como la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre comercio electrónico, el Convenio de Viena, etc. Aportan criterios determinantes del momento y lugar de nacimiento del contrato propios de los distintos ordenamientos nacionales, sin necesidad de proceder a la unificación de todos ellos.
5. Finalmente, cuando la contratación opere en el marco de la Unión Europea habrá que dirigirse a los reglamentos sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y a la competencia judicial.

C. LOS CRITERIOS GENERALES DE DETERMINACIÓN DEL INSTANTE Y LUGAR DE NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

En la actual norma española (34/2002 de SSlyCE – Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico) se ha producido una unificación en los criterios del momento y lugar del nacimiento del contrato, que antes divergían en los ámbitos civil y mercantil. El nuevo contenido común de estos artículos establece que “Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento *desde que el oferente conoce la aceptación* [teoría del conocimiento] o *desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe* [teoría de la recepción]. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el **lugar en que**

se hizo la oferta. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.”

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

1. Si se trata de un contrato entre “partes físicamente presentes”, mediante el directo intercambio de la oferta y la aceptación, rige la “teoría del conocimiento”, por lo que su nacimiento se produce en el momento y lugar en que se tiene conocimiento de la aceptación, lugar que coincide con el de la oferta.

2. Cuando el contrato ha atravesado una “formación *ex intervallo temporis* por voluntad de las partes”, de modo que en un momento previo el oferente ha comunicado su oferta sin importar el medio utilizado y, con posterioridad, una vez ambas partes se encuentran físicamente, el destinatario de la oferta le comunica su aceptación, produciéndose el nacimiento del contrato: el momento del nacimiento del contrato se produce en el instante en que el oferente conoce la aceptación de su oferta; y, en cuanto a la determinación del lugar de contratación, será el lugar en el que se hizo la oferta.

3. Si el contrato se formaliza entre “partes temporal pero no geográfica o físicamente presentes”: nace en el momento en el que oferente tiene conocimiento de la aceptación, y en el lugar en el que el oferente hizo su oferta, que en este último caso no tiene por qué ser el mismo que aquél en el que tiene conocimiento de la aceptación. El medio de comunicación utilizado en este caso suele ser el teléfono, cuando las partes lo emplean para concluir un contrato, y en la misma conversación telefónica se comunican la oferta y la aceptación, el lugar en el que el oferente conoce la aceptación y el lugar en el cual ha emitido su oferta es el mismo. Sin embargo, cuando se produce una falta de coincidencia entre la comunicación de la oferta y la de aceptación, el lugar de la emisión de la oferta y el de la recepción de la aceptación no tienen por qué coincidir.

4. Si el contrato es concluido entre “partes geográficamente y temporalmente no presentes”, el contrato nace en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación, y en el lugar en el que el oferente hizo su oferta.

5. En cuanto al supuesto referido al inicio de la *ejecución del contrato sin necesidad de previa aceptación* explícita de la oferta, habiendo declaración de voluntad, el contrato nace en el momento en que el oferente tiene conocimiento del inicio de su ejecución y en el lugar en que se hizo la oferta.

6. Por último, una nueva previsión relativa a la conclusión del contrato mediante “dispositivos automáticos”, se plantea la “teoría de la emisión” como momento de nacimiento del contrato.

D. LA REGULACIÓN RECOGIDA EN LA DIRECTIVA 2000/31/CE SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO Y EN LA NORMA ESPAÑOLA DE TRANSPOSICIÓN

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

La Directiva europea no dice nada explícitamente sobre el momento y lugar de nacimiento de los contratos concluidos de forma electrónica. En su articulado hace referencia a la validez de los contratos perfeccionados electrónicamente y sus excepciones; a la información requerida con antelación a la perfección del contrato; y a las reglas que deben regir la realización de un pedido.

Artículo 10: (10.1) Información clara e inequívoca referente a: los pasos técnicos necesarios para concluir el contrato, lenguas ofrecidas, medios técnicos para solventar errores en la introducción de datos, si quedará registrado el contrato y si será accesible. (10.3) También facilitará las condiciones generales de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas. (10.2) Indicará los códigos de conducta y la forma de consultarlos. (10.4) Si se emplea correo electrónico (u otro medio individual) no se aplicarán los artículos 10.1 y 10.2.

Artículo 11: Realización del pedido, por vía electrónica. (11.1) El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido; se considerarán recibidos tanto el pedido como el acuse cuando los destinatarios puedan tener acceso a los mismos. (11.2) El prestador pondrá los medios para la identificación y corrección de errores del pedido. (11.3) Si se utiliza email (o medio individual equivalente) no aplicarán los puntos (11.1) y (11.2).

Dependiendo de los sujetos que intervengan conviene comentar lo siguiente:

a) *Contratación desde una web*. La Directiva está claramente enfocada a este tipo de contratación en webs mediante programas informáticos, que permite gestionar las aceptaciones.

b) *Especificaciones técnicas y programa de contratación web*. Los artículos referidos se refieren a especificaciones técnicas del programa que ha de cumplir el prestador previo a la realización del pedido. Así durante el proceso de compra, el cliente siempre tendrá la oportunidad de dar marcha atrás en las sucesivas pantallas, bien para desistir bien para corregir datos. Algunos programas permiten incluso echarse atrás tras haber confirmado el envío de los datos del pedido, y haber recibido por parte del proveedor su propia confirmación de la compra (recibo del pedido por email).

c) *Acuse de recibo del pedido*. Que ha de acusar el prestador sin “demora indebida y por vía electrónica”.

- A quien debe el prestador acusar el recibo del pedido. Al solicitante del servicio (y no al destinatario, pensemos en regalos a terceros).

- Cómo llevar a cabo el proceso. Habitualmente lo hace el programa de contratación mediante el envío de correo electrónico.

- Función y valor jurídico: Dejar constancia documental a efectos de prueba. La conclusión del contrato es anterior al acuse de recibo.

- **Momento exacto en que nace el contrato**. Dependerá de quien desempeñe el rol de oferente y el de aceptante. Lo normal es que el prestador ocupe la posición de oferente salvo que expresamente haya excluido su voluntad contractual en los anuncios recogidos en el catálogo. Esto último suele hacerlo mediante la inclusión de una cláusula. En este caso, el instante exacto de perfección del contrato tiene lugar **cuando el destinatario** (un consumidor, otro profesional o un particular), que al mismo tiempo es oferente, **tiene conocimiento de la aceptación**, por parte prestador del servicio; Cuando el solicitante del servicio ocupa la posición de aceptante, el contrato se concluirá en el **instante en que el prestador de servicios tenga conocimiento de dicha aceptación**. Una vez que el programa localiza la aceptación, le comunicara al solicitante mediante una pantalla que ha tenido conocimiento de la aceptación y, por ello, del contrato concluido. A continuación, le enviara por correo el acuse de recibo.

- ¿Qué sucede si el recibo del pedido no resulta accesible al solicitante? Estas circunstancias, cuando se deban a la exclusiva responsabilidad del prestador deberán interpretarse en todo lo posible en **beneficio a la pretensión del solicitante**. Cuando la contratación tiene lugar con un consumidor mediante condiciones generales de contratación se establece el criterio de imponer la carga de la prueba al profesional.

2. Los artículos 26 a 29 de Ley española sobre comercio electrónico: ley aplicable, obligaciones previas a la contratación, información posterior a la celebración del contrato y lugar de celebración del contrato

La ley española traspone la Directiva, pero la matiza en muchos aspectos.

a) Artículo 26. *Ley aplicable*. En la determinación de la ley aplicable al contrato electrónico se tendrá en cuenta lo dispuesto en las normas de derecho internacional privado del ordenamiento español, haciendo referencia a la situación de los prestadores de servicios establecidos en España o en otro estado miembro de la UE.

b) Artículo 27. *Obligaciones previas a la contratación*. Equivalente al artículo 10 de la Directiva europea, pero añadiendo una obligación informativa relativa al **plazo de vigencia de las ofertas** realizadas por vía electrónica, según la cual éstas serán válidas durante todo el tiempo establecido por el oferente o, en su defecto, durante el tiempo en que resulten accesibles a sus destinatarios.

c) Artículo 28. *Información posterior a la celebración del contrato*. Equivalente al artículo 11 de la Directiva, e igualmente se centra en la finalidad que tiene el “acuse de recibo del pedido”, que será de mera información y será siempre posterior a la celebración del contrato.

Un apunte de la norma española:

- la posibilidad de que no sea el prestador del servicio la persona que realice la oferta, sino el destinatario del servicio.

d) Artículo 29. *Lugar de celebración del contrato*. Recoge una previsión expresa respecto al lugar de celebración del contrato cuando es concluido por vía electrónica: Cuando intervenga un consumidor, este tipo de contratos se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su

residencia habitual, indicando que los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que este establecido el prestador de servicios.

Esta última observación altera la recién unificada normativa recogida en el Código Civil y el de comercio, que determinaban el lugar de celebración del contrato entre partes no presentes, como aquel en cual se formula la oferta. Es una modificación es pos de una localización geográfica, que responde a la tendencia lógica de superar todos los problemas íntimamente vinculados al concepto de **lugar** en el entorno de Internet. Nada se dice sobre la perfección de contratos entre simples particulares.

E. INTERPRETACIÓN CONJUNTA DEL CRITERIO TRADICIONAL ESPAÑOL, DE LAS PREVISIONES COMUNITARIAS EN MATERIA DE COMERCIO ELECTRÓNICO Y DE INICIATIVAS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

1. Momento de nacimiento del contrato en Internet

Cuando las partes no están presentes desde un punto de vista geográfico y temporal (físicamente y sin dispositivo que permita conexión simultánea), rige la *teoría del conocimiento atenuada por el de la recepción*. Se presume la buena fe del **destinatario de la aceptación**, asentada en el concepto de “dirección del destinatario” (email o web dotada del programa de contratación).

Cuando la conclusión tiene lugar a través del intercambio de mensajes de correo electrónico, se presumirá que el destinatario tiene acceso desde el momento en que el mensaje alcanza la dirección de destino. Sólo podrá vencer la presunción cuando pruebe que ha sido imposible conocerlo sin mediar culpa suya.

Si se concluye el contrato a través de una página web, mediante “clicado” en las sucesivas pantallas, a través de un programa informático al efecto, se entiende que la aceptación se produce cuando el prestador de servicios puede acceder a ella, es decir cuando dicho programa recibe el ‘ok’ definitivo en el botón de aceptar.

En definitiva la aceptación se considera conocida cuando es recibida en la dirección del oferente y le es accesible su contenido.

2. Lugar de nacimiento del contrato en Internet

Empezaremos reseñando que van a resultar inútiles: la denominada «dirección electrónica», así como el lugar en que se ubica el ordenador emisor de la oferta o receptor de la aceptación, o el lugar en que se hallen las partes ocasionalmente, o el sitio en que se encuentre el proveedor de correo electrónico de las partes.

La solución a nivel internacional, comunitario y nacional va ser delimitar una dirección o referencia geográfica **asentada en criterios físicos**, permanentes y de carácter objetivo: por ejemplo, la residencia habitual del consumidor o el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

Son ejemplos de esta tendencia:

- La normativa europea en la que se define la figura del prestador de servicios establecido, que determina que su establecimiento a los oportunos efectos es el **establecimiento físico y real**.

- La Ley española recoge qué lugar debe entenderse como propio del nacimiento de los contratos electrónico.

- La normativa de Naciones Unidas sobre comercio electrónico recogen también esta tendencia.

- El artículo de *tiempo y lugar de envío y de recepción de las comunicaciones electrónicas*, de la convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales. Siempre en términos geográficos, recurriéndose en última instancia a la residencia habitual, pero descartando los lugares de ubicación de equipos o lugares de acceso a los sistemas de información.

La determinación del lugar del contrato celebrado desde una página web, queda delimitada por directiva europea 2000/31, y de las respectivas normas de trasposición. Sin embargo, cuando la contratación se perfecciona mediante el intercambio de mensajes individuales de correo electrónico, la forma de alcanzar una conclusión equivalente se apoya en la interpretación de la ley modelo sobre comercio electrónico.

TEMA 6. CONTENIDO, EJECUCIÓN Y PRUEBA DEL CONTRATO VÍA INTERNET: VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

I. EL CONTENIDO DEL CONTRATO VÍA INTERNET

El contenido de un contrato realizado desde Internet no tiene por qué presentar diferencias frente al realizado mediante otro medio de comunicación o al formalizado de forma física. No obstante, cuando el contrato nace tras un acuerdo a través del contexto de una web comercial, pueden señalarse algunas cuestiones o interrogantes.

Los contratos a través de Internet suelen ser de planteamiento individual, en concreto, del prestador de servicios, al cual la otra parte se adhiere. Por ese motivo, los concluidos desde una web comercial pueden ser definidos como “contratos de adhesión”. Este tipo de contratos suelen regular las “condiciones generales de contratación” y suelen tener presencia de “cláusulas abusivas”.

Una peculiaridad de este tipo de contratos suele ser la presencia de los denominados “códigos de conducta”, son conjuntos de reglas fomentados por el legislador comunitario y nacional.

Finalmente, se debe analizar el posible efecto que la publicidad y las comunicaciones comerciales pueden tener sobre el contenido del contrato.

A. LA PRESENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Un contrato gestionado a través de Internet tiene una pre-configuración unilateral de su contenido. Estos contratos siguen un procedimiento secuencial (sucesión de pantallas) en el que la negociación de las cláusulas del contrato desaparece, o queda limitada.

Por lo general, los contratos a través de una web son contratos en masa, se caracterizan por poder hacer un contrato idéntico con multitud de personas gracias al empleo de programas informáticos de contratación, y por carecer de la etapa previa en la que se negocia el contenido contractual. En su lugar, la oferta comunicada mediante el simple acceso a una web comercial suele venir acompañada, en el momento en el que el interesado decide aceptarla, de un conjunto de condiciones generales de las que, deberá ser informado fehacientemente o deberá haberlas aceptado expresamente para que resulten eficaces.

La regulación española distingue entre un régimen jurídico amplio destinado a regular las “condiciones generales” dirigidas a la contratación en general, y un régimen específico sobre las “cláusulas abusivas” destinado a los consumidores, las que pese a que sean aceptadas por ellos, serán radicalmente nulas cuando sean declaradas abusivas.

El artículo 5 de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), titulado “Requisitos de incorporación”, dice su apdo. cuarto: “en los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional”. Por esta razón, será suficiente manifestar la aceptación de las cláusulas mediante firma electrónica no reconocida simple, e incluso, si éstas están accesibles desde la web de forma clara y comprensible, ni siquiera requerirán ser aceptadas mediante ninguna firma electrónica siempre que esta aceptación venga recogida en soporte electrónico.

B. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y SU INTEGRACIÓN EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL

Los “códigos de conducta”, también denominados códigos de autorregulación o netiquette, son contemplados expresamente en el artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE, y en el artículo 18 de la Ley Española 34/2002 que la transpone. Representan un ejemplo práctico de la autorregulación de los colectivos interesados en la contratación vía Internet y una alternativa a la directa regulación por parte de los órganos normativos. Su principal ventaja es la mayor velocidad de adaptación a la rápida evolución de Internet y de la tecnología a ella asociada.

En EEUU la tendencia estaba orientada hacia la autorregulación de las partes, mientras que en Europa se buscaba una legislación uniforme al respecto. No obstante, en los últimos años estas tendencias han ido cambiando en ambos casos.

Es fundamental señalar qué debe entenderse por código de conducta y comprender cuál es su alcance vinculante, en este sentido pueden señalarse dos tipos de códigos de conducta: aquellos que poseen un auténtico carácter vinculante para las partes que lo elaboran y lo asumen; y, por otro lado, estarían aquellos otros que, careciendo de fuerza vinculante en sentido estricto, servirían como código deontológico dotado de un valor moral más que jurídico.

En ambos casos, se pretende que mediante su empleo se alcance una mayor dosis de confianza en la contratación por Internet.

C. LAS COMUNICACIONES COMERCIALES: SU REGULACIÓN Y SU POSIBLE REPERCUSIÓN EN EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Se define a 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 una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas”.

No se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes: “los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y; concretamente el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico”; y “las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando estos se realizan sin contrapartida económica”.

Como conclusión podemos definir “comunicaciones comerciales” como el conjunto de actividades variadas que el prestador de servicios –profesional- realiza durante la fase precontractual de cualquier hipotético futuro contrato, con la finalidad última de alcanzar su conclusión. Podrían integrarse en este concepto un conjunto de actividades de muy diferente naturaleza, desde actuaciones de publicidad, actos de reclamo de clientela, invitaciones ...

La Directiva 2000/31/CE articula un régimen específico con respecto a las “comunicaciones comerciales”, al exigirles que deben ser identificables como tales, además de identificable la persona física o jurídica de la cual se realizan. Ello es así, porque el envío indiscriminado de comunicaciones comerciales a destinatarios que no las hayan solicitado puede conllevar responsabilidades a la persona en nombre de la cual se envían. Por otro lado, las ofertas promocionales y los concursos o juegos, deberán ser claramente identificables, así como accesibles y claras las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos.

En el art. 13 Directiva 2002/58/CE se regulan directamente las “comunicaciones no solicitadas”, que no son permitidas, salvo cuando el prestador de servicios envíe tales comunicaciones comerciales a clientes con los que ya ha mantenido una relación comercial precedente –durante la cual le haya sido proporcionado la dirección de correo electrónico-, y siempre en relación a productos/servicios similares a los suministrados, y en todo caso, se les permita oponerse al envío futuro de tales comunicaciones.

La Ley española distingue 3 tipos de comunicaciones comerciales: las de estricta naturaleza publicitaria –a las que exige que figure al inicio del mensaje la expresión “publicidad”-, las ofertas promocionales – que incluyen descuentos, premios y regalos-, y los concursos o juegos promocionales. En todo caso queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente, así como las que inciten a visitar páginas que contravengan lo dispuesto.

El destinatario podrá revocar en cualquier momento su consentimiento a recibir comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad mediante procedimientos simples y gratuitos.

Finalmente, se consideran “infracciones graves” (multa de 30.001 a 150.000 euros):

- El envío masivo de comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio electrónico, o el envío, en el plazo de un año, de más de 3 a un mismo destinatario, si no se cumplen los requisitos.
- El incumplimiento de la obligación de incorporar procedimientos para revocar el consentimiento prestado.

II. EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y SU PRUEBA

A. LA ENTREGA DEL BIEN O LA REALIZACIÓN DEL SERVICIO PACTADO

La última etapa en todo contrato, pero en la que se podrían manifestar debilidades cuando es realizada a distancia, es la correcta entrega del producto adquirido o el desarrollo de los servicios contratados. Por esta razón, han de distinguirse dos posibilidades de ejecución del contrato con distintas consecuencias jurídicas.

1. Por un lado, se encontrarán aquellos productos o servicios que, pese a ser contratados electrónicamente, por su propia naturaleza deben ser entregados o puestos a disposición de su destinatario mediante correspondencia postal. Este tipo de contratación queda excluida de lo que la Directiva sobre comercio electrónico denomina “servicio de la sociedad de la información”, y por ello queda excluida también de su ámbito de aplicación.

2. La otra opción que puede presentar la entrega del producto o la prestación del servicio contratado es su realización de forma telemática, al poder recogerse dicho producto en lenguaje informático y ser enviado a través de la red directamente al ordenador o correo electrónico del destinatario, o poder ser ejecutado el servicio directamente desde Internet. En estos casos, salvo pacto en contrario, no cabrá ejercer el derecho de desistimiento.

Los datos del destinatario del producto o servicio son cumplimentados al momento de la confección de la hoja de pedido. Cuando la entrega es física, el proveedor está obligado a incluir entre la información previa a la conclusión del contrato: las distintas modalidades de entrega, indicando los gastos (si no están incluidos). La Directiva sobre comercio electrónico exige, de forma general, que cuando se haga referencia a precios, éstos se indiquen claramente y sin ambigüedades, y se haga constar en particular si están incluidos los impuestos y los gastos de envío.

Es importante indicar que la entrega siempre tiene lugar con posterioridad al pago, por lo que sería conveniente que el prestador de servicio otorgue un abanico amplio de opciones de pago y entrega del producto.

Tanto en la Unión Europea como en España se establece que, “salvo acuerdo en contrario entre las partes, el plazo máximo de entrega será de 30 días a partir de la celebración del contrato”. Aunque se suele establecer un plazo menor, que de no cumplirse, no deriva ningún tipo de responsabilidad.

Además, si el comerciante no cumple la entrega en el plazo acordado con el consumidor, éste establecerá un plazo adicional. Si no se hace entrega en este plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, y el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora todas las cantidades abonadas en virtud del mismo. Es importante establecer el momento exacto de la entrega a efectos del ejercicio de desistimiento del contrato.

En cuanto a los contratos concluidos mediante correo electrónico, chat o videoconferencia, o contratación a través de subasta electrónica, se les aplica la normativa de protección del consumidor en materia de contratos a distancia.

B. PROBLEMAS VINCULADOS AL PAGO

1. LA BÚSQUEDA DE UN SISTEMA SEGURO DE PAGO

Durante el proceso de contratación desde una web, en concreto cuando se rellena la hoja de pedido, se le va a exigir al interesado que seleccione el modo con que desea efectuar el pago del servicio. Entre las distintas modalidades de pago que normalmente figuran, están: contra reembolso, giro postal, tarjeta de débito o crédito, o transferencia bancaria. Cuando es con tarjeta es necesario indicar el tipo (Visa, Mastercard, ...), su número y su fecha de caducidad.

De todos ellos, el empleo de tarjetas es el sistema más usado y que, al mismo tiempo, plantea mayores recelos a los usuarios de la red, por el temor de que tales datos puedan caer en manos de delincuentes informáticos.

Por esta razón, suelen exigirse como características a todo sistema de pago las siguientes:

- a. *Confidencialidad*: que la transacción solo sea conocida por las partes intervinientes (proveedor, cliente y banco).
- b. *Integridad*: que los datos no puedan ser modificados por terceras personas.
- c. *Autenticación del remitente*: que el cliente resulte identificable para que, en caso de no realizarse su pago, pueda ser exigido por el acreedor.
- d. *Autenticación del receptor*: necesario para que el pagador pueda liberarse de su deuda frente al acreedor.
- e. *Irrenunciabilidad o no repudiación*: la autenticación de las partes debe mantenerse vigente durante un tiempo que impida que una de ellas decline su responsabilidad.

Algunos autores también exigen al sistema de pago, para que pueda ser considerado seguro, que garantice el *anonimato*, semejante al papel moneda, de forma que con posterioridad al pago no se sepa quién lo hizo. El uso de tarjetas no permite tal anonimato, sí así el empleo de las tarjetas prepago.

No debe olvidarse que dicha seguridad no debe traducirse en excesivos costes adicionales para las partes involucradas en la transacción.

2. EL DINERO ELECTRÓNICO

La Directiva 2009/110/CE define como “dinero electrónico”, “todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor del dinero electrónico”.

En definitiva, el dinero electrónico representa en bits un valor monetario determinado que, una vez gastado, es posible volver a recargar. Ha de definirse por ello, como un documento informático que puede presentarse físicamente incorporado en la banda magnética o el chip de una tarjeta, o directamente en la memoria de un ordenador. Los beneficios que reporta el “dinero electrónico” son múltiples:

- a) con su uso, se garantiza el carácter anónimo del comprador.
- b) es autónomo e independiente de las cuentas bancarias, por lo que su posesión por un tercero, no le habilita para llegar a ellas.
- c) no permite acumular un excesivo valor monetario.
- d) es útil para contratar servicios desde Internet que, por su reducido coste, no podría adquirirse por medio de las tarjetas bancarias tradicionales.

3. LAS TARJETAS BANCARIAS CLÁSICAS

Pueden recurrirse a diferentes vías cuando utilizamos el empleo de las tarjetas bancarias clásicas como instrumento de pago en los contratos concluidos desde Internet. Estas pueden resumirse:

a. Solución imperfecta y a posteriori

Consiste simplemente en limitarse a tratar de resolver los problemas generados de su uso, por ejemplo cuando los datos de una tarjeta hayan sido sustraídos y empleados por una tercera persona.

La Directiva 97/7/CE exigía a los estados miembros que velasen por la existencia de medidas para que el consumidor pueda anular un pago en caso de utilización fraudulenta de su tarjeta y se abonen en cuenta las sumas. Sin embargo en la Directiva 2011/83/UE no se contempla.

En todo caso, esta es una solución imperfecta porque no garantiza la solución del problema, no fomenta el empleo de las tarjetas en las operaciones en Internet, otorga una tutela parcial sólo a los consumidores, y para que al consumidor le sean devueltas las cantidades, éste deberá probarlo, lo cual es sumamente difícil.

b. Soluciones a priori

Dentro de la búsqueda de cauces previos que garanticen un uso seguro de la tarjeta bancaria en Internet, pueden señalarse distintas posibilidades:

- a. El “empleo de protocolos de seguridad conocidos”, por ejemplo SSL.
- b. Tratar de evitar el empleo de las tarjetas en un canal abierto e inseguro, mediante la dación de datos de la tarjeta en redes cerradas o Intranets y la intervención de terceros intermediarios encargados de garantizar dicha seguridad.
- c. Combinar el empleo de la tarjeta bancaria y las tecnologías de cifrado con claves asimétricas. Algunas soluciones serían las siguientes:

SOLUCIÓN 1: Vincular el pago vía Internet con una tarjeta bancaria tradicional a la coincidencia de su titular con el de la “firma electrónica avanzada y reconocida”. Ej: exigir que se pague con tarjeta que coincida con el DNI electrónico del titular de la tarjeta (que recoge dicha firma). *Problemas:* Solución a medias, no dice cómo se envían los datos, aunque se podría solventar parcialmente si los datos se envían codificados.

SOLUCIÓN 2: Las entidades bancarias deberán realizar “nuevas tarjetas de pago” en las que se convine el DNLe con los datos bancarios. Ej: el banco da al titular una tarjeta vinculada a su DNLe que se corresponde con su clave pública, pero la privada, solo la sabrá el titular; puede ser útil el empleo de EDI. *Operación:* el titular inserta su clave privada, y añade al mensaje enviado por correo la clave pública del prestador del servicio (accesible en la web); el prestador inserta al mensaje recibido la clave pública del cliente y su propia clave privada. *Problemas:* el riesgo se traslada al proveedor y al uso adecuado que haga de estos datos.

SOLUCIÓN 3: Recurrir directamente al “dinero electrónico”, que limita la cantidad recogida en el chip y transfiere el pago en proporción a los bits que recoja y su equivalencia económica acordada, o bien una solución análoga, consiste en realizar los pagos por Internet mediante el uso de una tarjeta bancaria de debido asignada exclusivamente para tal fin, que , por voluntad del titular de la cuenta, estará limitada a una cantidad de dinero relativamente poco relevante para evitar graves perjuicios.

SOLUCIÓN 4: Acudir directamente al banco, dando la dirección o clave pública del proveedor; es decir, “trasladar las responsabilidades a la entidad bancaria”. Ej: el cliente contrata dando su DNLe (clave privada), clarificando su identidad. En la casilla de pago de “su banca” insertará la clave privada de su DNLe, la clave pública de su banco, y la orden de pago a favor del proveedor, con su clave pública. Todos los datos circulan cifrados, se sustraen del control del propio proveedor, y pasan al dominio y responsabilidad exclusivos de la entidad bancaria emisora de la tarjeta. Este sistema exige a las entidades bancarias que tengan “firma electrónica avanzada y reconocida”. En el caso de que se adoptara esta solución se plantearían problemas en cuanto a su aplicación en terceros países. El hipotético arreglo con tales países se podría asentar en: 1) La adopción de un sistema semejante asentado en la figura de la firma electrónica avanzada y dotada de certificado reconocido, de este modo, podría extenderse a nivel comunitario, aunque habría problemas por ej. con EEUU. 2) La oportuna celebración de convenios internacionales al efecto.

C. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO: LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA Y CONTENIDO

Un aspecto sumamente importante es el relativo a la prueba de la perfección de cada uno de los tipos de contratos llevados a cabo en la red. La relevancia radica en el posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato, así como la negativa a reconocer la asunción de sus obligaciones, o incluso la negación de su existencia.

La legislación tanto española como europea ha avanzado en los últimos años en el reconocimiento de la validez de tales contratos, ante la creciente utilización de relaciones contractuales a través de la red, por lo que se ha legislado para definir la “prueba de su existencia y de su exacto contenido obligacional” para, llegado el caso, establecer la posibilidad de exigir, incluso judicialmente, el cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de un contrato previo y válidamente celebrado.

En el caso de contratos vía Internet, es un gran avance la legislación sobre firma electrónica.

1. La firma electrónica en el fenómeno contractual: paternidad e integridad del documento firmado

La firma electrónica está dirigida a acompañar un documento enviado a un determinado destinatario a través de correo electrónico.

Una finalidad evidente de la regulación comunitaria es conseguir que la firma electrónica avanzada acompañada de un certificado reconocido, equivalga a todos los efectos oportunos a la firma manuscrita incorporada a un documento recogido en papel. Con esta normativa europea sobre firma electrónica se persigue animar al público para que se involucre en la nueva sociedad de la información. Es importante resaltar el hecho de que la Directiva sobre firma electrónica confiere de forma obvia y expresa esta dimensión internacional al régimen jurídico de la firma electrónica, aboga por eliminar las posibles barreras para facilitar el comercio electrónico a nivel mundial e incluye mecanismos de cooperación con terceros en materia de mutuo reconocimiento de certificados.

La “firma electrónica reconocida” debe ser necesariamente una “firma electrónica avanzada”, y, asimismo, la “firma digital” – basada en un sistema criptográfico que recurre al empleo de doble clave o claves asimétricas: una pública y otra privada – es el tipo de firma electrónica avanzada más utilizado. El funcionamiento aplicado a la contratación vía electrónica sería el siguiente:

La persona comunica su aceptación por esta vía, la remite a la dirección de correo electrónico de su destinatario, y añade a ese mensaje su clave privada que sólo él conoce. Este hecho convierte en ilegible el documento, ie, lo encripta. Cuando el destinatario revise su correo electrónico, encontrará un mensaje proveniente de la persona a la que con anterioridad le había comunicado una oferta comercial. Entonces tratará de abrirlo, viendo que su contenido está codificado. Para descodificarlo, el destinatario tendrá simplemente que añadir la clave pública, y de esta forma, al coincidir ambas claves – la privada y la pública del emisor -, el contenido del documento le será accesible. El binomio de sendas claves, útiles para codificar y descodificar el contenido del mensaje, constituyen la firma digital del documento. Esta firma tiene el mismo valor probatorio que la impresa en un documento de papel, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la normativa vigente.

En el ejemplo anterior lo que se consigue es asegurar la identidad o autoría del emisor del mensaje; es decir, garantiza la “paternidad del documento”. No obstante, el contenido del mismo resulta accesible para cualquier tercero que se introduzca en el correo electrónico del destinatario y le añada la clave pública del emisor. Para evitar esto, otra operación realizable por la combinación de las claves asimétricas consistiría en aquella en la que el emisor, al enviar el mensaje, le añadiese solamente la clave pública de la firma de su destinatario. De este modo se consigue que el documento le llegue cifrado, y únicamente sea el receptor el que tenga la posibilidad de descifrarlo cuando añada su clave privada. En este sentido, el emisor del mensaje consigue que el contenido de dicha aceptación no pueda ser modificado ni conocido por otra persona aparte de su destinatario, asegura la “integridad del documento”, sin embargo, plantea problemas a la hora de identificar a su emisor.

Por todas estas razones, la solución más segura y eficiente que permite el uso de firmas digitales consiste en la “combinación de ambas operaciones”, con lo que se consigue la perfecta identificación del emisor del mensaje, así como que su contenido no sea modificado, ni conocido más que por el sujeto destinatario. Para conseguirlo, el autor de la aceptación al escribir su mensaje le añadirá su propia clave privada y la clave pública de la firma de su destinatario. Cuando éste la reciba, deberá añadirle la clave pública de la firma digital del emisor y la clave privada de su propia firma, con lo que podrá conocer el contenido del mensaje y preservar la identidad del emisor.

El empleo de firma electrónica en la contratación a través de Internet no afecta a los principios esenciales del derecho contractual general, ni a las disposiciones comunitarias o nacionales sobre comercio electrónico, protección de los consumidores o contratación a distancia.

2. Documento electrónico en el fenómeno documental:

Es importante tratar de localizar la relación que existe entre el “documento electrónico” y su hipotético “valor como prueba documental” en un procedimiento judicial.

a) Concepto legal de documento electrónico: artículo 3.5 de la Ley española de firma electrónica.

El artículo 3.5 de la Ley española de firma electrónica considera “documento electrónico” “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

b) La figura genérica de documento: elementos y clases.

No está claro sobre qué debe entenderse por “documento” y no sólo aplicado al electrónico. La primera duda surge sobre los elementos definitorios de un “documento”, y sobre esta cuestión, no existe unidad de criterios entre doctrina, jurisprudencia y legislación. En este sentido, hay que advertir que la legislación general en materia de documentos y prueba documental es estricta, y no ha querido forzar el “concepto clásico de documento” asentado en soporte papel y forma escrita.

Debido a la labor de la doctrina y la jurisprudencia se ha producido una ampliación conceptual del término “documento”. Entre sus *elementos definitorios* se encuentran los siguientes: a) soporte físico del documento, b) contenido del documento y c) autor del documento. Requiriéndose de este documento genérico la forma escrita sin que sea requerida una firma de su autor ni fecha, ya que estos elementos no afectan a la existencia del documento sino a su eficacia probatoria. A esta figura genérica de documento se le pueden practicar distintas *clasificaciones*:

- *Por el origen* puede diferenciarse entre “documento privado” y “documento público”. El privado es realizado por un particular, mientras que el público lo realiza un funcionario público en el desempeño de sus funciones.

- *Según el soporte* sobre el cual venga recogido puede distinguirse, entre aquellos en que el lenguaje escrito viene reflejado sobre un “soporte papel” o en un “soporte electrónico o informático”.

- *Dependiendo del contenido* y centrándonos en el contexto estudiado, podríamos distinguir entre documentos portadores de un contenido contractual y los que carecen de él. Un documento contractual podría ser el que recoge una oferta o una aceptación, el que se limita a reflejar por escrito las condiciones generales de contratación que afectan a una relación contractual, o aquel en el que se plasma formal y conjuntamente el contenido y consentimiento de las partes a un contrato.

- *Según esté o no refrendado expresamente* por su autor o por la persona que acepta su contenido. El signo por excelencia que refrenda un documento es la firma, pudiendo ser dicha firma manuscrita o electrónica.

- *En atención al valor probatorio* pueden diferenciarse entre documentos que constituyen “prueba plena en juicio”, y aquellos otros que, por no tratarse de documentos en sentido estricto, sólo serán valorados por el tribunal enjuiciador “de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

c) Definición de “documento en sentido estricto”: el documento como medio de prueba.

El “documento en sentido estricto” se ubica en el contexto probatorio, por lo que se deben aplicar las disposiciones al respecto, en particular, la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y las prescripciones que recoge la Ley española de firma electrónica. El “documento en sentido estricto”, además de cumplir con los elementos que integran el concepto de “documento genérico”, otorga una especial relevancia a la presencia de firma y fecha a efectos probatorios. El documento debe acompañarse inevitablemente de un método por el que se identifique a su autor o a la persona que asume su contenido. Normalmente este instrumento es la firma manuscrita, aunque la propia letra del autor puede desempeñar tal función. En este contexto habrá que ver donde se ubican las firmas electrónicas.

La opción legislativa adoptada en España sobre medios de prueba en la LEC de 2000, conserva la regulación tradicional de la “prueba documental” (documento en sentido estricto) aparejada al documento público o privado que venga por escrito y se recoja en *soporte papel*, y crea un “medio de prueba autónomo” (diferente a la documental) aplicable a otros *medios de reproducción de la imagen, sonido y de la palabra en otros soportes*, como el informático.

3. La prueba de los contratos concluidos en Internet con firma electrónica.

En la actualidad es posible perfeccionar un contrato mediante el envío por Internet de una aceptación escrita en formato electrónico, dirigida a una oferta contractual previa y provista de la firma electrónica de su autor. Para que el contrato resulte regulado por la Ley española sobre comercio electrónico se requiere también que la oferta previa sea comunicada a través de medios telemáticos.

a) La Directiva sobre firma electrónica.

Nos interesa conocer el valor probatorio de la firma electrónica, para lo cual es necesario partir de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. En concreto, en su artículo 5.1 –titulado: *Efectos jurídicos de la firma electrónica*–, establece que cuando la firma electrónica incluida en el documento es *avanzada* y además posee un *certificado reconocido*, su valor es equivalente al de la firma manuscrita en papel. Ahora bien, en su artículo 5.2, indica que aquellas firmas electrónicas que no sean avanzadas o que carezcan de un certificado reconocido, aunque tendrán también efectos jurídicos y probatorios, su valor jurídico y probatorio será de diferente entidad.

La Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica sólo se limita a señalar estas conclusiones, sin profundizar en la concreta eficacia probatoria en juicio de las distintas firmas electrónicas, permitiendo a los países miembros conservar sus normas específicas en materia de medios de prueba siempre que consigan al menos que:

- a) La “*firma electrónica avanzada y reconocida*” sea funcionalmente equivalente a la firma manuscrita en papel, y resulte admisible como prueba en procedimientos judiciales.
- b) A “*las demás firmas electrónicas*” no se las niegue eficacia jurídica, ni valor como prueba en juicio.

b) La transposición en España de la Directiva 1999/93/CE sobre firma electrónica.

La Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica ha generado en España la aprobación de la Ley 59/2003 de firma electrónica. Ambas normas, la Ley española y la Directiva comunitaria, llevan a cabo una regulación de la firma electrónica que parte de la distinción de dos modelos: la “*firma electrónica simple o genérica*” y la “*firma electrónica avanzada*”. La primera se define como “el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”. Frente a esta firma simple se contraponen la denominada “*firma electrónica avanzada*”, en cuanto “*firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control*”. Como se puede apreciar, la primera es mucho más endeble que la segunda, por lo que la normativa vigente no le reconoce el mismo valor jurídico que la firma manuscrita tiene en los documentos en papel en los que va anexa. Valor este último que sí le reconoce a la “*firma electrónica avanzada y reconocida*” cuando esté basada en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma.

c) Aspectos generales del artículo 3 de la Ley española de firma electrónica.

Del contenido de este precepto –titulado: “*Firma electrónica y documentos firmados electrónicamente*” – y de otras disposiciones a él vinculadas, pueden extraerse las siguientes consideraciones generales:

- *Concepto amplio de documento electrónico.* Considera “*documento electrónico*” “la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

- *Documentos electrónicos públicos, oficiales y privados,* a los dos primeros les exige que estén firmados electrónicamente, en el primer caso, por un funcionario que tiene atribuida legalmente la facultad de dar fe pública y que actúa en el ámbito de sus competencias y de acuerdo a los requisitos exigidos por la Ley; y, en el segundo caso, de un funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas y conforme a su legislación específica. Nada dice de la necesidad de firma electrónica para los documentos privados.

- *Normativa aplicable en materia de prueba a los documentos electrónicos*: Los documentos públicos, oficiales y privados, tendrán el valor y eficacia jurídica que corresponda a su específica naturaleza, de acuerdo con la legislación que le resulte aplicable.

- *Valor de “prueba documental” del documento electrónico acompañado de firma electrónica reconocida o avanzada*. En cuanto a la fuerza probatoria de los documentos firmados electrónicamente ha de distinguirse entre: los que tienen la consideración de “prueba documental plena”, y aquellos otros cuyo valor depende de la “libre apreciación del enjuiciador”, de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

- *Eficacia jurídica de otras firmas electrónicas*. El artículo 3.10 dispone que: “cuando una firma electrónica se utilice conforme a las condiciones acordadas por las partes para relacionarse entre sí, se tendrá en cuenta lo estipulado entre ellas”. Es de aplicación también a las firmas electrónicas simples.

4. La prueba de los contratos concluidos en Internet sin firma electrónica.

Cuando el contrato se perfecciona mediante “chat o videoconferencia”, “correo electrónico” o “página web” hay que señalar que todas estas formas son genéricos “documentos electrónicos”, en cuanto que recogen en lenguaje escrito una información determinada (que representa unos hechos, actos o estados de cosas) expresada en un formato informático y cuyo soporte físico es el disco duro del ordenador, CD o DVD, y ello sin necesidad de venir acompañados de firma electrónica. La cuestión es cómo canalizar esta fuente de prueba electrónica en un procedimiento judicial convirtiéndolo en medio de prueba.

La respuesta es recurrir a los diferentes medios de prueba tasados como son: el interrogatorio de las partes y los testigos que confirmen la existencia y contenido del contrato a través de Internet, acudir a la prueba documental, realizar periciales que aprueben dicho contrato o acudir al reconocimiento judicial.

Dejando al margen los demás medios de prueba, la forma más sencilla de acceder al procedimiento judicial es convirtiendo el “documento electrónico” en un documento privado mediante su simple impresión por escrito en soporte papel y así incorporarlo al proceso.

III. SÍNTESIS DE LOS ESPECÍFICOS RÉGIMENES JURÍDICOS EN ATENCIÓN A LAS PARTES CONTRATANTES

A. CONSIDERACIONES COMUNES SOBRE LA NORMATIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

Las observaciones principales respecto a la normativa de comercio electrónico y la Ley española que la traspone son:

1. La normativa sobre comercio electrónico *no se aplica a todas las relaciones contractuales que pueden tener lugar desde la red*; es decir, no regula todos los posibles supuestos de contratos vía Internet. Por ejemplo, no se aplica a los contratos concluidos mediante el intercambio de mensajes de correo electrónico u otros medios individuales equivalentes, ni tampoco a aquellos contratos en los que sólo la aceptación se ha transmitido por Internet.

2. La Directiva europea *regula más cuestiones que las estrictamente vinculadas a la contratación en la red*, también toca las transmisiones de información no remuneradas ajenas al fenómeno contractual.

3. La normativa sobre comercio electrónico está principalmente dirigida a regular los servicios ofrecidos por *prestadores de servicios profesionales* a través de la red, y que son públicos. Hace especial referencia a su identificación, sus comunicaciones comerciales, la contratación que puede llevar a cabo por este medio y las responsabilidades derivadas de sus actuaciones.

4. En materia de contratación se centra en las relaciones entre prestador y destinatario a *través de una página web* tanto en los servicios retribuidos como de acceso libre.

5. Razones para incluir los *servicios de acceso libre (no remunerados) dentro del ámbito de aplicación de la Directiva* son:

- i. Controlar la información publicitaria no solicitada
- ii. La correcta identificación de los particulares que desde una página web proporcionan gratuitamente información

iii. La vigilancia de aquellas actuaciones que, sin mediar relación contractual entre las partes, pudieran ocasionar un perjuicio a su destinatario. Por ejemplo, la transmisión de un virus.
iv. Tutelar los derechos económicos de propiedad intelectual.
v. Luchar contra ilícitos graves de carácter penal.
6. Pueden distinguirse *tres tipos de regímenes jurídicos aplicables a los contratos celebrados en Internet* según las características personales de las partes intervinientes en su conclusión.

- Contratación con consumidores - B2C,
- Contratación entre profesionales B2B
- y Contratación entre particulares - C2C,

Se tendrá en cuenta dentro de cada uno de ellos el tipo de instrumento o sistema (página web, correo electrónico, chat o videoconferencia) que utilicen para la conclusión de un contrato en la red. Si las situaciones son de derecho interno, partes pertenecen al mismo país, se aplica la norma Ley 34/2002 en el caso de España.

B. CONTRATOS CON CONSUMIDORES

Este tipo de contratación se da cuando la relación tiene lugar entre un profesional y un consumidor.

Un **profesional** es aquel conjunto de personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.

Y un **consumidor**, en España es aquella persona física o jurídica (sólo física en Europa) que actúa en ámbito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión.

Es condición para ser consumidor que frente al mismo se sitúe un profesional (si fuera otro particular sería relación entre particulares y no de consumo).

Un consumidor siempre se encontrará protegido por las específicas prescripciones que se exigen al prestador de servicios en la Ley española por la norma 34/2002. En particular, en materia de información general de sus datos personales y de los precios de sus productos o servicios, respecto a las comunicaciones comerciales y las reglas de contratación electrónica. Estas últimas siempre serán de obligado cumplimiento para el prestador del servicio, y no podrán ser excluidas mediante el acuerdo de ambas partes si está presente un consumidor.

La información exigida al prestador de servicios y la regulación de las comunicaciones comerciales se aplican siempre independientemente del medio usado para la comunicación (web, correo electrónico, chat o videoconferencia). También se le exige, respecto a los contratos a concluir por correo electrónico, chat o videoconferencia, que con antelación a su nacimiento facilite al consumidor las condiciones generales de modo que pueda almacenarlas y reproducirlas.

El consumidor habrá recibido el pedido cuando tenga acceso al mismo y en base a la Directiva 2011/83/EU y el RD Leg 1/2007 tendrá un derecho de desistimiento del contrato de 14 días (a partir del 13 de junio de 2014, ahora son 7 todavía no derogada Dir 97/7/CE) desde el día que se reciba el producto o día de perfección de contrato si es un servicio. Además, se le reconoce al consumidor un “derecho de resolución” mayor, 12 meses, cuando no se le haya informado de su derecho de desistimiento.

Por último, si se emplea la firma electrónica (sea del tipo que sea) en el proceso contractual entre profesional y consumidor se aplicará la Ley 59/2003 de firma electrónica.

C. CONTRATACIÓN ENTRE PROFESIONALES

Al fenómeno contractual que tenga lugar entre profesionales le será de aplicación la Directiva sobre comercio electrónico a través de las normas nacionales que la transponen, con una serie de peculiaridades.

1. La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales vía web

Si la contratación es practicada por los profesionales desde la página web de uno de ellos, serán de íntegra aplicación el régimen de información general y el específico de comunicaciones comerciales, ambos son artículos de la Directiva 2000/31/CE y de la Ley española 34/2002, al igual

que en la contratación con consumidores, dado que desde una página web no se sabe si los interesados son profesionales o consumidores.

En cuanto a los artículos 10 y 11, *información exigida* y la *realización del pedido* de la Directiva 2000/31/CE, que se refiere a los contratos por vía electrónica, existe una serie de alusiones expresas dirigidas a la contratación cuando tiene lugar entre profesionales. Si ambos profesionales los acuerdan no les será aplicable el régimen específico de contratos electrónicos, excepto en lo dispuesto en el art. 10.3 que será de obligado cumplimiento, por el que las “condiciones generales del contrato facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas”.

2. La normativa sobre comercio electrónico aplicable al contrato concluido entre profesionales por correo electrónico, chat o videoconferencia

Cuando la contratación entre profesionales sea individualizada, mediante el empleo de correo electrónico, chat o videoconferencia, se plantea la duda de si deben exigirse los requisitos del art. 5 de la Directiva 2000/31/CE. Por tanto, se entiende que, cuando el empleo del correo electrónico sea independiente de la contratación realizada desde una página web, no será necesario cumplir tales requisitos. En cambio, sí lo serán cuando la correspondencia electrónica entre las partes derive directamente de la relación previamente iniciada desde una página web.

La Directiva en cuanto las comunicaciones comerciales, seguirá siendo plenamente aplicable cuando sean transmitidas por correo electrónico, ya que, en la mayor parte de los casos, no se sabe si su destinatario será otro profesional o un consumidor. En cuanto la materia específicamente contractual regulada por la Directiva indicar que, cuando se emplea correo electrónico, videoconferencia o chat, su régimen queda reducido a la aplicación de los artículos 10.3 – en materia de condiciones generales de la contratación – que dispone simplemente que se considera que el destinatario ha recibido su pedido cuando tenga posibilidad de acceder a él.

3. Otras normas de aplicación a la contratación vía Internet entre profesionales

Otras normas aplicables a contratación entre profesionales vía Internet son:

- a) La Ley de Ordenación del Comercio Minorista en materia de “ventas a distancia”, la diferencia frente al régimen del consumidor consiste en que sólo se aplica a las ventas a distancia y no a los contratos de prestación de servicios y que tales derechos son en estos casos renunciables.
- b) El régimen general sobre condiciones generales de la contratación LCGC.
- c) La normativa sobre firma electrónica 59/2003
- d) Las normas de Derecho mercantil en materia contractual.
- e) Las normas generales en materia de obligaciones y contratos de Derecho civil

4. ¿Es aplicable el artículo 5.4 LCGC y el Real Decreto 1906/1999 que lo desarrolla a la contratación B2B?

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

Tres cuestiones que atenúan en la práctica su aplicación:

- Cuando se contrata por Internet implica que la parte que impone las condiciones generales de contratación es un profesional. Por esta razón, este tipo de contratación se va a mover desde las páginas web, esto hace que, cuando el prestador de servicios profesional fija su oferta en la página web, no distingue dos regímenes, uno para consumidores y otro para profesionales, por lo que si está obligado a enviar las condiciones a uno de los regímenes, también lo hará (aunque no esté obligado) al otro.

- Es habitual que el oferente (da datos del producto, precio y demás circunstancias del futuro contrato) excluya su voluntad contractual y ceda la autoría de la oferta al usuario de la web que confecciona la hoja de pedido. Estos mismos beneficios quisiera tenerlos frente a cualquier contratante, sea consumidor o no, por lo que cumplirá también con el trámite del envío.

- En el caso de grandes empresas es habitual que los pedidos sean a gran escala (de unidades y de importe). Para tales casos las webs suelen tener una opción dirigida a negociar el precio. En tal caso, las condiciones generales son algo de lo que el proveedor puede prescindir voluntariamente para obtener su venta.

La previsión que recoge el artículo 5.4 la de la Ley Española de Condiciones Generales de Contratación ha de ser interpretada ampliamente y aplicarse también a la contratación entre profesionales o, de lo contrario, deberá ser reformado por contradecir a la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico.

D. CONTRATOS ENTRE PARTICULARES

Si ambas partes son simples particulares; es decir, ni ambos son profesionales, ni uno es profesional y el otro consumidor. Este tipo de relaciones tienen lugar cuando un sujeto contrata un objeto o servicio en un marco ajeno de actividad comercial o profesional, a otro sujeto que no es profesional y está en su misma situación. Se aplica el Código Civil que presupone un equilibrio exacto entre las partes.

La normativa comunitaria y española sobre comercio electrónico está pensada sobre todo para aquella contratación dirigida desde la red al público en general, y en la que toma parte al menos un profesional; no obstante, será también de aplicación a algunos aspectos indirectos de la contratación entre particulares, ya que esta Directiva no se limita a regular las relaciones contractuales estrictas, sino también un conjunto de actuaciones previas y gratuitas que tienen lugar en la red, entre ellas se han incluido el caso de la participación de un particular en la red que – a través de su propia página web – suministra informaciones varias e incluso realiza auténticas ofertas contractuales.

La contratación en la red que llevan a cabo dos particulares mediante correo electrónico no está regulada por la Directiva sobre comercio electrónico. De este modo, el particular solamente debe proporcionar al público la información general recogida en el artículo 5 de la Directiva (art. 10 de la Ley española 34/2002), en concreto, se limitaría a exigirle que figure de forma clara, permanente y directa en la web su nombre, dirección geográfica y señas que permitan ponerse en contacto de forma rápida con él, además, que el precio del producto o servicio ofertado figure de forma clara y sin ambigüedades.

Las normas específicas de la Directiva relativas a comunicaciones comerciales y contratos por vía electrónica no le son de aplicación. En el caso de las comunicaciones comerciales, por exigir que su responsable sea un profesional, y, en cuanto a las normas sobre contratos, porque la única posibilidad que tiene un particular de contratar con otro es de forma individualizada, y porque la contratación llevada a cabo entre particulares por medios individuales queda expresamente excluida del ámbito de la Directiva. Por esta razón, y con la excepción de la información general exigida por el artículo 5 de la Directiva (art. 10 de la Ley española 34/2002), cuando el particular emplee su propia página web, habrá de acudir para conformar su régimen jurídico a las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código Civil.

TEMA 7. EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: CODIGOS DEONTOLÓGICOS Y AUTOREGULACIÓN

En nuestros días la información se ha convertido en una seña de identidad de la sociedad moderna, la llamada «*Sociedad de la Información*», tecnológicamente avanzada, caracterizada por un enorme y continuado desarrollo de las nuevas tecnologías, principalmente de la Informática.

Este nuevo tipo de sociedades plantea en el ámbito jurídico, múltiples problemas que han dado pie a nuevas disciplinas, que permiten analizar y solventar los problemas surgidos por la interacción del Derecho y las Nuevas Tecnologías.

I. INFORMÁTICA Y DERECHO: EL DERECHO INFORMÁTICO Y LA INFORMÁTICA JURÍDICA

A. LA INFORMÁTICA JURÍDICA

La aplicación de las nuevas tecnologías de la información al mundo del Derecho ha provocado la aparición de una nueva disciplina, denominada **Informática Jurídica**, que en los últimos años se ha ido diversificando para dar respuesta a las necesidades que surgen en las diferentes fases de creación, interpretación y aplicación del Derecho. De ahí que, a su vez se distinga entre: *Informática jurídica documental*, *Informática Jurídica decisional* e *Informática jurídica de gestión*.

1. Informática Jurídica Documental

Documentación vs Información. Por *Documentación* se entiende tanto el conjunto de datos existente sobre una materia como los procesos que han de realizarse sobre ellos para organizarlos de modo correcto y eficaz. En cambio, hablamos de *Información* para referirnos a la documentación que ya ha sido estructurada e integrada con arreglo a determinados fines y, por tanto, se trata de un recurso dinámico y expansivo que puede compartirse, incluso simultanearse, entre los sujetos.

En las sociedades actuales y complejas, se produce una *hiperinflación normativa*, que se hace inabarcable a los expertos jurídicos, con todos los problemas que conlleva: riesgo en la transparencia y seguridad jurídica. Es aquí donde la tecnología informática tiene que ayudar a los operadores jurídicos, mediante sistemas adecuados y eficientes de documentación.

La *Informática jurídica documental* se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de los **sistemas de documentación jurídica** mediante la creación de diferentes recursos, que permiten a los sujetos acceder de forma rápida y eficaz a la información. En este sentido, los procesos de documentación informatizada suponen un cambio en las técnicas operativas de la investigación jurídica, llegando en ocasiones a modificar las actuaciones de los operadores jurídicos.

Los objetivos de este tratamiento automatizado de los datos jurídicos son dos: facilitar un mayor y mejor conocimiento del Derecho y agilizar el trabajo de los operadores jurídicos. Para lograr este objetivo será necesario superar las dificultades generadas por la peculiar naturaleza del Derecho, entre las que se pueden señalar:

a) Las dificultades en la elaboración del software idóneo para el tratamiento de la información jurídica.

b) Las *dificultades operativas* relativas a la adecuada elección del procedimiento de acceso a la información.

c) Las *dificultades de carácter lógico-semántico*, surgen como consecuencia de la naturaleza del lenguaje jurídico que es un lenguaje «especializado», es decir puede tener significados diferentes, incluso depende del ámbito jurídico en el que se utilice. Se trataría de lograr una «normalización» del lenguaje jurídico, evitando ambigüedades.

Los sistemas de documentación jurídica plantean unas exigencias especiales, tanto en su fase de creación como en la de puesta en marcha. Así durante la fase de creación o *fase Input* (garantía de calidad de los datos para proteger la veracidad y objetividad de la información; garantía de seguridad de los datos a fin de evitar en lo posible su destrucción o manipulación) como en el momento de puesta en marcha del sistema (fase Output) que debe velar por su adecuación a los fines para los que fue creado, evitando utilizaciones abusivas o no justificadas. Aunque en los sistemas informatizados de documentación jurídica creados a partir de fuentes accesibles al público, como por

ej. el BOE, es inusual que se planteen problemas de uso abusivo o inadecuado, no ocurre lo mismo cuando se trata de sistemas que incorporan datos de carácter personal, cuya indebida utilización puede tener consecuencias sociales, políticas, económicas o jurídicas. Precisamente estas repercusiones son el objeto de estudio del Derecho Informático.

2. Informática Jurídica Decisional

La *Informática Jurídica Decisional* abarca el tratamiento automatizado de las denominadas *fuentes de producción jurídica*, mediante la informatización de aquellos procedimientos que pudieran reproducir –o incluso sustituir– algunas de las actividades desarrolladas por el operador jurídico.

Se trata de crear *sistemas expertos* que incorporen factores lógico-formales habitualmente implicados en la toma de decisiones jurídicas, incluyendo el propio conocimiento del sujeto especialista en la materia que se trate. Estos procedimientos no son de aplicación en todos los sectores jurídicos por lo que quedarán excluidos aquellos ámbitos en los que, debido a su complejidad, la toma de decisiones requiere el análisis valorativo de múltiples hechos, como en los procesos penales. Pero sí en aquellos procesos de carácter cuantitativo. En todo caso estos procedimientos no podrán sustituir completamente a los operadores jurídicos (jueces, abogados...), que han de tomar una decisión basada en el análisis y comprensión de múltiples circunstancias que concurren en las actuaciones de los sujetos.

3. Informática Judicial de Gestión

La Informática jurídica de Gestión se ocupa fundamentalmente del tratamiento automatizado de todos aquellos medios que permiten realizar las tareas de administración y gestión que habitualmente se desarrollan en el mundo jurídico.

Este es uno de los sectores donde se ha producido un mayor desarrollo, puesto que, en los últimos años se ha acometido la automatización de los Juzgados, Registros, Despachos de Abogados y Procuradores, Asesorías, etc, mediante la incorporación de soportes informáticos y telemáticos, principalmente a través de un software específico.

Una correcta gestión informatizada en los diferentes sectores del mundo jurídico permite obtener resultados de forma más rápida y con menores costes, pero sobre todo contribuye a que las actuaciones sean más transparentes, uniformes e imparciales, rasgos de especial importancia en el ámbito jurídico.

B. EL DERECHO INFORMÁTICO

Las nuevas tecnologías han traído determinados riesgos relacionados con los derechos individuales y las actividades de los poderes y órganos de la Administración. Ha sido necesario crear una serie de normas que dan lugar a lo que se conoce como *Derecho Informático*. Con estas nuevas normativas se pretende proteger la vulneración de derechos del sujeto ante una utilización abusiva o indebida de los modernos métodos tecnológicos.

En resumen, el *Derecho Informático* es la disciplina que engloba un conjunto de disposiciones jurídicas para la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC's).

II. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FRENTE A LA INFORMÁTICA. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y EL HABEAS DATA

A. LA LIBERTAD INFORMÁTICA

La modernización de la sociedad y el impulso tecnológico ponen en peligro la privacidad de los sujetos, es por ello que ha surgido del ordenamiento jurídico el denominado "*derecho a la libertad informática*", como un nuevo derecho para proteger del conocimiento ajeno las facetas privadas de sus vidas, impidiendo así el tratamiento indiscriminado y sin control de determinadas informaciones y datos personales.

En España, se recoge este derecho en la norma de mayor rango del ordenamiento jurídico, en la Constitución. Así, el art. 18, de la Constitución española de 1978 al establecer «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos», lo ha configurado como un derecho fundamental de los

ciudadanos, que habrán de ser amparados cuando terceros no autorizados lleven a cabo una utilización abusiva de informaciones personales susceptibles de tratamiento automatizado, o la elaboración de perfiles personales, sociales o profesionales que pongan en riesgo su privacidad o atenten contra su intimidad.

La libertad informática otorga al sujeto, entre otros, los siguientes derechos:

- Conocer y controlar la información en ficheros y archivos relativos a su persona.
- Saber quién es el titular de dichos ficheros y su finalidad.
- Corregir informaciones o datos inexactos y cancelar los indebidos.
- Oponerse a la utilización de sus datos para fines publicitarios y comerciales, etc.

Para ello se han ido desarrollando normas tanto a nivel europeo (unificadoras), como nacional o autonómico.

La aplicación de estas normas también afecta a las actuaciones y actividades de los órganos de las Administraciones públicas, que vienen obligadas a adecuar sus procedimientos y resoluciones al nuevo régimen jurídico. Así, la incorporación de los medios electrónicos e informáticos a la actividad diaria de la Administración ha supuesto mejoras, pero también puede provocar situaciones no deseables. Dado que la Administración Pública tiene atribuida la misión de “*satisfacer los intereses generales*” y para ello necesita conocer, elaborar y comunicar información, será necesario controlar el uso que la Administración haga de ella, para proteger el derecho a la *libertad informática*.

La regulación de las nuevas tecnologías en el ámbito de las administraciones públicas se conoce como *Administración Electrónica* y los efectos jurídicos que producen los actos y comunicaciones electrónicas. Así la normativa declara:

- la licitud del empleo de cualquier medio electrónico, informático o telemático en las relaciones entre la Administración y los particulares, salvo que lo limite una norma de rango superior.
- la obligación de difundir públicamente las características de los programas, aplicaciones etc., que van a ser utilizados por las Administraciones Públicas.

Con el establecimiento de estas disposiciones la Administración da cumplimiento a los *principios de transparencia e intangibilidad de las garantías del administrado*, siempre y cuando se pongan los medios de seguridad oportunos.

B. EL HABEAS DATA

Es preciso establecer las garantías jurídicas **concretas** que salvaguarden la *libertad informática* de los sujetos. Surge así el *Habeas Data* como una institución jurídica que pretende proteger la libertad informática de manera semejante a como el *Habeas Corpus* protege la libertad personal.

El *Habeas Corpus* nació para garantizar jurídicamente frente a las actuaciones abusivas del poder, con el fin de impedir que decisiones arbitrarias pusieran en peligro la libertad de los sujetos. Mediante este recurso procesal, se solicita al Juez que inste a la autoridad o funcionario que mantiene a una persona detenida su puesta a disposición policial, de forma que se pueda comprobar las condiciones en que se encuentra y si su detención se ha producido cumpliendo las condiciones legales establecidas al efecto.

Pues bien de forma semejante el *Habeas Data* se configura como una garantía jurídica frente a actuaciones indebidas de terceros que permite al sujeto tener acceso y control de las informaciones personales que le conciernen y que se encuentran almacenadas en los registros, archivos o bancos de datos, tanto públicos como privados.

En ambos casos se trata de cauces o garantías procesales para la protección de la libertad, aunque amparan aspectos diferentes de la misma: el *habeas corpus* afecta al ámbito externo de la libertad, la libertad física, mientras que el *habeas data* protege aspectos internos de la libertad de las personas.

C. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO AUTÓNOMO

Aunque tradicionalmente se ha vinculado el derecho a la protección de datos con el derecho a la intimidad, actualmente y a partir de una sentencia en el año 2000 del Tribunal Constitucional, es posible considerarlo como un “derecho fundamental autónomo” que presenta unos rasgos que lo diferencian de otros derechos con los que guarda relación.

Esta sentencia lo configura como un derecho que “persigue garantizar a las personas el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y el derecho del afectado”, de manera que la protección se extiende tanto sobre los datos privados de la persona como sobre cualquier otro tipo de dato personal cuyo conocimiento o utilización pueda afectar a cualquiera de sus derechos individuales y principalmente a su dignidad.

El ejercicio de este derecho da lugar a una serie de deberes jurídicos (entre otros el consentimiento) que se imponen sobre terceros para garantizar el control sobre sus datos personales.

La Ley Orgánica 15/1999 de Tratamiento de Datos Personales regula todos estos principios y derechos.

III. ÉTICA Y DEONTOLOGÍA PROFESIONAL: LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS Y LA AUTORREGULACIÓN.

Se entiende por *Ética* un conjunto de **principios orientadores de las acciones humanas** que surgen a partir de la reflexión y el análisis crítico de los actos y conductas.

La *Deontología* es una parte de la Ética que, a su vez, se ocupa del estudio de los diferentes **deberes y obligaciones morales** que tienen las personas cuando se dedican al ejercicio de una **determinada profesión**.

Los profesionales técnicos también toman decisiones con trascendencia moral, así su responsabilidad profesional debe entenderse, por tanto, como un principio ético que obliga al profesional a responder de su actuación, aunque no haya lesión a terceros.

Los **Códigos deontológicos**, al recoger los principios y reglas consideradas como correctos por los propios sujetos que desarrollan su actividad en ese sector, son un mecanismo de autorregulación de las distintas profesiones, de utilidad para suplir la regulación jurídica. Estos sirven a los propios profesionales sobre los principios éticos, estableciendo sus obligaciones y responsabilidades sociales.

Centrándonos en el ámbito la ingeniería informática, entre los diferentes códigos deontológicos cabe reseñar uno, en el que han agrupado varios principios éticos bajo el acrónimo **PAPA**: *privacy – accuracy – property – accessibility*.

- **Intimidad**. Relativa al deber de secreto profesional del informático, haciendo especial referencia a la confidencialidad y a la invasión de la intimidad, esto implica un tratamiento respetuoso a la información privada y confidencial, manejando sólo aquellas informaciones estrictamente necesarias para el funcionamiento del sistema.

- **Exactitud**. Velar por la precisión de la información y salvaguardarla de alternaciones o manipulaciones inapropiadas, teniendo especial cuidado en la transmisión de la misma.

- **Propiedad intelectual**. Proteger la identidad y la integridad de las ideas ajenas y el trabajo ajeno. Una de las mayores dificultades de esta protección es el hecho de la fácil accesibilidad a las obras desde internet, es por ello que los profesionales de la informática han de adquirir un compromiso y velar por la no vulneración de este derecho.

- **Accesibilidad**. Derecho a proveer y recibir información. Educación, conocimiento, a disposición de los usuarios, pero para ello se han de proveer medios para que sea accesible a la mayor cantidad de personas. Mediante por ejemplo el uso de software libre o la fabricación de dispositivos más económicos.

Además de estas cuestiones éticas básicas, los Códigos deontológicos recogen otras medidas más concretas:

- o Conocer y respetar la normativa reguladora de su actividad profesional y las políticas y procedimientos de las organizaciones en las que participan.

- o Formación continuada que les permita la actualización de sus conocimientos técnicos.

- o Mantener la neutralidad y objetividad profesional al realizar valoraciones o evaluaciones técnicas, emitir dictámenes, etc.

- o Evitar causar daños (pérdidas de información, funcionamientos incorrectos, impactos medioambientales no deseados) y no realizar acciones perjudiciales (destrucción o modificación de archivos, programas o sistemas) a fin de evitar pérdidas de recursos y/o gastos innecesarios.

- o Cumplir con los compromisos y obligaciones adquiridas para la realización de sus tareas, garantizando el funcionamiento previsto de los elementos y de los propios sistemas.

- o Colaborar en el desarrollo y promoción de la Informática y las tecnologías de la información, *mejorando la comprensión pública* de su impacto y sus efectos.

- o Actuar con lealtad a la organización empresarial de la que formen parte, sin que ello suponga un abandono de sus deberes con la sociedad en general. Si se tuviera conocimiento de la realización de *actividades inmorales o ilegales* por parte de la empresa que pudieran comportar riesgos para la sociedad, habrán de primar el principio de autonomía, que les capacita para decidir según sus principios morales y sus conocimientos técnicos, el principio de confianza que prima la protección del bien común sobre los intereses particulares y la actuación responsable.

Vemos así que estos códigos deontológicos son un ejemplo claro de *autorregulación*, al ser los propios profesionales los que seleccionan sus principios y valores profesionales.

En este análisis solo hemos tratado los valores individuales de los profesionales, pero también hay que tener en cuenta las responsabilidades que tienen las instituciones o corporaciones. La empresa desempeña un importante papel en el ámbito social, surge así el concepto de *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC), con el objetivo de contrarrestar el impacto social de las empresas y lograr un comportamiento más ético, sostenible y respetuoso con los derechos humanos, la sociedad y el medioambiente, mediante la exigencia de actitudes responsables.

En el ámbito de las TICs se plantea el problema de aquellas que operan en diversos países, con diferentes legislaciones, con lo que solo se pueden crear unos criterios y estándares generales, atendiendo a las peculiaridades de cada país. Además no hay que olvidar que algunas actividades desarrolladas por empresas de informática y comunicaciones tienen un gran impacto medioambiental, con procesos de producción contaminantes, elevado consumo de energía o generación de residuos.

Por último, reseñar que es necesario que los poderes públicos tomen decisiones y dicten políticas públicas de promoción y sensibilización de la *Responsabilidad Social Corporativa*, educando a su vez a los ciudadanos y consumidores en relación con los derechos que pueden ejercitar para un efectivo control de dichas prácticas.

TEMA 8. LA PROTECCIÓN DE DATOS

Las nuevas tecnologías permiten, como nunca antes había sido posible, recabar datos y procesarlos, transformándolos en información. Además, esta tarea puede realizarse accediendo desde cualquier lugar a datos contenidos en múltiples archivos alojados en diferentes territorios. Por todo ello, la preocupación en relación con la protección de datos personales ha ido aumentando. El derecho no ha podido seguir el ritmo marcado por la sociedad tecnológica y ha ido considerando los nuevos problemas, estableciendo medidas jurídicas para intentar controlarlos.

Tradicionalmente se ha vinculado el derecho de la protección de datos con el derecho a la intimidad, a principios del presente siglo comienza a ser reconocido como un derecho autónomo, con un contenido propio que se fundamenta en principios específicos y que ha de gozar de unos mecanismos de protección de datos.

I. PRINCIPIOS Y NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO EUROPEO

A. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA NORMATIVA SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS

A nivel internacional, la invocación del derecho a la intimidad y a la privacidad la encontramos en la Declaración de Derechos humanos de la ONU en 1948, en su artículo 12 se declara expresamente que *“nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*.

En el ámbito europeo, y unos años más tarde, el Consejo de Europa aprobó el Convenio “para la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, que no se limita sólo a proclamar y reconocer los derechos humanos y libertades públicas sino que incorpora un sistema de protección y control ciertamente avanzado, con referencias como: el derecho de las personas al respeto a su vida privada y familiar; la no injerencia pública en tanto no lo prevea una ley, por motivos de seguridad nacional, etc.

Con la implantación de las nuevas tecnologías en los años 70 surgen nuevas preocupaciones, por la potencia de la informática no solo como almacenadora de información sino como procesadora de datos y tratamiento de los mismos. En este momento surgen las primeras preocupaciones sobre los riesgos que la utilización de la informática puede generar sobre los derechos de las personas.

En el seno del Consejo de Europa se elaboraron una serie de recomendaciones sobre aquellos aspectos que los Estados miembros debían tener en cuenta en relación con la creación de bancos de datos, surgen así distintas resoluciones que legislan los mismos.

El texto decisivo llega del Consejo de Europa en 1981 con el *“Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”*, en el que se establecen los criterios que deben contemplar las legislaciones nacionales al objeto de tutelar y proteger los derechos y libertades de los individuos frente al tratamiento automatizado de datos, así como las consecuencias que de dicho tratamiento pueden derivarse. Como aportaciones más relevantes del convenio destacan:

- La designación de los **principios básicos** de la protección de datos; destacan calidad, exactitud y pertinencia.
- La determinación de los **datos que han de contar con una especial protección**. Origen racial, opiniones políticas, religión, salud, sexualidad.
- El establecimiento de las garantías y recursos a las personas afectadas.
- Se destaca la necesidad de establecer las medidas de seguridad para evitar la vulneración de derechos.

El Convenio entró en vigor en 1987, fecha a partir de la cual los Estados debían adoptar a nivel nacional las medidas legislativas sobre la regulación de la protección de los datos personales. Cada país siguió su propio ritmo respecto al cumplimiento de esta obligación y en este sentido España aprobó su primera Ley de protección de datos – la LORTAD – en 1992.

En los años siguientes, la preocupación por la protección de los derechos frente a la utilización de las nuevas tecnologías se extendió a otros ámbitos y organizaciones. Así, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE adoptó, en 1980, una Recomendación sobre las “directrices en materia de protección de la intimidad y circulación transfronteriza de datos personales”.

Y finalmente en 1995, la Directiva europea (95/46) “*relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*”, que puede ser considerada el texto de referencia a escala europea en materia de protección de datos personales. En ella se crea un marco regulador que pretende establecer un equilibrio entre un elevado nivel de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea. Este principio de *libre circulación de los datos* supone una ampliación del de la *libre circulación de las personas, bienes y mercancías*.

Entre los aspectos más destacados de la Directiva 95/46 cabe señalar:

- Sus disposiciones son aplicables tanto a ficheros automatizados como a ficheros manuales.
- Se amplía el concepto de *datos de carácter personal*, incluyendo imágenes y sonido.
- Se reconoce un nuevo derecho a los sujetos, el *derecho de oposición*.
- Se incluyen los *datos sindicales* entre los datos especialmente protegidos.
- Se crea la figura del *encargado de tratamiento*.

A lo largo de los años siguientes la mayoría de los países adecuaron su legislación o crearon una normativa específica en materia de protección de datos.

Con posterioridad fue aprobada la Directiva 97/66/CE, en materia de “*protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*”.

B. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Tanto el Convenio de 1981 como la Directiva 95/46 establecieron unos principios básicos para garantizar que el tratamiento de los datos personales no suponga una vulneración de los derechos fundamentales y las libertades individuales. La mayoría de ellos han sido recogidos y desarrollados en las legislaciones nacionales y se concretan, principalmente, en los siguientes:

1. La Calidad de los Datos

El principio de calidad implica que los datos recabados deben ser adecuados y pertinentes en relación con el ámbito y finalidad para el que se hayan obtenido. Dentro de este principio se engloban:

- El *principio de exactitud* que supone que los datos han de ser precisos y deben ser actualizados para que se correspondan realmente con la situación que el sujeto tenga en cada momento.
- El *principio de finalidad* que impide que los datos sean tratados con fines diferentes o incompatibles con aquellos para los que se obtuvieron, de manera que si dejaran de ser pertinentes o necesarios o se hubiera cumplido la finalidad para la que se recabaron, deberán ser cancelados o destruidos.
- El *principio de lealtad* implica que, para la recogida de los datos sólo podrán utilizarse medios legales, sin que sea posible emplear métodos o procedimientos fraudulentos o ilícitos.

2. Principio de Información

Los titulares de los datos tienen derecho a conocer quién va a realizar un tratamiento de sus datos y con qué fines y por tanto, deberán ser informados expresamente y de forma precisa e inequívoca sobre los siguientes extremos:

- a) La existencia del fichero en el que sus datos van a ser incorporados, la finalidad que se persigue y los destinatarios de la información.
- b) Si está o no obligado a facilitar los datos.

- c) Las consecuencias que se derivan de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) La posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación cancelación y oposición.
- e) La identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante, para que los afectados puedan ejercer sus derechos.

3. Consentimiento del interesado

La existencia del consentimiento del interesado es condición indispensable para que el tratamiento de datos de carácter personal se considere lícito y, además, para que el sujeto pueda ejercitar los derechos que le corresponden. Supone una declaración de voluntad libre, informada e inequívoca que puede ser revocada cuando exista causa para ello.

El consentimiento puede prestarse expresa o tácitamente, aunque cuando se trate de datos especialmente protegidos (los datos sensibles) ha de prestarse expresamente y por escrito. Algunas legislaciones, como la española, han establecido excepciones al requisito del consentimiento, por ejemplo cuando se trate de datos de fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción de intereses legítimos, o cuando se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias.

4. La seguridad de los datos

Dada la naturaleza de los datos que son objeto de protección, parece obvio que resulta imprescindible garantizar su seguridad, y para lograrlo se establece la obligación de implementar las medidas técnicas u organizativas que eviten su alteración o pérdida y que impidan el acceso y tratamiento no autorizado. También se deben fijar los requisitos y las condiciones que han de cumplir los ficheros, equipos y sistemas utilizados para el tratamiento.

Relacionado con este principio de seguridad se encuentra el deber de secreto exigido a aquellos sujetos que, de una u otra forma, intervienen en el proceso de tratamiento de los datos, que quedan sometidos al deber de secreto profesional y a la obligación de custodiarlos.

5. Protección especial

En general, las legislaciones en materia de protección de datos se justifican por la necesidad de establecer unas normas que permitan garantizar la tutela de los datos personales. Pero no todos los datos e informaciones relativas a las personas tienen la misma importancia, ya que algunos de ellos son especialmente relevantes al afectar a facetas de su privacidad relacionadas con determinadas libertades y derechos fundamentales. Algunos datos son especialmente relevantes al afectar a facetas de la privacidad relacionada (ideología, creencias, etc.).

Por ello, uno de los principios básicos en esta materia es que otorga una especial protección a aquellos datos considerados como sensibles, para salvaguardarlos e impedir la trasgresión de derechos esenciales del sujeto. Y para lograrlo, se imponen unas obligaciones específicas como el deber de obtener el consentimiento expreso y por escrito del interesado, informándole, además, de los derechos que le asisten.

Se encuadran dentro de la categoría de «datos especialmente protegidos» los relativos a la ideología, religión, creencias, afiliación sindical, origen racial, salud, vida sexual, y los que hagan referencia a los antecedentes penales o administrativos del sujeto.

6. Comunicación o cesión de datos

Los sujetos que participan en el proceso de tratamiento de los datos están sometidos al deber de secreto y custodia, lo que implica que los datos sólo estarán disponibles para ellos, sin posibilidad de ser transmitidos a terceros. Con todo, hay supuestos en los que resulta necesario ceder a terceros la información obrante en el fichero, y para poder llevar a cabo esta comunicación es necesario contar con autorización o consentimiento del afectado. Por tanto, la cesión de los datos aparece vinculada al principio de información, ya que el sujeto debe ser previamente informado de la posibilidad de comunicación a terceros y ha de recabarse su consentimiento. Únicamente si la posibilidad de cesión está prevista legalmente no será exigible solicitar el consentimiento del interesado.

Cuando se produce la cesión o comunicación, el tercero a quien se le hayan comunicado los datos queda sometido a las mismas obligaciones que tiene el cedente y debe cumplir con todas las disposiciones legales establecidas al efecto.

En el ámbito del Derecho español, todos estos principios aparecen recogidos en el Título II de la Ley de Protección de Datos Personales.

II. LA REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La Constitución española, en su artículo 18 contiene la disposición relativa a la protección de la intimidad frente a la utilización de la informática.

A. LA LEY ORGÁNICA 5/1992 REGULADORA DEL TRATAMIENTO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La LORTAD nace para dar forma al mandato constitucional, ajustándose al Convenio europeo de 1981 y adelantándose en algunos preceptos a la norma 95/46.

La norma iba más allá del amparo de la intimidad, es decir, de la esfera más reservada de la vida de las personas, al **proteger la privacidad** y las amenazas potenciales de la tecnología a la misma.

La LORTAD contenía disposiciones reguladoras de las principales cuestiones en materia de protección de datos:

- Establecía el principio del consentimiento informado, la veracidad de la información contenida (principio de calidad de los datos) y la congruencia y racionalidad en su utilización (finalidad).
- Distinguía entre los ficheros de titularidad pública y los de titularidad privada.
- Introducía el concepto de tratamiento, lo que se tradujo en la consideración de los ficheros no como un mero depósito de datos, sino como una realidad dinámica que puede someterse a diferentes procesos informáticos.
- Regulaba los derechos de los interesados, concretamente los de acceso, rectificación y cancelación.
- Contemplaba la cuestión de la cesión de los datos, regulando la exigibilidad del consentimiento previo.
- Hacía referencia al flujo transfronterizo de datos, exigiendo que en el país receptor existiera un sistema y nivel de protección equivalente o que, al menos, se ofrecieran las garantías suficientes para su tutela.
- Contemplaba la creación de la Agencia de Protección de Datos como órgano público de supervisión, inspección y control, al que se le reconocía potestad sancionadora.

En definitiva, la LORTAD desarrolló la mayoría de los aspectos fundamentales en materia de protección de datos, hasta el punto de que la actualmente vigente, transcribe casi literal muchas de sus disposiciones.

Con todo, la regulación de 1992 presentaba algunos aspectos negativos, entre otros el dejar excluidos de su ámbito de aplicación los ficheros manuales o en soporte papel, remitirse a futuros reglamentos para desarrollar aspectos fundamentales como los derechos de acceso, rectificación... o contener conceptos jurídicos indeterminados o imprecisos para justificar y excepcionar determinados supuestos.

B. LA LEY ORGÁNICA 15/1999 DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La aprobación de la LOPD de 1999, supuso cambios en el ámbito de la protección de datos al contemplar aspectos que no habían sido regulados anteriormente. Sin embargo, la estructura y la redacción de algunos de sus artículos guardan mucha similitud con la Ley de 1992.

Se introduce el denominado *acceso a datos por cuenta de terceros*, y que consiste en la posibilidad de que personas distintas al responsable o encargado del tratamiento puedan acceder a los datos con el fin de prestar a aquellos un determinado servicio. La realización de este tipo de actividades está sometida a determinados requisitos formales, por ejemplo, un contrato por escrito y expreso, y a ciertas condiciones relativas al uso que puede darse a los datos, a los fines perseguidos y a la adopción de medidas de seguridad concretas. En este sentido se prevé que una vez concluida la realización del servicio se destruyan los datos y se devuelvan los documentos utilizados al responsable del tratamiento.

Asimismo, debido al imperativo legal de incorporar la normativa comunitaria, la LOPD extiende su ámbito de aplicación a los ficheros manuales, concreta los supuestos en los que pueden recabarse los datos sin el consentimiento del interesado, refuerza el principio de finalidad al exigir que el empleo de los datos se realice con fines “legítimos, determinados y explícitos”, amplía tanto el catálogo de derechos de los ciudadanos al establecer el derecho de oposición, como los supuestos de datos especialmente protegidos al incluir los *datos sindicales*, y contempla la posibilidad de creación de Códigos Tipo de carácter deontológico.

Como aspectos más destacados de la regulación de la vigente LOPD, cabe destacar:

1. Ámbito de aplicación

El ámbito objetivo o material de la LOPD se extiende a todos los datos de carácter personal que estén registrados en cualquier tipo de soporte físico que permita su tratamiento. Se excluyen una serie de supuestos, concretamente cuando se trata de ficheros implicados en cuestiones de seguridad, aquellos que se rigen por normas específicas, como serían los ficheros estadísticos, los del Registro Civil, los derivados del uso de videocámaras por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, o cuando se trate de ficheros privados, es decir los referidos a actividades personales o domésticas.

Cuando se trata de ficheros de titularidad pública, además de la regulación general, se establecen una serie de disposiciones sobre su creación, modificación o supresión, así como a la comunicación de datos entre Administraciones públicas.

Cabe resaltar que la LOPD fija su propio *ámbito espacial o territorial*, al señalar que sus disposiciones se aplican:

- Cuando el tratamiento es realizado en territorio español.
- Cuando se realice fuera, pero el responsable está sometido al Derecho español.
- Cuando el sujeto responsable del tratamiento utilice medios situados en territorio español.

Con esta regulación la Ley española pretende hacer frente a la peculiar situación provocada por la utilización de las nuevas tecnologías, que permite traspasar los tradicionales marcos de espacio y tiempo.

2. Sujetos

Una de las aportaciones de la LOPD es la de establecer diferentes sujetos que quedan sometidos a responsabilidad por las actividades que hayan realizado. En este sentido se distingue el *Responsable del fichero o tratamiento*, que tiene capacidad decisoria respecto a la finalidad, contenido y uso del tratamiento de los datos, y el *Encargado del tratamiento* que únicamente desempeña funciones de gestión por cuenta del primero. Ambos quedan sometidos al régimen sancionador previsto en la ley.

Frente a ellos, en calidad de sujeto pasivo se encuentran las personas físicas titulares de los datos objeto del tratamiento, a las que se denomina *Afectados o Interesados*, y quedan excluidas las personas jurídicas.

3. Derechos de los afectados

La LOPD contempla los derechos que asisten a los interesados y que podrán ser ejercidos ante el responsable del fichero o tratamiento, así como el procedimiento a seguir para su tutela o protección.

Se trata de derechos personalísimos (salvo el derecho de consulta) y gratuitos, que exigen unas formalidades de identificación y que se ejercitan ante el responsable del fichero a través de una solicitud, formulada por cualquier medio admitido en Derecho, en la que consten los datos de identificación, la petición que se formula y los documentos que la acrediten o justifiquen.

- El *Derecho de información*, se configura como uno de los derechos básicos que permite a los sujetos saber quién conoce los datos, cómo y para qué van a ser usados y tratados.

- El *Derecho de consulta*, se establece a fin de que cualquier sujeto pueda conocer los tratamientos de datos que existen, la finalidad que se persigue con su realización y la identidad del responsable del fichero. Se crea un Registro Gral. de Protección de Datos de acceso público y gratuito.

- El *Derecho de impugnación de valoraciones* permite al sujeto rechazar u oponerse a decisiones que tengan efectos jurídicos y que se hayan adoptado mediante el tratamiento de sus datos.

- El *Derecho de acceso* consiste en la facultad que se reconoce a aquellos sujetos que estén afectados por el tratamiento de los datos, para obtener gratuitamente información sobre los datos de carácter personal, su origen y las cesiones que se han realizado o se pudieran realizar.

- El *Derecho de rectificación o cancelación* que otorgan al interesado la posibilidad de exigir al responsable del fichero que cumpla con el principio de calidad de los datos, instándole a rectificar aquellos que no se ajusten a la legalidad o que sean inexactos o incompletos, así como a cancelarlos cuando ya no sean necesarios para la finalidad prevista con su registro o se hayan cumplido los plazos legalmente establecidos.

El ejercicio del *derecho de cancelación* no provoca inmediatamente la supresión de los datos, sino que se establece un periodo transitorio en el cual los datos permanecerán únicamente bloqueados.

- El Derecho de *oposición* es facultad de exigir que “no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo”. Solo podrá ejercitarse cuando se trate de ficheros para actividades de publicidad o si el tratamiento de sus afecta al derecho de impugnación de valoraciones.

Si como consecuencia del incumplimiento de alguna de las disposiciones de la LOPD se provocase la lesión de bienes o derechos de los sujetos, éstos tendrán *derecho a ser indemnizados* por el daño causado o los perjuicios producidos, recayendo sobre el responsable o el encargado del tratamiento la obligación de resarcirlos.

La vulneración de cualquiera de estos derechos podrá ser comunicada a la **Agencia de Protección de datos** que deberá decidir mediante resolución expresa la procedencia o improcedencia de aquellas decisiones que hayan impedido el ejercicio de los mismos.

4. Obligaciones de los responsables de los ficheros

El tratamiento de los datos se desarrolla en una serie de fases (recogida de los datos, tratamiento, y utilización o comunicación de los mismos) en cada una de las cuales surgen, en virtud de las disposiciones legales, una serie de obligaciones.

En principio, cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que trate datos de carácter personal debe cumplir con las obligaciones que, en cada caso, se determinen, de forma que el tratamiento se realice garantizando el máximo nivel de protección para los interesados o afectados. Asimismo, se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar a los afectados el ejercicio de sus derechos.

En este sentido son obligaciones del titular o responsable del fichero:

a) El deber de secreto

Para garantizar el *principio de seguridad*, los responsables de los ficheros y las personas que intervengan en las distintas fases del tratamiento de los datos están obligados a su custodia y a guardar el secreto profesional respecto a ellos. Este deber se mantiene incluso con posterioridad a la finalización de las actividades realizadas.

b) Deber de inscripción de los ficheros en el Registro General de Protección de datos

Con el fin de hacer efectivo del *derecho de consulta* que asiste a los interesados o afectados, la LOPD prevé la creación en el seno de la Agencia de Protección de Datos del Registro General de Protección de Datos, a fin de garantizar el *principio de publicidad* respecto a la creación de ficheros.

Quienes pretendan realizar ficheros de *datos de carácter personal*, antes de llevar a cabo su elaboración, deben notificar a la Agencia su creación, ubicación, finalidad, tipo de datos, medidas de seguridad, cesiones, transferencias a terceros países y la identificación de las personas responsables.

Con esta inscripción sólo se pretende dejar constancia de la existencia del fichero que contiene datos de carácter personal susceptibles de protección..

c) Deber de establecer medidas de seguridad.

Uno de los principios básicos en esta materia es el *principio de seguridad*, que se materializa estableciendo medidas técnicas y organizativas que eviten la alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado a los datos.

El responsable del tratamiento estará obligado a elaborar un documento en el que se concreten las medidas tomadas atendiendo a la naturaleza de los datos.

El reglamento que desarrolla la Ley, establece tres niveles de seguridad, para garantizar la confidencialidad e integridad de la información.

c.1. Nivel de seguridad básico, se aplica por defecto a todos los ficheros comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley.

c.2. Nivel de seguridad medio, se aplica a los ficheros que contengan información relativa a la comisión de infracciones administrativas o penales, a los datos en relación con la Hacienda Pública, los servicios financieros, Seguridad Social, Mutuas de accidentes laborales, etc.

c.3. Nivel de seguridad alto, datos considerados especialmente protegidos (*sensibles*) o para fines policiales. Incluirían datos relativos a Ideología, Religión, Creencias, Origen racial, Salud, Vida sexual.

Los titulares de los ficheros tienen la obligación de realizar el tratamiento de los datos de forma legal y leal, de modo que la recogida, tratamiento y utilización o cesión se realice respetando los derechos de los afectados y cumpliendo además con los principios legalmente establecidos. Sólo así se podrá garantizar un tratamiento correcto y adecuado de los datos o informaciones.

5. Transferencia internacional de datos

Esta es una de las cuestiones de mayor interés en la sociedad actual ya que, como consecuencia de los procesos de deslocalización llevados a cabo por las corporaciones multinacionales y por las grandes empresas, se plantean situaciones en las que resulta necesario realizar tratamientos de datos en aquellos países en los que las empresas van a desarrollar su actividad.

La legislación española establece la posibilidad de transferencias internacionales cuando el país destino tenga un nivel de protección para los datos equiparable al Derecho español, la APD será la encargada de evaluar ese factor, en base a la naturaleza de los datos, su finalidad, duración del tratamiento, etc.

Existen excepciones a la evaluación de la APD, cuando la transferencia se realice para auxilio judicial, por la aplicación de Tratados y Convenios o para asistencia sanitaria.

La APD ha creado en los últimos años una serie de *Instrucciones* específicas en esta materia, en las que establece como han de actuar los responsables de los correspondientes ficheros.

6. La Agencia de Protección de Datos

La LOPD contempla la creación de un órgano encargado de velar por el cumplimiento de la normativa en la materia de protección de datos, especialmente los derechos de los afectados, atribuyéndole además, la competencia para sancionar los posibles incumplimientos.

Se trata de un órgano de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas. Su estructura organizativa está integrada por el Director, un Consejo Consultivo y el Registro General de Protección de Datos.

En cuanto a las tareas que tiene encomendadas, cabe destacar:

- Creación del registro general de Protección de Datos
- Evaluar las transferencias internacionales de datos
- Desarrollo de instrucciones normativas
- Resolver las reclamaciones de vulneración de los derechos de los afectados.

7. Infracciones y Régimen sancionador

La LOPD incluye, el régimen sancionador al que se encuentran sometidos los responsables de los ficheros y los encargados del tratamiento de los datos. Se diferencian varios niveles o grados de infracción: leves, graves y muy graves que serán sancionados con multas que van desde aproximadamente los 600 a los 600.000 euros.

La cuantía de la sanción aplicable en cada caso se gradúa en función de la naturaleza del derecho personal afectado, el volumen de los tratamientos que se hayan efectuado, los beneficios obtenidos con el tratamiento indebido, la posible reincidencia del infractor, su grado de internacionalidad, así como los daños y perjuicios producidos tanto a los sujetos afectados como a terceras personas.

a) Infracciones leves (de 600 a 60.000 € aprox.):

Infringir el deber de secreto (salvo que sea grave), Incumplir el deber de información en el momento de la recogida de los datos.

b) Infracciones graves (de 60.000 a 300.000 € aprox.)

Recoger datos sin recabar el *consentimiento expreso* cuando sea exigible, Impedir u obstaculizar el ejercicio de los *derechos de acceso y oposición*, Vulnerar el *deber de secreto* de los datos de los ficheros de la Hacienda Pública, servicios financieros, solvencia patrimonial o infracciones administrativas o penales.

c) Infracciones muy graves (de 300.000 a 600.000 € aprox.)

Tratamiento de los datos especialmente protegidos, Llevar a cabo Transferencias internacionales de datos a países sin nivel de protección equiparable, Realizar un tratamiento ilegítimo de los datos vulnerando derechos fundamentales.

Las sanciones únicamente serán de aplicación cuando se trate de ficheros de titularidad privada, si las infracciones son realizadas por los responsables de ficheros de las Administraciones Públicas, el Director de la Agencia de Protección de datos dictará una resolución estableciendo las medidas que han de ser adoptadas para lograr que cesen las infracciones, e indicando si proceden la imposición de medidas disciplinarias a los infractores.

En el caso de utilización o cesión ilícita de datos que atenten contra los derechos fundamentales, el director de la Agencia de Protección realizará un requerimiento a los responsables para que cesen en su actividad y, en caso de no hacerlo, se podrán inmovilizar los ficheros correspondientes.

TEMA 9. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE

La consideración del software como una invención de aplicación industrial supondría la aplicación de la legislación en materia de patentes, y por tanto la protección se otorgaría desde el ámbito de la *Propiedad Industrial*; por el contrario si se consideran creaciones u obras artísticas deberán ser protegidas a través del derecho a la *Propiedad Intelectual*.

La inclusión de los programas de ordenador en el ámbito de la Protección Intelectual presenta como ventaja su protección automática, es decir, desde el mismo momento en que la idea es expresada en el correspondiente soporte, y el disponer de una protección temporal superior, pues el plazo de protección de los derechos de autor es mayor que el de los derechos de propiedad industrial.

Por el contrario, a favor de la protección a través del derecho de Patentes estaría el contar con una regulación sobre la transmisión de los derechos que asegura al adquirente o cesionario la adquisición de los mismos a título de dominio, y no de simple uso.

En España la legislación se ha decantado por considerar a los programas de ordenador y a las bases de datos como objetos susceptibles de ser amparados a través de la **Propiedad Intelectual**.

I. LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE Y LOS DERECHOS DE AUTOR

La regulación básica en esta materia se encuentra la **Ley de Propiedad Intelectual** (1/1996), además de lo apuntado por la Constitución, que reconoce el derecho de libre creación y el Código Civil, que atribuye a los autores de obras literarias, artísticas o científicas la facultad de explotarlas y disponer de ellas a su voluntad.

A. ANÁLISIS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Según la Ley de Propiedad Intelectual, son objeto de protección intelectual “las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro”.

Es decir, son dos los requisitos necesarios que han de concurrir para que la obra sea objeto de este derecho: la **originalidad** (creación individual y subjetiva) y la **plasmación en algún soporte material** (libro, cuadro, escultura, fotografía, maqueta o gráfico), puesto que no se protegen las ideas abstractas sino en cuanto que han sido incorporadas en algún medio concreto.

Se trata, por tanto, de un derecho subjetivo que confiere a su titular un poder absoluto sobre la obra, aunque temporalmente limitado, y que surge desde el mismo momento en que exista dicha creación. Hay que destacar que este derecho presenta una naturaleza mixta, personal y patrimonial, ya que quedan protegidos los *derechos morales del autor* y también sus *derechos de explotación o patrimoniales*.

Los *derechos morales* corresponden al autor o autores de la obra y tienen un carácter irrenunciable e inalienable, es decir, no pueden ser cedidos o transferidos a otro sujeto. Entre ellos, la LPI incluye el derecho a la autoría, a la divulgación de la obra, a exigir su integridad o a retirar la obra del comercio.

Los *derechos de explotación o patrimoniales* protegen el valor económico que la obra tiene, lo que permite al autor disfrutar de forma exclusiva de los correspondientes beneficios económicos durante el plazo legalmente establecido. Estos derechos surgen cuando el autor ejercita su *derecho moral* a decidir si la obra ha de ser divulgada o no y en qué forma.

La LPI incluye como derechos de explotación:

- la *Reproducción*, que supone la transcripción de forma directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de una parte o de la totalidad de la obra, con el fin de permitir su comunicación así como la posibilidad de obtener copias de ella.
- la *Distribución*, disposición pública mediante venta, alquiler, préstamo.
- la *Comunicación Pública*, a pesar de existir una sola licencia, se permite difundir a una pluralidad de sujetos.
- la *Transformación*, traducción, adaptación y cualquier otra modificación, que dé lugar a una obra diferente.

Estos derechos exclusivos de explotación pueden verse limitados por razones de *interés público o social*, por ejemplo: con fines de seguridad pública o en beneficio de discapacitados; citas o ilustraciones en ámbito de la enseñanza; etc.

Los derechos de autor tienen un plazo de duración limitado, que una vez transcurrido provoca la extinción de los *derechos morales* y el paso de los *derechos de explotación* a dominio público, por lo que la obra podrá ser utilizada sin más limitación que el respeto a su integridad y autoría.

Los *derechos morales* se mantienen durante toda la vida del autor, salvo el derecho de divulgación de obras inéditas en vida del autor, que se extinguen tras 70 años desde su fallecimiento.

Para los *derechos de explotación* el plazo general es del 70 años desde el fallecimiento del autor (fotografías y BBDD tienen un plazo menor), transcurrido el plazo serán de dominio público, pero habrá de respetarse su autoría e integridad.

Los derechos de la propiedad intelectual se protegen exigiendo responsabilidad civil (en el marco de la LPI) y en el ámbito penal, si se han de exigir responsabilidades penales por el daño causado.

B. LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR EN EL DERECHO ESPAÑOL

Los programas de ordenador constituyen bienes inmateriales que requieren una protección jurídica. Actualmente, la protección de los programas de ordenador está garantizada por lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual y la normativa comunitaria e internacional aplicable.

La Ley de Propiedad Intelectual regula aspectos tan importantes como el de la titularidad de los derechos sobre los programas, la duración de la protección, su contenido y sus límites, señalando además las medidas de protección de naturaleza sancionadora.

1. Objeto de la protección: concepto y requisitos de los programas de ordenador

Dentro de la LPI se define el programa de ordenador como “*toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación*”. La protección jurídica engloba además los manuales de uso, versiones sucesivas del programa y programas derivados.

El concepto de programa de ordenador protegido por la LPI engloba el Código Fuente, el Código Objeto y el Manual explicativo.

Para que todos estos elementos puedan ser objeto de protección mediante el derecho a la Propiedad Intelectual, es imprescindible el requisito de *originalidad*, algo tradicionalmente vinculado a lo estético, y que en los programas de ordenador no es tan evidente, por lo que se utilizan otros criterios, como su arquitectura, las funciones logradas o sus *interfaces*.

2. Ámbito subjetivo de su protección

Son titulares de los derechos de propiedad intelectual, el autor y las personas facultadas para ejercer derechos de explotación o para autorizar el uso del programa informático. La Ley admite también que las personas jurídicas puedan ser autoras de los programas de ordenador.

La creación, transmisión y explotación de los derechos de autor sobre los programas informáticos puede revestir varias modalidades:

a) *Obra en colaboración*. Los derechos pertenecen a los autores en la proporción que ellos decidan, o en su defecto a partes iguales.

b) *Obra colectiva*. Cuando, pese a que el programa informático se haya elaborado mediante la contribución de varios sujetos, las aportaciones individuales se integran para crear una obra única y autónoma, de forma que la autoría de la obra se atribuye a una única persona física o jurídica, que será el responsable.

c) *Obra creada en el marco de una relación laboral*. En este caso lo decisivo no es si el programa de ordenador ha sido elaborado por uno o varios autores, sino el hecho de que su creador mantiene una relación laboral con una empresa que se encarga de su distribución. En estos casos, y salvo pacto en contrario, la titularidad de los derechos de explotación del software, la ostenta el empresario, siempre que ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

- el programador hace el programa en el ámbito de un contrato laboral.
- al empleado, contratado para otras funciones, se le encomienda elaborar el software.
- el programador crea el programa siguiendo **instrucciones expresas** del empresario respecto a las funcionalidades y al tipo de programa que se desea crear.

Además, el empresario no puede utilizar la obra o disponer de ella para fines distintos de los que corresponden a su objeto social.

En todo caso, rige la libertad de pacto que permite al empresario y al trabajador establecer el marco contractual más adecuado para la explotación de los derechos de autor del programa informático realizado.

3. Las licencias de uso de los programas de ordenador

Los programas informáticos se rigen por *licencias de utilización*, es decir, un usuario que adquiere un programa en ningún momento se convierte en su propietario, sino que tan sólo adquiere un derecho de uso que le permite realizar ciertas actuaciones sobre el mismo sin que el creador pueda oponerse a ellas.

Por tanto, la licencia supone la existencia de una relación contractual entre el desarrollador del software y los usuarios, que determina los derechos y deberes que corresponden a cada uno de ellos. En virtud de este contrato se cede el uso de un determinado programa a cambio de una contraprestación.

En función de cuál sea el software desarrollado (propietario, shareware, de demostración, libre o de dominio público, entre otros) podrán utilizarse diferentes tipos de licencias para su protección.

En general, las licencias señalan los derechos que se conceden a los usuarios, cuando se trata de software libre, y las restricciones de uso en el caso de software propietario.

La existencia de las licencias supone una garantía respecto a la titularidad del programa y sobre los derechos de los consumidores.

4. Contenido de los derechos de explotación

El contenido de los derechos de explotación que tiene el titular del derecho aparece contemplado en la LPI, e incluye:

- a) “La *reproducción* total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria. Cuando la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento de un programa necesiten tal reproducción deberá disponerse de autorización para ello, que otorgará el titular del derecho”. Tradicionalmente la reproducción quedaba reducida al entorno analógico, y por tanto consistía en la incorporación de la obra a un soporte fijo y estable.
Sin embargo, en los actuales “entornos digitales”, han aparecido diferentes tipos de obras que se caracterizan por la facilidad de transmisión y copia (software, audiovisuales, mp3). La ley no permite el uso del software si no se cuenta con la autorización de su autor, permiso que es exigible incluso cuando se trate de “reproducción para el uso personal”, esta autorización se materializa en las licencias de uso.
- b) “La traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de un programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos, sin perjuicio de los derechos de la persona que transforme el programa de ordenador”. Sólo el titular de los derechos está facultado para autorizar o prohibir la traducción o adaptación del programa de ordenador a otro lenguaje de programación, así como la realización de cualquier proceso que provoque una alteración sustancial del resultado logrado por el programador originario.
- c) “Cualquier forma de distribución pública incluido el alquiler del programa de ordenador original o de sus copias”. La distribución de un programa abarca la puesta en circulación o comercialización del programa original o de copia del mismo en un soporte tangible, mediante la venta, alquiler o cualquier otro acto de disposición.

5. Límites a los derechos de explotación

La propia naturaleza de los programas de ordenador, como obra susceptible de protección a través de los derechos de autor, ha obligado a establecer una serie de excepciones específicas a los *derechos de explotación* que corresponden en exclusiva a los titulares. Estas excepciones se justifican porque los programas de ordenador exigen en numerosas ocasiones la realización de determinados actos o procedimientos posteriores, necesarios para su correcto funcionamiento.

Destacan las siguientes actividades que se pueden llevar a cabo sin solicitar autorización al autor o titular de los derechos de explotación:

1) La *corrección de errores*, que junto con la *transformación* del programa podrá realizarse por su usuario legítimo cuando sea necesaria para lograr su correcto uso según los términos de la licencia. Esta excepción está supeditada a que no exista cláusula contractual en contra.

2) La *copia de seguridad*, sólo autorizada al usuario legítimo, siempre que resulte necesaria para el uso correcto del programa.

3) La *ingeniería inversa*, supone que el usuario legítimo está autorizado para desarrollar aquellas actividades tendentes a verificar las ideas que permiten el correcto funcionamiento del programa, aunque estas actividades han de realizarse durante “las operaciones de carga, visualización, ejecución, transmisión o almacenamiento del programa”. Esta autorización no implica que pueda hacer uso en beneficio propio de las ideas o fundamentos del programa.

4) Las *versiones sucesivas*, suponen que, el titular de los derechos de explotación o el tercero autorizado pueden realizar versiones del programa, siempre que éstas tengan la originalidad suficiente para ser consideradas *obra derivada*.

5) La descompilación e interoperatividad. La descompilación permite transformar el código objeto en código fuente para así obtener la información técnica que permita al programa actuar de manera integrada con otros programas. Se podrá realizar siempre que sea imprescindible por el usuario legítimo, se limite sólo a aquellas partes del programa necesarias y que la información obtenida no se utilice para el desarrollo de programas similares.

6. Protección de los programas de ordenador

La legislación española ofrece a los programas de ordenador los mecanismos de protección previstos para la tutela de los derechos de protección intelectual y, por tanto, permite recurrir a la vía administrativa, civil y penal para salvaguardarlos.

La LPI protege tanto los derechos de explotación como los derechos morales, con independencia de si corresponden al autor o a un tercero que los haya adquirido.

En este sentido se regulan tres tipos de acciones específicas para la protección de los titulares de los derechos:

a) La *Acción de cesación* faculta al titular a solicitar el cese de aquella actividad que suponga una infracción de sus derechos. En el caso de los programas de ordenador esta medida puede suponer:

- la suspensión de la explotación o actividad infractora.
- la prohibición al infractor de reanudar la explotación o la actividad infractora.
- la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, la inutilización, y en caso necesario, la destrucción, de los elementos destinados a la reproducción, creación o fabricación de ejemplares ilícitos.
- el embargo, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción, con cargo al infractor, de los instrumentos cuya única utilidad sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico establecido para proteger un programa de ordenador.

b) La *Acción indemnizatoria*, la indemnización por daños y perjuicios comprende tanto el denominado daño emergente – el valor de la pérdida que haya sufrido – como el lucro cesante – la ganancia que haya dejado de obtener –.

También se indemnizará por el daño moral producido, que se valorará atendiendo a las “*circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra*”.

c) Las *Medidas cautelares* se pueden solicitar cuando la infracción ya se ha producido o cuando exista la sospecha de que se va a cometer de forma inminente. Se establecerán aquellas medidas que se consideren necesarias para la protección urgente de los derechos, y concretamente:

- la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita.
- la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública.
- el secuestro de los ejemplares producidos y el del material empleado para la reproducción.
- el secuestro de las herramientas para neutralizar los dispositivos que protegen programas.
- la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros.

La *Protección Registral*. Los programas de ordenador, sus versiones y los programas derivados pueden ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual. La inscripción es voluntaria ya que, el derecho de autor existe por el mero hecho de la creación de una obra original y no depende de que haya sido o no inscrita.

El acceso al registro es público, solo se podrá consultar el nombre del autor, la naturaleza y condiciones del hecho inscrito, y el título y fecha de publicación.

II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS

Las diferencias de protección jurídica de las bases de datos en las legislaciones de los países europeos, suponían un obstáculo para el suministro de bienes y la prestación de servicios en el sector de las bases de datos. Por ello, se procedió a la elaboración y aprobación de la Directiva 96/9/CE, “*sobre la protección jurídica de las bases de datos*”.

La trasposición de esta Directiva al Derecho español se llevó a cabo mediante la Ley 5/1998, que modifica los correspondientes preceptos de la Ley de Propiedad Intelectual, con el fin de evitar duplicidad de regulaciones sobre esta cuestión.

Con esta regulación se ha conseguido una doble protección de las bases de datos: reconocer el *derecho de autor* de las mismas, y añadir un derecho propio “*sui generis*”, con el objetivo de proteger las inversiones cuantitativas y cualitativas en todo lo relativo a una base de datos como la creación, verificación o presentación de su contenido.

Protege especialmente aquellas bases de datos que se nutrían de fuentes accesibles al público, sin una estructura exclusiva u original, que además no quedaban protegidas por la LPI, de manera que si se produjese una reutilización de los datos por parte de terceros no autorizados se produciría un perjuicio patrimonial; con este nuevo derecho, los fabricantes de este tipo de bases de datos quedan amparados al menos en relación con la inversión realizada.

Por tanto, desde el ámbito de los derechos de autor se protege la *estructura original* de la base de datos, mientras que la protección del *derecho “sui generis”* se otorga sustituyendo el criterio de la *originalidad* por el de la inversión.

A. LAS BASES DE DATOS Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Por base de datos se entiende el almacenamiento de datos o documentos, organizado y estructurado de forma que permita su recuperación como información. La propia Ley define las bases de datos como “las colecciones de obras, de datos, o de otros elementos independientes dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”. Es decir, se protegen tanto las bases de datos electrónicas como las tradicionales editadas en papel.

Las bases de datos son consideradas como obras protegidas objeto de propiedad intelectual, en los términos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, siempre que la selección o disposición de sus contenidos pueda ser considerada “*creación intelectual*”. Para que quede amparada en este sentido, la base de datos deberá ser *original*, esto es, cuando su estructura sea creativa en función de sus criterios de selección o de la ordenación y almacenamiento de sus datos. Lo que se protege es la estructura o forma de la expresión de la base de datos y no su contenido, todo ello sin perjuicio de los posibles derechos que a dicho contenido pudieran corresponderle.

Por lo tanto se protegen tanto el contenido de los elementos individuales que forman la base de datos como la propia base de datos globalmente considerada, e incluso a los elementos necesarios

para su funcionamiento o consulta (tesauros, sistemas de indexación), siempre que tengan un **grado de originalidad suficiente**.

La protección otorgada a las bases de datos por la LPI coincide con la establecida para los programas de ordenador, con una puntualización relativa al *derecho de transformación*, ya que según lo dispuesto en esta norma se considera que la reordenación de una base de datos supone un acto de transformación.

B. LAS BASES DE DATOS Y EL DERECHO «SUI GENERIS»

La trasposición de la directiva europea obligó a incorporar a la Ley de Propiedad Intelectual un nuevo Título dedicado a la protección de las bases de datos, el *derecho “sui generis”*, se fundamenta en los problemas surgidos en el ámbito de la industria de las bases de datos como consecuencia de la casuística existente. Existían bases de datos que no podían ser objeto de protección por la LPI, al no cumplir con los requisitos exigibles.

Este nuevo derecho *actúa de forma autónoma e independiente* del resto de los derechos de propiedad intelectual o cualesquiera otros, que pudieran existir para la protección de las bases de datos.

1. Objeto de protección

El derecho “sui generis”, protege aquellas bases de datos en las que haya sido necesario realizar una sustancial inversión en medios financieros, tiempo, esfuerzo, para su creación, producción, verificación o presentación de su contenido. De esta forma se pretende estimular la creación, la distribución y su comercialización.

2. Sujetos

La existencia de una base de datos supone la existencia de al menos tres sujetos distintos (creador, distribuidor y usuario), que al relacionarse entre sí dan lugar a la aparición de una serie de obligaciones específicas para cada uno de ellos, y sus correlativos derechos.

Se considera *creador* al autor de la base de datos. Esta autoría puede ser contemplada respecto a su contenido, en relación a su estructura o ambos.

Las obligaciones de los creadores de las bases de datos se centran principalmente, en la fijación de los correspondientes contenidos, establecer la estructura de los datos, los métodos de recuperación de la información, las previsiones de desarrollo y todas aquellas características que puedan incidir en el contenido y consulta de los datos y documentos que la integran. Además, el creador se compromete a realizar tareas de mantenimiento y actualizaciones necesarias para su funcionamiento.

El *distribuidor* es aquella persona física o jurídica que disponiendo de la estructura informática y comercial ofrece la base de datos en el mercado con el fin de captar usuarios. Sus obligaciones han de ser analizadas desde una doble perspectiva: en relación con el creador de la base, su compromiso afecta a la distribución y comercialización del producto en las condiciones acordadas; y en relación con los usuarios, el distribuidor se ve obligado a facilitar el acceso y consulta, o a proporcionar el servicio que corresponda, según el tipo de base de datos ofertada.

Tiene la consideración de *usuario*, aquél que, teniendo interés en conocer y consultar la información obrante en la base de datos, establece una relación contractual con el distribuidor para poder acceder a los contenidos en las condiciones y con los medios previamente pactados entre ambos. Sus obligaciones se centran en pagar el precio estipulado y utilizar la información para un fin personal o profesional. Además, viene obligado a utilizar correctamente el código o contraseña personal de acceso, para impedir el uso por personas no autorizadas.

Además la LPI regula una serie de *derechos y obligaciones de los usuarios legítimos*, junto a *excepciones al derecho “sui generis”*, entre las que cabe destacar:

- La prohibición de realizar actividades contrarias a la normal explotación de la base de datos, que lesionen los intereses del fabricante o los *derechos de autor*.

- El derecho de los usuarios legítimos a extraer o utilizar partes del contenido de la base de datos, siempre que se trate de partes *no sustanciales del contenido*.

- El derecho a extraer o reutilizar una parte sustancial del contenido, cuando se trate de bases de datos no electrónicas y siempre que se realice con fines privados, cuando se haga con fines docentes o investigación científica o cuando se lleve a cabo por motivos de seguridad pública o en el ámbito de un proceso administrativo o judicial.

3. Contenido del derecho «sui generis»

Este derecho otorga a sus titulares, es decir, a los fabricantes de las base de datos protegidas, la potestad de autorizar o prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o una parte sustancial de su contenido. La consideración de “sustancial” debe realizarse teniendo en cuenta tanto el volumen como la importancia de la parte extraída o reutilizada. Asimismo, se permite la transmisión de este derecho a favor de terceros, mediante cesión o licencia.

4. Plazos de protección del derecho «sui generis»

Frente al plazo de protección de 70 años que otorga la Ley de Propiedad Intelectual a las restantes creaciones artísticas – incluidos los programas de ordenador –, la duración de la protección se reduce a quince años cuando se trata de bases de datos. La reducción se justifica si se tiene en cuenta que el objetivo que se persigue con el reconocimiento de ese derecho “sui generis” es proteger y garantizar las inversiones realizadas para la gestación de las bases de datos.

Dada la dinamicidad que presentan estas creaciones y la permanente necesidad de actualización, puede ser necesario llevar a cabo nuevas inversiones, que habrán de ser nuevamente protegidas. Por tanto, la regulación prevé renovaciones periódicas del plazo de protección, cuando se trate de bases de datos en las que se produzcan modificaciones sustanciales de su contenido, o adiciones, supresiones o modificaciones que impliquen nuevos y elevados gastos.

La LPI extiende este sistema de protección a los fabricantes de bases de datos que sean nacionales o tengan su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión.

TEMA 10. LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA Y LOS DELITOS INFORMÁTICOS

Conviene precisar que sólo son *delitos informáticos* aquellas conductas ilícitas tipificadas como tales en las correspondientes leyes penales.

La denominación de *Delincuencia* o *Criminalidad informática*, al ser más genérica permite englobar las diferentes modalidades delictivas vinculadas con las nuevas tecnologías. Este tipo de delito se caracteriza por la dificultad que entraña su descubrimiento, persecución y prueba, debido a la propia vulnerabilidad de los sistemas y al elevado nivel de especialización que tienen los sujetos que los perpetran.

En España, hasta 1995, con la aprobación del nuevo Código Penal, había un vacío normativo para tipificar todos estos delitos como la destrucción de programas o datos, el acceso y la utilización indebida de información privada, la manipulación de equipos con ánimo de lucro... que pueden llegar a reportar grandes beneficios económicos y/o causar importantes daños materiales o morales. Pero rápidamente quedó en evidencia la dificultad de abarcar todas las lagunas en la materia debido a los incesantes cambios tecnológicos.

Otra dificultad añadida es el hecho de que muchas veces, los ilícitos se inician en un país y causan el perjuicio en otro diferente – los llamados *ciberdelitos*-, y se hace imposible su represión dada la falta de uniformidad de las legislaciones de los diferentes países. Una persecución y castigo eficaz de estos delitos requiere lograr una armonización internacional de los tipos penales, una adecuada cooperación policial, un correcto auxilio judicial y establecimiento de convenios de extradición.

Conviene señalar que en el Código Penal español no existe un Título específico dedicado a los *delitos informáticos*, por el contrario reseña la utilización de las tecnologías en disposiciones dedicadas a cada bien jurídico protegido, se reseña la utilización de las tecnologías de la información para la comisión de las conductas ilícitas. Así se tipifican por separado los ataques contra el Derecho a la intimidad, falsedades documentales, sabotaje informático, fraude informático, las infracciones a la propiedad intelectual, etc.

I. DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO

La doctrina jurídica entiende que el bien jurídico protegido no es la *intimidad* en el sentido amplio del término, sino más concretamente lo que podríamos denominar *esfera íntima o privacidad*, es decir aquellas informaciones o datos que el sujeto quiere y puede mantener fuera del alcance general.

Pueden ser sujetos activos de estos delitos cualquier persona física o jurídica, cuando las conductas son realizadas por autoridad, funcionario o agente o por profesionales sometidos al secreto profesional.

En el Código Penal se tipifican las siguientes intromisiones en el ámbito de la *intimidad* (cometidas, entre otros medios, a través de la utilización de la informática):

- Tipo básico. **Descubrimiento de secretos y vulneración de la intimidad**. Se han de dar los requisitos siguientes:

1. el apoderamiento de documentos (papeles, cartas, correos electrónicos), la interceptación de las comunicaciones o las imágenes, directamente o por mecanismos de escucha y/o grabación.
2. la falta de consentimiento del afectado, ya que el carácter de íntimo o secreto es determinado por el propio interesado. Por ello, tratándose de conversaciones telefónicas grabadas incluso con el conocimiento del sujeto, su posterior divulgación requiere autorización expresa.
3. que la finalidad sea descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro.

- También de tipo básico. **Apoderamiento, utilización y modificación de datos reservados de carácter personal y familiar**, concurriendo la falta de consentimiento, son conductas punibles tanto la apropiación e interceptación como el mero acceso a los datos, con lo que se está ampliando el ámbito de seguridad jurídica de los ciudadanos al tipificar como delitos conductas que implican abusos informáticos contra la *libertad informática* y cuya realización únicamente era castigada con anterioridad con una sanción administrativa en aplicación de la normativa sobre protección de datos.

- La **Intrusión Informática**, a instancias de la Unión Europea se sancionarán aquellas *conductas que atenten contra la seguridad de los sistemas y las redes*, incluyendo en esa exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas (sociedades, empresas y asociaciones) por las posibles conductas realizadas por sus empleados.

Esta intrusión podrá tener dos modalidades:

- *El mero acceso no consentido*, para que se deriven consecuencias penales se exige la concurrencia de dos requisitos:

1. el *simple acceso* no autorizado o ilícito a sistemas informáticos ajenos, de forma directa o remota, obteniendo algún tipo de control sobre los procesos del sistema, con independencia de si se producen daños o no.
2. la vulneración de medidas de seguridad existentes, tanto software como hardware (contraseñas de acceso, firewall, Spyware, etc.)

- El hecho de *permanecer dentro del sistema*, tras haber tenido en el pasado acceso lícito pero que en la actualidad ha sido revocado.

- Tipo penal agravado. **Divulgación o revelación de lo descubierto**, se trata de un tipo penal agravado, al considerar que se produce un mayor menoscabo de la intimidad cuando, además del apoderamiento, manipulación y acceso se produce la divulgación o revelación. Por tanto la norma engloba dos supuestos:

- a. que el sujeto de forma ilícita acceda, se apodere, manipule documentos, imágenes, programas o datos, y los difunda, revele o ceda a terceros no autorizados.
- b. que el sujeto difunda, revele o ceda datos, relativos a la intimidad de otros, sin haber participado en el apoderamiento de ellos, pero conociendo su origen ilícito.

- Otro tipo agravado es cuando el apoderamiento, utilización, difusión o cesión sea realizado **por personas encargadas o responsables** de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros. La LOPD contempla el *deber de secreto* que obliga tanto al responsable del fichero como a los demás sujetos intervinientes en el tratamiento de datos, a imponer responsabilidades penales a todos aquellos que lo violen o quebranten.

- La normativa penal contempla dos situaciones que se consideran como agravantes del tipo básico que son:

- a. que el afectado sea un menor o un incapaz.
- b. que se afecten los datos sensibles o especialmente protegidos por la LOPD.

La norma dispone que son de aplicación los preceptos anteriores cuando resultan afectados los **datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes**, lo que supone atribuir relevancia jurídico-penal a la vulneración de la intimidad de las sociedades, asociaciones, etc., al menos en lo que se refiere a descubrimiento, revelación y cesión de sus datos.

II. DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO: ESTAFAS, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS

La informatización de las transacciones financieras, comerciales y bancarias y la generalización de los pagos a través de procedimientos electrónicos han dado lugar a la aparición de nuevas modalidades delictivas dentro del ámbito de los delitos económicos. Además, el gran desarrollo alcanzado en las redes de comunicación, que permiten una rápida transmisión de datos, facilita la comisión o realización de estos delitos.

La legislación actual incluye lo que podríamos llamar *fraudes o estafas informáticas*, al penalizar tanto las estafas realizadas a través de manipulaciones informáticas como la fabricación de programas o aplicaciones informáticas con esos fines.

La **estafa mediante manipulación informática** o Phising, se trata de un supuesto peculiar que se configura por la existencia de una *manipulación informática*, entendiéndose por tal tanto la introducción, alteración, borrado o supresión indebida de datos informáticos como la interferencia

ilícita en el funcionamiento de un programa o sistema informático, y que produce como resultado que el infractor transfiere de forma real y en perjuicio de terceros, un elemento patrimonial evaluable económicamente.

Las manipulaciones más usuales se producen mediante la introducción de datos falsos, alteración de programas informáticos o el uso de caballos de Troya, para hacer transferencias automáticas.

También supone una estafa la elaboración, difusión e incluso la mera tenencia de programas o aplicaciones que permitan la comisión de estafas, aun cuando no se hayan utilizado, siendo suficiente con que estén destinados a tal fin.

Dentro del apartado de los **fraudes**, nos encontramos que también se sanciona la realización de aquellas conexiones ilícitas que permitan realizar un aprovechamiento ilegítimo de las telecomunicaciones, es decir, se castiga el uso no autorizado de un terminal de telecomunicación (teléfono, fax, télex, correo electrónico) que pertenece a otro sujeto causándole, por tanto, un perjuicio económico.

Por lo que se refiere a la regulación del **Delito de Daños**, el Código Penal vigente tipifica los *daños informáticos* y el *sabotaje informático*, se recogen dos modalidades delictivas diferentes:

1. Causar daños a programas o documentos electrónicos mediante la destrucción o inutilización de su soporte físico o lógico, a fin de impedir el acceso a la información almacenada.
2. Obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de los sistemas informáticos ajenos: el sabotaje informático.

Se tipifica como delito el borrado, daño, deterioro o supresión que suponga **desaparición completa** y definitiva de los datos, programas o documentos que impida la recuperación íntegra de los mismos.

III. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El Derecho penal español protege el derecho a la propiedad intelectual (los derechos de autor) al sancionar a *“quien con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique en todo o en parte, las obras protegidas, sin autorización de los titulares de los derechos o de sus cesionarios”*.

La normativa se limita a sancionar las violaciones de los *derechos de explotación* (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de la obra), sin tomar en consideración los *derechos morales*, salvo que su vulneración tenga trascendencia económica. Es decir, la protección penal sólo se otorga si el titular de los derechos vulnerados ha sufrido o pudiera sufrir pérdidas económicas.

Conviene recordar que el Derecho español considera a los programas de ordenador como creaciones susceptibles de ser protegidas por el derecho a la propiedad intelectual, y por tanto estipula diferentes disposiciones del Código Penal si estos derechos son vulnerados.

Son objeto de protección penal tanto el *“programa fuente”* como el *“programa-objeto”*, la documentación preparatoria, la documentación técnica y los manuales de uso, así como las versiones sucesivas del programa y los programas derivados.

La copia no autorizada, la cesión gratuita a tercero o la instalación más allá de las posibilidades cubiertas por la licencia de uso son conductas sancionables que darán lugar a las correspondientes responsabilidades civiles.

Sin embargo, si esas mismas conductas (copia, instalación o utilización) se realizan con *“ánimo de lucro y en perjuicio de tercero”*, serán sancionables según las disposiciones previstas en el Código Penal.

En los últimos años la protección penal de los programas de ordenador se ha visto ampliada con la regulación que castiga la fabricación, importación, puesta en circulación o posesión de *“cualquier medio destinado a eliminar la protección técnica de los programas de ordenador”*. Se trata de impedir la creación y uso de dispositivos físicos o lógicos específicamente dirigidos a desproteger los mecanismos anti-copia incorporados en los programas de ordenador, con el fin de efectuar reproducciones, instalaciones o copias no autorizadas de los mismos.

Sin embargo, para que dichas conductas sean penalmente exigibles, el medio o dispositivo debe servir “específicamente” para ese fin de vulnerar la protección anti-copia y no incluir otras utilidades distintas.

Cuando haya condena por delitos contra la Propiedad Intelectual, se podrá publicar en periódicos oficiales (BOE, etc.), a costa del infractor.

IV. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIOS DE REALIZACIÓN DE OTROS TIPOS DELICTIVOS

Las normas penales también contemplan el uso de las TICs como instrumentos que sirven para la comisión de conductas delictivas, y, en este sentido, **lo que se castiga es el hecho** realizado (amenazar, falsificar...), con independencia del mecanismo utilizado para llevarlo a cabo.

Destacamos a continuación, aquellos delitos en los que la participación de instrumentos informáticos o telemáticos resulta más evidente:

A. Las falsedades

Falsificación de moneda, documentos públicos, oficiales, certificados, tarjetas de crédito, etc., que mediante instrumentos electrónicos o sistemas informáticos facilitan y mejoran los resultados que se obtendrían con la utilización de otros medios.

Se castiga por igual la realización de la conducta delictiva como el mero hecho de la posesión de aparatos electrónicos o informáticos, siempre que se utilicen específicamente con fines ilícitos.

B. Delitos contra el Honor

La protección penal del derecho al honor se articula mediante la regulación de los delitos de *Calumnias* e *Injurias*. Se considera *Calumnia* la imputación o atribución a una persona de un hecho delictivo a sabiendas de que es falso; las *Injurias* consisten en la imputación de hechos o la formulación de juicios de valor despectivos respecto a un sujeto, que lesionan su dignidad y perjudican su fama.

Las sanciones son diferentes según que las calumnias e injurias se hagan con o sin publicidad, implicando este hecho un agravante en la tipificación de la conducta.

Cabe entenderse que los medios informáticos entran en esta categoría (redes informáticas de difusión, públicas o privadas, correo electrónico, redes sociales, etc).

C. Pornografía infantil

Este tipo de conductas se han visto aumentadas en los últimos años con el uso generalizado de las TICs. El Código Penal castiga la difusión y exhibición, *a través de cualquier medio directo*, ya sea el correo electrónico, la mensajería instantánea o redes sociales, de material pornográfico en el que aparezcan menores o discapacitados.

En concreto sanciona:

1. la utilización de menores e incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y la elaboración en **cualquier soporte** de material pornográfico.

2. la producción, venta, distribución o exhibición **por cualquier medio** de material pornográfico en el que se utilicen menores.

En ambos casos, la utilización de las Redes sociales, para la obtención del material, el uso de programas informáticos para su manipulación así como de Internet para lograr su difusión, exhibición y venta, son instrumentos que indudablemente favorecen y facilitan la realización de esas conductas.