

DOSSIER PRÁCTICO
FRANCIS LEFEBVRE

Fiscalidad
del comercio
electrónico

IRPF
IVA
No Residentes
Impuesto sobre Sociedades

ACTUALIZADO: MAYO DE 2001

El presente Dossier es el fruto
de un estudio cedido a
Ediciones Francis Lefebvre
por los siguientes autores:

D. JOSÉ ANTONIO BUSTOS BUIZA
(Licenciado en Derecho)

D. IGNACIO FRAISERO ARANGUREN
(Licenciado en Empresariales)

D. FRANCISCO LUIS NIETO ALTUZARRA
(Licenciado en Derecho)

D. JAVIER SÁNCHEZ GALLARDO
(Economista)

D. FRANCISCO JAVIER SEJO PÉREZ
(Licenciado en Derecho)

Aspectos mercantiles:

D. JOSÉ CARLOS ERDOZAIN LÓPEZ
(Abogado. Departamento de Propiedad Industrial,
Intelectual y Tecnologías. Gómez Acebo & Pombo, Abogados)

SUMARIO

	nº marginal
PARTE I. ASPECTOS MERCANTILES	
Capítulo 1: Entorno contractual digital. Principios de validación contractual	100
Capítulo 2: Firma electrónica. Derecho electrónico contractual y de obligación	250
Capítulo 3: Controversias en España. Jurisdicción competente	450
PARTE II. PRINCIPIOS TRIBUTARIOS GENERALES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	
Capítulo 1: La fiscalidad y las nuevas tecnologías. Tributación del comercio electrónico: aspectos generales	1000
Capítulo 2: Residencia fiscal en España y comercio electrónico	1150
Capítulo 3: El concepto de establecimiento permanente y el comercio electrónico	1500
Capítulo 4: Precios de transferencia	1800
Capítulo 5: Normativa fiscal específica sobre el comercio electrónico	2300
Capítulo 6: La Administración tributaria española y las nuevas tecnologías	3100
PARTE III. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES MÁS HABITUALES EN EL ÁMBITO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	
Capítulo 1: Teletrabajo	3700
Capítulo 2: Compra o alquiler de bienes tangibles	3850
Capítulo 3: Descarga de productos digitalizados	4550
Capítulo 4: Compra de productos digitalizados para su explotación ...	5100
Capítulo 5: Hosting	5400
Capítulo 6: Contratos complejos	5550
Capítulo 7: Hospedaje de páginas web	5800
Capítulo 8: Almacenaje de datos	6000
Capítulo 9: Publicidad	6200
Capítulo 10: Asesoramiento profesional	6500
Capítulo 11: Suministro de información	6700
Capítulo 12: Suscripción de acceso a sitios interactivos	6800

	nº marginal
Capítulo 13: Portales de compra	7000
Capítulo 14: Subastas	7200
Capítulo 15: Contratos de conexión a la red	7400
Capítulo 16: Nombres de dominio	7600
Capítulo 17: Otras operaciones a través de Internet	7700

ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CCom	Código de Comercio
CDI	Convenio de doble imposición
CE	Comunidad Europea
Circ	Circular
Const	Constitución Española
DGT	Dirección General de Tributos
Dir	Directiva
DL	Decreto Ley
DLeg	Decreto Legislativo
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EP	Establecimiento permanente
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
IGIC	Impuesto General Indirecto Canario
Instr	Instrucción
IP	Impuesto sobre el Patrimonio
IRNR	Impuesto sobre la Renta de No Residentes
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
IS	Impuesto sobre Sociedades
ITP y AJD	Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT	Ley General Tributaria
LIP	Ley del Impuesto sobre el Patrimonio
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LIS	Ley del Impuesto sobre Sociedades
LITP	Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
LIVA	Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido
LP	Ley de Patentes
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LO	Ley Orgánica
LRJPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MH	Ministerio de Hacienda
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OM	Orden Ministerial
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Resol	Resolución
RGI	Reglamento General de la Inspección de los Tributos
RIRNR	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes
RIRPF	Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
RIS	Reglamento del Impuesto sobre Sociedades
RITP	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales
RIVA	Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido
TEAC	Tribunal Económico-Administrativo Central
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

PARTE I

**Aspectos
mercantiles**

CAPÍTULO 1

El entorno contractual digital (1). Principios de validación contractual

SUMARIO

Cuestiones generales.....	102
Inversión del principio tradicional de presencia simultánea de las partes.....	120
Establecimiento de un derecho de obligaciones común.....	130
Normas de protección del consumidor.....	160
Validación de la identidad de los contratantes.....	175
Eficacia y validez de los documentos digitales.....	185

100

Cuestiones generales Una de las características fundamentales del comercio electrónico consiste en la ausencia de una **relación física** directa entre los contratantes. La revolución fundamental que conlleva Internet reside precisamente en la facilidad a la hora de contratar, en la medida en que no es preciso que las partes contratantes estén presentes para que el contrato o el acuerdo a que lleguen tenga plena validez y eficacia jurídicas. A diferencia, pues, de lo que ha ocurrido en el pasado (y aún ocurre, ciertamente), los intercambios de bienes y servicios, la contratación, tienen lugar sin la presencia física simultánea de las partes.

102

Esta circunstancia de orden fáctico ha sido propiciada por exigencias funcionales de la contratación. Asistimos hoy en día a una avalancha de contratación, a una multiplicación sin límite del número de contratos que las necesidades del mercado exige. En una sociedad de masas como es la actual en las sociedades occidentales, las necesidades de consumo del público son tan elevadas que difícilmente podría darse curso funcional a las mismas sin recurrir a una específica dinámica contractual, basada en un factor estructural (referido al **canal** a través del cual se manifiestan las voluntades de las partes contratantes) y en un factor de orden objetivo (relativo al **modo** a través del cual los efectos iniciales de la contratación adquieren plena eficacia y validez jurídicas). Lo primero se refiere a Internet, que no es más que un conjunto de ordenadores entrelazados por medio telemáticos. Lo segundo es la respuesta jurídica peculiar que exige el medio telemático para los contratos y actos celebrados a través de Internet. Al entorno contractual erigido sobre estos dos factores lo vamos a denominar **entorno digital**.

Pero junto al anterior, existe otro elemento de orden fáctico que conviene tener presente para tener una idea más precisa del fenómeno Internet. En efecto, existe un elemento invariable en el comercio electrónico si lo comparamos con el comercio tradicional. Ese elemento se refiere a la contratación que tiene por objeto determinados objetos que, o bien por su valor intrínseco, o bien por el régimen de publicidad y de seguridad a que necesariamente han de verse sometidos, han de escapar a la normativa usual aplicable al resto de contratación electrónica. Son supuestos de contratación que tienen por objeto inmuebles, herencias (contratos sobre herencia futura allá donde estén permitidos), especiales derechos reales (tales como hipotecas, derechos de superficie) y cualesquiera otros en los que por

105

ley deba intervenir un fedatario público, o bien aquellos en los que se creen garantías distintas de las personales (2). Lógicamente, en estos supuestos parece aconsejable **aumentar las cautelas jurídicas** respecto del modo en el que los contratos son concluidos y las personas que en ellos intervienen (3), sin que ello suponga una merma de las posibilidades de aplicar a esta contratación también todas las ventajas y bondades del diseño legal establecido para el comercio electrónico (4). No parece siquiera que la futura legislación sobre comercio electrónico tenga la intención de dejar al margen de regulación, por principio, la actividad desarrollada por fedatarios públicos.

- 110** Así pues, una primera conclusión es que el modo de contratación masivo existente en la actualidad requiere de una forma y de una dinámica contractual que permita, que facilite y que al mismo tiempo asegure de manera razonable la **validación jurídica** de las declaraciones emitidas por las partes.

Todas estas circunstancias deben tener como consecuencia una variación de los esquemas contractuales que han sostenido el derecho de obligaciones en lo que se refiere a la forma de prestación y de plasmación del **consentimiento** y al momento en el que se entiende **perfeccionado el contrato**.

- 112** **PRECISIONES** Téngase en cuenta que, muy probablemente, los esquemas contractuales previstos en el Código Civil y en el Código de Comercio tenían como referencia estructural la **cercanía** espacial y temporal de las partes. Esto es acaso más perceptible en el Código Civil que en el Código de Comercio, donde la determinación del momento en el que se entiende que el empresario ha tenido conocimiento de la emisión de voluntad de su contraparte es mucho más flexible que en el ámbito de lo civil (5). A nuestro juicio, tanto de un texto legal como del otro se desprende, en mayor o menor medida, una necesidad ontológica de que las partes emitan **oferta y aceptación** dentro de una limitación espacio-temporal. Las partes han de manifestar su voluntad de contratar en un entorno cercano de presencia física simultánea, con lo que, consecuentemente, las partes tienen un conocimiento acerca del objeto sobre el que versa su contratación y sobre el carácter con que cada una de ellas participa (por ejemplo, si aparentemente tiene capacidad para contratar, si tiene un poder para vincular contractualmente a tercero, o si, sencillamente, es quien dice ser). Asimismo, las partes normalmente no retrasan temporalmente la perfección del contrato: el contrato suele ser de **inmediata conclusión**, sin que quede diferido en el tiempo o pendiente de cumplimiento de un acontecimiento temporal determinado para su efectiva exigibilidad (6). El acuerdo de voluntades que genera el contrato y, por consiguiente, el derecho a exigir una prestación y la obligación de realizar la prestación debida, descansan estructuralmente en la inmediación espacio-temporal.

- 115** Aunque, evidentemente, tanto en la contratación civil como en la mercantil se admite la posibilidad de la **contratación a distancia**, lo cierto es que solamente en la actualidad, únicamente cuando la contratación en masa se convierte en elemento imprescindible del tráfico económico, es cuando parece haberse invertido la estructura contractual tradicional y haber sido sustituida por otra en la que las partes contratan, intercambian sus voluntades, sin que la proximidad física o temporal constituyan elementos axiomáticos de la contratación. Antes bien, el fenómeno actual de la contratación aparece vinculado a una idea alejada de la necesidad de que las partes deban estar presentes en el momento de la contratación (piénsese, por ejemplo, en la contratación de valores en bolsa), y que oferta y aceptación deban prestarse o intercambiarse de modo inmediato. O dicho con otras palabras: en el momento actual, y con mayor motivo, en el futuro, la contratación a distancia cobra una importancia absoluta, creando un escenario peculiar

que requiere de la adopción de unos principios jurídicos que faciliten y al mismo tiempo aseguren la perfección de contratos entre las partes.

Todo lo anterior exige, pues, el esbozo de una serie de principios sobre los que validar el modelo contractual funcionalmente más idóneo para el tipo de exigencias modernas.

Inversión del principio tradicional de presencia simultánea de las partes 120

Las estructuras contractuales tradicionales se apoyaban en la contratación simultánea como regla, siendo la contratación a distancia la excepción. Esto no significa que este último tipo no tuviese consecuencias jurídicas, sino sólo que no era el modo usual de concluir contratos.

En la actualidad, la producción legislativa se preocupa mayoritariamente por regular los aspectos usuales de la contratación **sin presencia física** de las partes a través de un medio concreto como es Internet (7). La percepción del legislador comunitario es que en el futuro las relaciones contractuales que se desarrollen en el mercado tendrán como escenario la falta de presencia simultánea de las partes y la posibilidad de que los consumidores puedan revocar o retractarse del contrato ya concluido en determinadas circunstancias [cfr. Propuesta de Directiva sobre servicios financieros a distancia art.4 (8)]. Ello obligará a que el **consumidor**, en cuanto parte contractual potencialmente más débil deba ser **informado** exhaustivamente de cuantos detalles y aspectos de la negociación sean necesarios para que se conforme debidamente su voluntad (cfr. Directiva sobre Comercio Electrónico art.5, 6 y 7).

Esa legislación tiene como objetivo el facilitar al consumidor los elementos de hecho necesarios para formarse una opinión contractual que exteriorice a través de su voluntad. Por ejemplo, la Directiva sobre el Comercio Electrónico señala como aspectos fundamentales los siguientes entre otros:

- Si el prestador de servicios está inscrito en un **registro mercantil** u otro similar;
- Si una determinada actividad está sometida a un régimen de **autorización**, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente;
- Si el prestador de servicios ejerce una actividad gravada por el **Impuesto sobre el Valor Añadido**, el número de identificación a que hace referencia la Sexta Directiva 77/388/CEE art.22.
- Identificación clara de la **comunicación comercial** como tal;
- Identificación clara de la **persona** física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales;
- Si existen **ofertas promocionales** (descuentos, premios, regalos) y están permitidas en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, aquéllas deberán ser claramente identificables como tales;
- Si se ofrecen **concursos o juegos** promocionales y están permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación, además de ser fácilmente accesibles y presentarse de manera clara e inequívoca.

Establecimiento de un derecho de obligaciones común 130

En los últimos años ha sobresalido una línea de pensamiento que propugna la unificación del Derecho civil patrimonial y del Derecho mercantil contractual en una **única disciplina** que regule uniformemente los aspectos patrimoniales de las relaciones contractuales entre las partes en el mercado (9).

A pesar de que no faltan las voces disconformes, que niegan la institucionalización de lo que ellos definen como invasión por parte del Derecho mercantil en una esfera típica y tradicionalmente civil, en la actualidad se tiende a enjuiciar de modo favorable el **tratamiento uniforme** y similar para determinadas instituciones vigentes en cada disciplina. Todo ello, naturalmente, sin minusvalorar la gran importancia que el Derecho civil ha tenido y todavía tiene en la estructuración de las formas contractuales (por ejemplo, en lo que se refiere a la definición de obligación, de facultad, etc.) frente a un Derecho mercantil que no oculta su vocación más particular (10).

En esa dinámica de unificación la Comunidad Europea viene legislando para conseguir no sólo un espacio económico único, sino también un área jurídica uniforme. En consecuencia, no es nueva la idea de crear un **Código único de obligaciones y contratos** en el ámbito de la Europa comunitaria en el que se aglutinaran todos los principios comunes en materia de contratación o de Derecho patrimonial.

135

PRECISIONES A este respecto, es necesario referirse al Convenio de Pavía, celebrado en dicha ciudad a principios de los años 90 (11).

En aquel momento ya se veía como una necesidad histórica la de proceder a la redacción de un código sobre obligaciones y contratos. El problema principal residía, no obstante, en la elección de los medios para su aprobación final. Prácticamente, desde el principio se pensó que la directiva no resultaría el instrumento jurídico más idóneo en la medida en que la directiva obliga a los Estados miembros a la consecución de un resultado, configurándose, por consiguiente, como una obligación de mínimos que puede ser libremente ampliada por los Estados miembros. Esto posiblemente creara espacios de diferencia entre la regulación finalmente adoptada por unos Estados y por otros. Además, y consecuentemente, la redacción final del código podría variar puesto que mientras que el espíritu de la directiva fuese salvaguardado los Estados miembros no habrían incurrido en incumplimiento de su obligación de transposición a derecho interno. Indudablemente, las diferencias de redacción llevarían a las de interpretación, con el peligro lógico de que un mismo problema o situación jurídicas recibiesen un distinto tratamiento por parte de los tribunales.

Por todo ello, se optó por la redacción de un código tal y como existían en los países de tradición continental.

El objetivo de redactar un código no debe extrañar, en la medida en que el principio de autonomía privada era común a todos los Estados miembros, y que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de dichos Estados descansan en principios de base romanista. Sin embargo, fue precisamente en este punto donde asomaron las principales divergencias, advirtiéndose que el common law nunca había sido objeto de codificación pese a su proximidad teórica a los códigos continentales.

Finalmente, se llegó al consenso de que era más apropiado partir de un código existente antes que redactar uno ex novo, eligiéndose a tal efecto el Código civil italiano de 1942.

Junto a estos esfuerzos, es preciso referirse a la **Comisión Internacional del Derecho contractual europeo** que trabaja en el seno de la Comisión Europea en la que se propugna la unificación del derecho europeo en materia de obligaciones y en la responsabilidad de los fabricantes por los productos destinados al consumo (12).

Sin embargo, a pesar de todos los esfuerzos y del consenso conseguido, el futuro código de obligaciones europeo ha quedado ciertamente olvidado. Quizás a razones de estricto orden jurídico (13), haya que añadir motivos políticos (14). Desde principios de los años 90 no ha vuelto a retomarse el proceso de redacción de un único código unificador de vocación europea.

145

Si se observa la evolución del Derecho comunitario en materia de **responsabilidad**, contractual o extracontractual (15), cada vez son más numerosas las directivas y los reglamentos que tienden a delimitar la responsabilidad de los intervinientes en

el mercado que con su actuación pueden causar algún tipo de daño e incurrir en responsabilidad (16), o el cauce jurisdiccional en que se puede hacer exigible más rápidamente esa responsabilidad concreta o cualquier otra, en general (Reglamento (CE) 1348/2000, del Consejo de 29-5-2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (17)).

A nuestro juicio, este movimiento regulador demuestra claramente que la tendencia unificadora del Derecho patrimonial, visto desde su vertiente de responsabilidad, ha basculado del intento de redactar un código uniforme, a la evidencia de adoptar una regulación amplia, sectorial, pero no por ello diverso. Las más modernas directivas en materia de comercio electrónico tienen como finalidad, precisamente, la de ofrecer un marco normativo claro sobre las responsabilidades de los intervinientes en el mercado (cfr. Directiva, dedicado a la responsabilidad de las entidades de certificación en materia de firma electrónica art.6; Directiva sobre el Comercio Electrónico en materia de información a ofrecer a los consumidores art.5, 6 y 7; Libro Verde sobre la responsabilidad civil por productos defectuosos).

Dialéctica entre empresario y consumidor Esa unificación sectorial en materia de responsabilidad lleva a que la dialéctica contractual tenga como protagonistas a oferente y a público consumidor en general. Es la persona que ofrece productos o servicios en masa quien muestra su voluntad de querer establecer relaciones obligaciones de contenido económico con otros, que aceptarán o modificarán la oferta primeramente efectuada, en función de criterios selectivos de segundo nivel (factores que entran dentro del concepto de segmentación de la oferta). La regulación entre particulares no es que no exista, sino que pierde importancia en relación con la contratación en masa, con la contratación a distancia.

Mas esta pérdida de importancia cuantitativa no debe llevar a pensar que su regulación jurídica ha de ser distinta cualitativamente. Antes bien, la transformación del medio a través del cual los negocios se concluyen, y la manifestación masiva que presenta la **contratación telemática**, nunca debería forzar al establecimiento de reglas distintas, puesto que el deber/derecho de información, así como el conjunto de elementos necesarios para que la voluntad contractual se forme debidamente (existencia de objeto, ausencia de error, intimidación, reglas de capacidad etc.) es consustancial a cualquier tipo de contratación.

La dialéctica contractual típica en la actualidad y en el futuro es la que tiene lugar entre el oferente y el público a través de **canales de comunicación telemáticos**. Este cambio únicamente explica la modificación de las exigencias apriorísticas de información entre las partes y de responsabilidad (como argumento a posteriori) por incumplimiento de esos deberes/derechos de información (relativas a la identificación de las partes, al valor de prueba del documento digital, etc.). Pero, en ningún caso, deberían suponer un distanciamiento respecto de las reglas sustantivas aplicables a la contratación tradicional (relativas a la interpretación de los contratos, al nacimiento de las obligaciones, a la existencia misma de contrato), ni de la necesidad de un derecho patrimonial uniforme con independencia del carácter (civil o mercantil) con que aparezcan los intervinientes en el mercado.

Normas de protección del consumidor El hecho de que la dialéctica contractual se haya establecido en la actualidad entre oferente y público ha obligado a una revisión del principio tradicional de libertad de pacto a fin de proteger debidamente al consumidor en cuanto parte potencialmente más débil en la contrata-

150

155

160

ción. El clásico principio dispositivo, vigente en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico y geográfico, según el cual los privados pueden establecer todas las cláusulas que estimen convenientes salvo que sean contrarias a la ley o al orden público, decae y es sustituido progresivamente por un principio que podríamos denominar de **desigualdad contractual positiva**. Con esta consciente desigualdad, el legislador persigue el objetivo, en realidad, de crear un entorno jurídico más favorable a los intereses y necesidades de los usuarios, del público en general, y reducir, en la medida de lo posible, la distancia de desigualdad que naturalmente existía en los contratos de adhesión o dirigidos al público en general.

165 Dos son las razones que han movido al legislador a moderar el espíritu liberal de la regulación contractual y favorecer una visión más socializadora del Derecho. Por un lado, la necesidad de garantizar un espacio jurídico a los consumidores frente a **situaciones contractuales abusivas** por parte de los oferentes. En la contratación en masa se produce el fenómeno de la letra pequeña, de las condiciones generales abusivas que tratan de acentuar la distancia que normalmente separa a los contratantes, estableciendo reglas contractuales claramente favorecedoras de quien las establece. El alcance que pueden tener preceptos como el art.1288 del CC se muestra insuficiente, y el legislador procede a aprobar disposiciones generales con las que orientar las fuerzas del mercado y delinear las situaciones jurídicas contractuales consideradas como injustas por abusivas. En nuestro país, se aprueban, consecuentemente, la L 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios sobre protección de los consumidores; la L 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación, así como la L 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. De estas disposiciones es posible deducir los criterios de adecuación contractual para la conclusión de **contratos en masa**, considerándose nulas determinadas cláusulas como las que supeditan la conclusión del contrato a una condición cuya realización depende únicamente del profesional, entre otras (L 26/1984 disp.adic.1ª), o estableciéndose obligaciones de información y control (L 26/1984 art.8 y 10), algunas de ellas específicas de la venta a distancia (L 7/1996 art.39 y 40).

170 Téngase en cuenta, por otra parte, que el objeto de contratación en Internet resulta ser en su mayor parte bienes de consumo o de ocio (tales como libros, discos, viajes, etc.). Se trata, por definición, de **productos de consumo inmediato**, cuyo uso no suele tener un carácter sustituible para el usuario, puesto que éste ha mostrado su preferencia por el producto o servicio en cuestión en atención a sus cualidades intrínsecas, propias. No se admite fácticamente, por regla general, una sustitución de tal producto o servicio salvo que se trate de productos o servicios con prestaciones o cualidades similares, o salvo que se establezcan medidas voluntarias de satisfacción indemnizatoria.

Así pues, la moderna legislación sobre comercio electrónico tiene por objetivo establecer mecanismos de respuesta jurídica frente a situaciones en las que el usuario, a posteriori, una vez incluso mostrada su voluntad contractual en condiciones de ausencia de circunstancias que afecten a su normal formación, pueda **revocar su consentimiento** y, consecuentemente, todas las consecuencias jurídicas necesarias derivadas de la inicial voluntad de contratar. Se crea la figura de la **retractación**, caracterizada por el hecho de que una de las partes, el usuario, puede situarse en la misma posición contractual que tenía en el momento de quedar vinculado inicialmente, con la devolución propia de las prestaciones pactadas sin

coste para el usuario. Esta retractación tiene lugar por la sola voluntad del usuario, en el bien entendido de que su activación tiene lugar no por el hecho de que el contrato esté afectado de algún vicio de la voluntad, o que sea nulo por falta de algún requisito legal, o por el hecho de que su conclusión coloca a alguna de las partes en una situación de agravio económico pese a haber sido concluido lícitamente. Antes bien, se trata de un género diferente que está a disposición del usuario cuando éste considera que las consecuencias económicas de la contratación no se corresponden con la expectativa jurídica inicialmente propuesta por el oferente. La retractación, además, ha de tener un plazo de activación corto en la medida en que de lo contrario se estaría creando una situación de inseguridad sin correspondencia.

Validación de la identidad de los contratantes La característica fundamental que presenta el comercio electrónico es precisamente que tiene lugar sin que los contratantes concurren simultáneamente en un mismo lugar: sin que, por consiguiente, las partes deban estar presentes. Se trata en esencia de una contratación a distancia.

En un entorno de contratación en la que las partes no pueden identificarse por medios tradicionales (como, por ejemplo, un documento de identificación nacional o un pasaporte), y donde la **confianza** pasa a ser presupuesto básico de la contratación, parecía conveniente que cada una de las partes en un contrato o en un acto pudiese tener una razonable **seguridad** acerca de la identidad de la otra y del carácter en virtud del cual estuviere actuando. Téngase presente que en un medio en el que las posibilidades de actuar con efectos jurídicos y a nombre de otro (o simplemente en sustitución de otro) son ilimitadas, y en el que, por tanto, las posibilidades de fraude son mucho mayores de lo normal, era absolutamente imprescindible incluir un esquema de razonable seguridad que garantizase a aquellos que actuasen en el mercado virtual la razonable imposibilidad de que terceros no autorizados tuviesen acceso a los actos y contratos transmitidos sobre la base de que es, precisamente, en dicho entorno donde las posibilidades de fraude y utilización no autorizada son mayores.

Se trata, pues, de encontrar un sitio donde lo técnico, lo tecnológico y lo jurídico se funden en un solo orden de referencia de seguridad. Esa seguridad se consigue mediante el uso de la **firma electrónica** (ver n° 180).

Firma electrónica (RDL 14/1999 art.2) Una firma electrónica es un conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge. La firma electrónica es un **medio técnico** avanzado mediante el que se consigue el efecto o fin jurídico de **identificación** de las partes en un contrato.

El **objetivo** de la firma electrónica es doble: por un lado, identificar fehacientemente a los signatarios del mensaje enviado por medios telemáticos, de manera tal que no quepa duda a los intervinientes que cada uno de ellos es quien dice ser; por otro, permitir a los intervinientes en el acto o contrato transmitido tener la razonable seguridad de que ningún tercero no autorizado tiene acceso a dicho acto o contrato.

No se pierda de vista la circunstancia de que la seguridad que ofrece la firma electrónica será siempre razonable, tal y como se puede deducir de diversos preceptos del RDL 14/1999 art.14 y de la Directiva art.6. Evidentemente, lo que nunca se

175

180

podría haber exigido (porque ello sería irrealizable desde un punto de vista técnico), es garantizar una **seguridad absoluta** mediante una cobertura técnica que asegurase que en ningún momento y aplicando cualesquiera tecnología, un mensaje enviado por medios telemáticos no ha podido ser interceptado o enviado por quien no estaba autorizado a ello. La seguridad absoluta es un valor deseable pero irrealizable prácticamente en un entorno, como es el práctico, caracterizado por la contingencia. ¿Cómo podría exigirse una seguridad absoluta en ese entorno virtual cuando comúnmente asistimos a supuestos de representación aparente, de falsificación de cheques y documentos en general o a delitos o ilícitos civiles nacidos de la confianza y de la apariencia de alguno de los intervinientes en el acto en cuestión?

Por ese motivo, es por el que, en realidad, el ámbito de la responsabilidad siempre deberá ser subjetivo, delimitado por la diligencia de las partes, y por supuesto de la entidad de certificación, en asegurarse que la firma electrónica ha sido creada según los procedimientos seguros de creación y que las claves para ello han sido guardadas diligentemente. En consecuencia, el nivel de diligencia aplicable ha de ser siempre el de lo razonable de acuerdo con el estado técnico y tecnológico en cada momento (18).

185 Eficacia y validez de los documentos digitales El que las comunicaciones contractuales tengan lugar crecientemente en el entorno digital conlleva que el valor jurídico de tales comunicaciones deba equipararse al que tienen las comunicaciones en el entorno real o tradicional. Esta premisa es lógica si se piensa que la sustitución del **elemento físico** en las comunicaciones telemáticas es inevitable dado el intrínseco carácter inmaterial que poseen dichas comunicaciones.

Los mensajes no quedan incorporados a un elemento físico necesariamente, sino que quedan grabados, alojados en la memoria del servidor o del ordenador adoptados como elementos estructurales de la comunicación. En consecuencia, este modelo no significa que el mensaje comunicado sea perdido, sino que cambia el soporte necesario al que la comunicación se incorpora: ya no es algo tangible o físico, sino intangible e intrínsecamente visual. En cualquier caso, queda constancia del documento digital y de su contenido.

190 El problema surge cuando se contraponen el modelo digital descrito al entorno real en el que las formas físicas siguen teniendo una gran predominancia, y donde la validez y eficacia de determinados actos o contratos dependen no sólo de que exista un documento tangible en el que haya quedado descrita la voluntad de las partes, sino de que en la conformación de dicho documento haya intervenido un **fedatario público** (por ejemplo, las donaciones de bienes inmuebles o los apoderamientos). ¿Son igualmente válidos y eficaces los documentos digitales en tales casos? ¿Debe otorgárseles el mismo valor que un documento físico-tangible, cuando las posibilidades de manipulación del documento digital son infinitamente mayores que las de aquél?

En general, el legislador español ha optado por dar el mismo valor en cuanto a su eficacia y validez al documento digital que al incorporado a un soporte tangible [véase sobre todo el tenor literal del RDL 14/1999 art.3 (19)], mientras que la jurisprudencia ha basculado desde posiciones favorables (20), hasta otros casos en los que no valora la prueba consistente en un documento digital (21).

Evidentemente, subyace aquí el problema de la **prueba cualificada** de la producción de un acto o contrato. El legislador ha querido que en determinados supuestos exista un documento prevalente que actúe como prueba de que un acto o contrato ha tenido lugar en las máximas condiciones de legalidad. Las razones para esta decisión son diferentes: o bien por razón del tipo de bien que es objeto de transacción (por ejemplo, compraventa de bienes inmuebles), o bien por razón de las graves consecuencias legales que pueden derivarse del acto o contrato en cuestión (por ejemplo, los contratos celebrados en nombre y por cuenta de tercero en representación).

Mas parece aconsejable que en tales casos la validez y eficacia del documento digital no queden vedadas del todo. Ciertamente es que se trata de supuestos en los que se exige que la apariencia de buen derecho quede garantizada al máximo; en los que la seguridad del tráfico jurídico y económico requieren un *prius*, consistente en existencia de un tercero fiable que dé fe de la operación. Pero no lo es menos que el hecho de que el documento tenga una forma digital no debe impedir que éste despliegue absolutamente sus efectos y su validez. Lo digital se trataría de un elemento circunstancial, contingente. Lo decisivo es el hecho de la intervención del tercero fiable, la cual puede tener lugar tanto a presencia física de las partes, como recurriendo a técnicas que aseguren prácticamente de modo absoluto la identidad de las mismas (esto es, mediante el uso de la firma electrónica) (22). En conclusión, pues, puede afirmarse que el documento digital tiene prácticamente los mismos efectos y validez que el **documento físico**, sin que el solo hecho de que tenga una apariencia meramente visual o electrónica pueda determinar, en general, su inadmisión o que no se tenga en cuenta a los efectos probatorios oportunos.

Notas:

(1) Aparte de las menciones específicas que se haga a textos legales, valga como referencia la siguiente: Posición Común (CE) Núm 22/2000, aprobada por el Consejo el 28-2-2000, con vistas a la adopción de la Dir 2000/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de..., relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO C 128, de 8 de mayo); Dir 2000/31/CE, de 8 de junio, desarrollando la anterior (DO L 178, de 17 de julio); Resolución 29-3-2000, sobre la consulta formulada por la Asociación Española de Comercio Electrónico en orden a la interpretación del Real Decreto por el que se regula la contratación telefónica o electrónica, del Ministerio de Justicia; Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican las Dir 97/7/CE y 98/27/CE (DO C 177 E, de 27-6-2000); Dir 2000/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18-9-2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y sus ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades (DO L 275, de 27 de octubre).

(2) Véanse para más detalle art. 1 de la Dir 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8-6-2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico (en adelante, Directiva sobre el Comercio Electrónico, DOCE L 178/1) y art. 1 del Anteproyecto de Ley de Comercio Electrónico.

(3) Téngase en cuenta, por ejemplo, lo decisivo que supone el hecho de asegurarse el fedatario público de la capacidad de las partes para otorgar un determinado negocio. A este respecto, una de las primeras versiones del Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica preveía que las entidades de certificación pudieran evaluar la capacidad de obrar de las personas intervinientes en el contrato o acto de que se tratase. Afortunadamente, esta posibilidad desapareció en redacciones posteriores y del actual articulado del RDL 14/1999, de 17 de septiembre, por el que se regulan