

## 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. Entre las consecuencias de este evento, irrumpe con fuerza Internet. Son dos las normas que destacan especialmente:

- **Ley Modelo sobre Comercio Electrónico (Naciones Unidas)**: Se ofrece a los países como un texto normativo ejemplar para evaluar y modernizar aspectos de su propia normativa legal y sus prácticas contractuales relativas al empleo de la informática, en las relaciones comerciales.
- **Informe Bangemann (Unión Europea)**: Hace referencia a la revolución de las TIC, a la que define como nueva revolución industrial, basada en la información y que constituye un recurso que nos permite trabajar con la información en cualquier forma con independencia de distancia, tiempo y volumen.

En estos documentos se aprecia el giro producto de los avances tecnológicos en telecomunicaciones e informática, que permiten el acceso a todas las personas desde cualquier parte del mundo. Supone la desmaterialización y la descentralización de la información y sus fuentes. Los agentes políticos fomentan esta revolución, y su fruto es el nacimiento de una nueva sociedad (*Sociedad de la Información*).

#### B. ANÁLISIS APRIORÍSTICO SOBRE EL CONCEPTO DE INTERNET

El término Internet es la síntesis de *INTERconnected NETworks* (redes interconectadas). Acepciones:

1. Representa un nuevo medio de comunicación a distancia.
2. Es fruto de la combinación de tecnologías informáticas y de telecomunicaciones.
3. Es un “lugar” (mundo virtual) en el cual se navega, más que un medio de comunicación.
4. Permite el intercambio de ficheros y sus contenidos, y compartir recursos en general, lo cual supone la desmaterialización de la información y su comunicación a distancia a través de la red.
5. Red de carácter abierto y sin propietario.
6. Conjunto de aplicaciones para diversas funciones (web, e-mail, chat, videoconferencia...).
7. Es una “infraestructura informática”, ya que representa una plataforma desde la cual pueden practicarse una infinidad de aplicaciones y además permite la integración de las nuevas tecnologías.
8. Se asienta en el sistema de protocolos TCP/IP.
9. Se articula sobre una triple realidad: red, protocolos y servicios.
10. Representa un símbolo y estímulo de la denominada “Sociedad de la Información”.

#### C. DEFINICIONES Y FUNCIONAMIENTO

Se podría **definir** Internet como una infraestructura informática, asentada en un lenguaje técnico basado en el conjunto de protocolos TCP/IP, que permite la integración de las nuevas tecnologías electrónicas y de telecomunicaciones y que, a través de un conjunto de aplicaciones, permite acceder a variedad de servicios.

Definición del *Federal Networking Council* (FNC): Internet hace referencia a un sistema global de información que está relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global basado en el protocolo de Internet (IP), es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP, provee servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas.

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

#### 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, pues es una red global cuyas características principales son:

1. Red abierta y sin propietario.
2. Poder proporcionar servicios interactivos.
3. Ser internacional, mundial o global.
4. Integradora multitud de servicios y aplicaciones.
5. Permite la conclusión de contratos y su ejecución de forma íntegra en determinados supuestos.

**EDI**: dentro de la Ley Modelo de Comercio Electrónico se recogen varias acepciones: red cerrada con

propietario intercambio electrónico de datos, aplicación que puede practicarse dentro de internet (no recogida en ningún instrumento de la Unión Europea). Entonces, se trata de una red cerrada, con propietario, en la que las partes se encuentran identificadas. Está basada en un estándar tecnológico previamente aceptado por estas partes mediante el que se efectúan operaciones económicas con rapidez y seguridad. Aunque inicialmente lo empleaban empresas por su coste, está siendo sustituido por internet.

También se han experimentado en los últimos años redes cerradas dentro de internet, que emplean sus mismos protocolos, pero dan mayor seguridad en el ámbito empresarial: **Intranets y Extranets**.

### **III - UNA APROXIMACIÓN AL FENÓMENO CONTRACTUAL EN INTERNET**

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

Dentro de las más variadas páginas web de internet se encuentran multitud de actuaciones integradas dentro del fenómeno general de contratación privada: publicidad, informaciones más precisas, invitaciones a realizar ofertas y auténticas ofertas de productos y servicios.

Las ofertas deben tener detalladas las características de los productos o servicios con precios, y recoger de forma clara y visible los datos de identificación del prestador del servicio (titular de la página web), así como las condiciones generales de contratación si las hubiese.

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 el acuse de recibo al e-mail del comprador. Para ejecutarse el contrato se deberá entregar mediante los cauces tradicionales o de forma electrónica, dependiendo de la naturaleza del producto o servicio.

#### **B. BENEFICIOS QUE APORTA INTERNET A LA CONTRATACIÓN**

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

Causada por no necesitar intermediarios y la desaparición de los costes de distribución si el producto o servicio posee naturaleza inmaterial (entrega a través de Internet).

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

Debido al carácter global de Internet, existe una cantidad enorme de comerciantes en todo el mundo. Esto genera la posibilidad de comparar calidad/precio del producto o servicio deseado gracias a los *buscadores*.

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

En Internet el acceso a gran cantidad de información es rápido. En el ámbito comercial esta celeridad también abarca el fenómeno de la contratación privada:

- Informaciones precontractuales: carácter publicitario.
- Estrictamente contractuales: contenido obligatorio de las partes y las condiciones generales.
- Informaciones postcontractuales: atención continua al cliente (como actualizaciones).

##### **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 (globalización contractual). Pero esta cualidad plantea numerosos problemas en materia de derecho y jurisdicción aplicables a la contratación. También arrastra 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**

Internet elimina el problema de contratación en horarios determinados, estando continuamente abierto las 24 horas de los 365 días del año gracias a las webs comerciales.

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

Aparición de nuevos productos y profesionales, así como de un nuevo sector económico y laboral. En este nuevo sector económico las pequeñas y medianas empresas pueden actuar en igualdad de condiciones a las grandes empresas, lo que provoca la creación de empleo y del teletrabajo.

##### **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. Esto tiene varios aspectos negativos: evasión al control de los Estados y defraudar la tutela del consumidor. 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 propio 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. También hay que tener en cuenta los convenios internacionales de los que España sea parte.

## **2. Carácter transversal e interdisciplinariedad jurídica**

Cuando se hace referencia a estos aspectos, se pretende resaltar que la contratación practicada desde Internet involucra desde la perspectiva del derecho material a todas sus distintas vertientes. En contratación electrónica a menudo resulta difícil deslindar las fronteras correspondientes al derecho público y al privado (Derecho penal, Derecho fiscal, Derecho civil y/o mercantil).

Desde una perspectiva territorial pueden originarse dudas respecto a la aplicación de un determinado derecho material. Así, en nuestro ámbito pueden plantearse el dilema respecto a la aplicación del Derecho comunitario, interno e internacional.

Dentro del derecho privado van a surgir cuestiones tan variadas como las correspondientes a la intimidad, protección de datos personales, propiedad intelectual, imagen y honor, entre otros.

## **3. Problemas objetivamente vinculados a la relación contractual**

### a. La identificación de los contratantes

Debe existir el conocimiento de las identidades de los sujetos participantes en la contratación a distancia. De lo contrario pueden derivarse problemas posteriores como el telepago o el correcto envío del producto.

### b. Protección de los datos de carácter personal

Principalmente afecta a 2 aspectos: el pago mediante tarjeta bancaria; y la utilización indebida y no consentida de los datos personales de los sujetos contratantes.

### c. El uso de la informática como factor de estandarización

Es importante analizar el modo en que se recogen las cláusulas y condiciones generales en un contrato perfeccionado desde Internet (ej. formularios).

### d. Determinación del momento y lugar de perfección del contrato

La localización del lugar de nacimiento del contrato va a determinar la aplicación de una determinada normativa nacional, que incidirá en el instante en que se entiende concluido el contrato.

### e. El correcto envío del producto adquirido

Si el contrato es perfeccionado y ejecutado desde Internet el consumidor pierde el derecho a desistir o devolver el producto. Si sólo es perfeccionado a través de Internet, el consumidor sí tiene tales derechos.

### f. Telepago y seguridad en las transacciones

Para proteger los datos se recurre a sistemas de cifrado o a redes de carácter privado durante el instante en que se efectúa el pago.

### g. Derecho de prueba y valor de los documentos informáticos

El ordenamiento concede validez al contrato perfeccionado 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 defraudar los legítimos derechos de los consumidores: publicidad engañosa, spam, perfección de contratos a distancia, etc.

## **D. DISTINTOS MODOS DE CONTRATAR EN INTERNET**

Además de la contratación vía página web, existen otros supuestos: contrato por e-mail, chat o videoconferencia, subasta electrónica, contratos concluidos con firma electrónica. Todas estas modalidades tienen en común que su conclusión se realiza a través de la red.

Interesa señalar los sujetos que pueden tomar parte en la contratación a través de internet. La importancia de este hecho radica en la distinta calificación y régimen jurídico que corresponde al contrato según quienes sean las partes contractuales intervinientes. Si las partes contratantes son profesionales se hablará de contrato mercantil. Si se trata de particulares se estará en la esfera del Derecho civil. Cuando un particular contrata un bien o servicio con un profesional se habla de 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 2 cuestiones principales a plantearse:

1 Si siguen siendo válidas para los contratos telemáticos las normas que en materia contractual han 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. 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. Se debe reaccionar frente a estas situaciones mediante dos hipotéticas soluciones:

- **La regulación:** Producción de normas de ámbito general.
- **La autorregulación:** Libertad de las partes para establecer el contenido del contrato, mediante dos modalidades: soluciones previamente convenidas, o códigos de conducta.

En la actualidad se tiende a beneficiar a la regulación en perjuicio de la autorregulación, ya que, internacionalmente, es la tendencia de este tipo de contratos.

## 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” *Solo lectura*

El término aparece en Japón en los años 70 haciendo especial referencia al valor económico 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 y otros informes de la Unión Europea. 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 dentro de la historia de la economía, asentada en dos conceptos: **información** y **tecnología** (la denominada *era digital*). El informe Bangemann presenta un plan de acción para alcanzar esa *sociedad*, combinando fuerzas del sector público y privado. Tiene 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 con tres elementos: las redes (permiten la transmisión de información sin barreras temporales ni espaciales), los servicios básicos (permiten utilizar dichas redes: web, email, chats...) las aplicaciones (ofrecen soluciones específicas para usuarios: teletrabajo, educación a distancia, etc.).

#### 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 información adquiere un nuevo significado (económico y social) en la sociedad actual, fruto de la convergencia de las telecomunicaciones y la informática. Frente al informe Bangemann, en los materiales de la UE se diferencia, dentro de la sociedad de la información, entre:

- **Infraestructura:** parte física para crear los servicios y hacerlos llegar a los clientes. Formada por: sistemas componentes, redes y servicios asociados a sectores relevantes.
- **Servicios:** las aplicaciones de la sociedad de la información. Conjunto de actividades con unos contenidos propios practicables gracias al empleo de redes y servicios básicos (comercio electrónico, teletrabajo...).

#### 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:

→ **Internet** está definida dentro de los *servicios básicos de la sociedad de la información*. Representa el símbolo de la convergencia de los sectores de las telecomunicaciones y la informática. En otro ámbito más reducido estarían, las Intranets y Extranets, con la misma tecnología. EDI sería otra infraestructura de la sociedad de la información, de carácter cerrado, con protocolos privados y con 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. Estos servicios de la sociedad de la información aparecen en la normativa europea, y adquieren significado jurídico pleno.

#### 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 visión de la **Sociedad de la Información** es externa u objetiva: consiste en poner a disposición de la masa el acceso a una información cuantitativamente ilimitada. Por su parte, la **Sociedad del Conocimiento** es interna o subjetiva:

se refiere al aprovechamiento de dicha información que puede obtener el individuo.

La evolución hacia el conocimiento aprovechado por dicha sociedad presenta tres estadios:

1. El informático: permite una desmaterialización (formato papel) de la información.
2. Medios de comunicación asentados en redes digitales: permiten el acceso ilimitado a una información, cuasi instantáneo e internacional.
3. Los destinatarios: pueden elegir esta información y transformarla en contenido.

## II – COMERCIO ELECTRÓNICO

### A. ORIGEN DEL TÉRMINO *Solo lectura*

Surgió en los años 90 en EE. UU., también es llamado “e-commerce” o “comercio telemático”.

### B. DEFINICIÓN

Es un término cambiante e inmaduro, por lo que su análisis debe ser prudente.

La OMC lo define como: *el conjunto de actividades comerciales que son efectuadas mediante procedimientos electrónicos.*

Otros organismos, como la OCDE, lo definen como toda aquella actividad de intercambio generadora de valor para la empresa, sus proveedores o clientes, efectuada a través de las redes.

Queda delimitar qué medios y procedimientos son considerados “electrónicos”, en este aspecto la Guía para la incorporación de la Ley Modelo y la Directiva 2000/31/CE de la UE especifican que se tratarían de vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas (a distancia o no). También se recogen supuestos comerciales no contemplados en el tradicional, como son las subastas públicas o las relaciones en las que interviene la administración pública,

En cuanto a la normativa española, donde no existe una definición jurídica para CE, se acoge a las ya comentadas y adicionalmente a una titulada “Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico”. De la que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- 1/ consiste en la práctica de actividades comerciales mediante el procesamiento o la transmisión electrónica de datos;
- 2/ no es un fenómeno nuevo;
- 3/ comprende actividades comerciales con comunicación directa y a distancia, y sin comunicación directa;
- 4/ abarca actividades comerciales online, offline o híbridas;
- 5/ puede ser *directo* (todas las operaciones se realizan por vía electrónica) o *indirecto* (sólo una parte es realizada por medio electrónicos);
- 6/ Internet le ha aportado un mayor desarrollo y una ampliación de los sujetos que lo practican.

### D. COMERCIO ELECTRÓNICO E INTERNET

No todo lo que se realiza por **Internet** es **Comercio Electrónico** (jugar a juegos Online) y no todo **Comercio Electrónico** es realizado por **Internet** (un catálogo en CD-ROM). 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. Puede ser online u offline, perteneciendo solo el primero a la *Sociedad de la Información*.

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

- A) los sitios web sirven de escaparates comerciales,
- B) tiene un carácter abierto que lo hace accesible a cualquier usuario,
- C) su interactividad y comunicación bidireccional en las relaciones comerciales.

### E. POSIBLES CLASIFICACIONES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

- **Directo** e **Indirecto** dependiendo si toda la operación (orden, envío y pago) es hecha vía electrónica o no.
- Según las vías: **Tradicional** e **Internet**.
- Según los participantes tenemos: **B2B** (entre profesionales), **C2C** (entre particulares, también llamado P2P), **B2C** (profesional y particular), **B2A** (profesional y administración) o **C2A** (particular y administración).
- Teniendo en cuenta la presencia de la administración, podemos distinguir entre contrato **Público** y **Privado**.
- **Online** u **Offline**, dependiendo de si la entrega del producto es mediante métodos electrónicos o no.
- **Presencial** o a **distancia**, dependiendo si las partes están físicamente presentes, o no están.

## 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*, definidos como: *los servicios prestados normalmente a cambio de remuneración,* <sup>1</sup>



a distancia (sin que las partes estén presentes), <sup>2</sup> por vía electrónica (se utilizan equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos) y <sup>3</sup> a petición individual (del destinatario).

En definitiva, están reguladas por la Directiva:

1. Venta de bienes y prestación de servicios.
2. Las actividades precontractuales que se realizan desde una página Web.
3. Algunos servicios no remunerados en línea como comunicaciones comerciales y los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.
4. El uso de correo electrónico por profesionales con una finalidad contractual directa (envío de ofertas) o indirecta (envío de comunicaciones comerciales).
5. El servicio dirigido a facilitar el acceso a la red y/o albergar contenidos del destinatario.

No se aplica a: ejercicio de la autoridad pública de notarios y similares, defensa de un cliente ante los tribunales, juegos de azar y apuestas y tratamiento de datos personales.

## **Tema 3 - CONCEPTO, VALIDEZ Y CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS VIA INTERNET**

### **I – CONCEPTO DE CONTRATO REALIZADO A TRAVÉS DE INTERNET**

#### **A. DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS DENOMINACIONES**

##### **1. Contrato informático**

Es aquel cuyo objeto es de naturaleza informática. Cuando se trate de un bien, cabe la acepción de aplicar la denominación genéricamente al contrato que tenga por objeto un bien informático, sea de naturaleza material o inmaterial (ej.: la compra de un ordenador sería un contrato informático), sin restringirlo más.

##### **2. Contrato electrónico**

Contratos 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.

En cambio, en la ley española 34/2002, se entiende por tal 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. La contratación operada por fax o télex parece quedar excluida porque la comunicación por estos medios no constituye un servicio de la sociedad de la información.

El adjetivo electrónico reduce su aplicación a la existencia de tratamiento o almacenamiento de datos, y esto no lo hace ni el fax ni el télex, pero en sentido genérico también serían contratos electrónicos.

##### **3. Contrato telemático**

Se trata de un contrato electrónico perfeccionado a distancia, mediante medios de procesamiento y envío de datos, siendo accesibles sus contenidos sin necesidad de reproducirse sobre papel. Quedan excluidos los contratos concluidos mediante fax o télex. Un ejemplo pueden ser los contratos concluidos mediante internet o intranet entre partes físicamente distantes.

##### **4. Contrato on-line**

Pueden señalarse dos acepciones: **1/** contrato perfeccionado en línea, **2/** contrato perfeccionado desde una web y practicable en masa (quedan excluidos los contratos mediante email, chat o videoconferencia).

Los servicios ofrecidos *offline* no serían calificados como contrato online, ni telemático, ni electrónico; pero si se clasificarían como contrato informático debido a su contenido.

##### **5. Contrato digital**

Contrato para cuya conclusión se haya usado la firma digital, en concreto a la firma electrónica avanzada en la jurisprudencia comunitaria Surge la duda de valorar como digital tanto si las partes están físicamente a distancia, como presentes. 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**

Se trata de un contrato electrónico, online cuyo objeto puede ser o no un bien o servicio informático que puede concluirse entre partes que están o no presentes, si es entre partes no presentes será telemático, y 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 su parte la ley

34/2002 española, 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. Exige que oferta y aceptación viajen a través de internet.

La aceptación contractual debe ser emitida, expedida, recibida o conocida a través de internet. De este concepto amplio se derivan dos importantes consecuencias:

1. Se aplicará la normativa según sea civil, mercantil o con consumidores.
2. A pesar de la novedad técnica del medio por el cual se perfecciona el contrato, se está en presencia de un contrato más, peculiar en el sentido de que al menos la aceptación se realiza a través de un medio moderno de comunicación.

La novedad que presentan estos contratos respecto a los tradicionales es más de forma que de sustancia, se sustenta en un principio fundamental: la libertad contractual (de conclusión de contrato y de configuración interna del mismo).

### III - CRITERIOS CLASIFICATORIOS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS EN LA RED

#### A. POR EL MODO DE ALCANZARSE EL ACUERDO DESDE INTERNET

Cabe distinguir 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 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 ello, 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 prestador acepta el contrato (al igual que el consumidor) 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 los contratos que permiten también su ejecución enteramente desde la misma red (**contratos directos, puros o perfectos**) y otros que para su íntegro cumplimiento han de recurrir a los canales tradicionales, al menos para la entrega del bien adquirido (**contratos indirectos, impuros o imperfectos**), que lo será a pesar de que haya sido abonado también en línea.

#### C. DEPENDIENDO DE LOS SUJETOS PARTICIPANTES

No siendo este modo exclusivo de la contratación vía Internet. La distinta combinación de las partes contractuales ha dado lugar a la distinción entre: B2B (entre profesionales), C2C (entre particulares, también llamado P2P), B2C (profesional y particular), B2A (profesional y administración) o C2A (particular y administración). También se admite B2G y C2G como sinónimos de B2A y C2A respectivamente, siendo la *G* la correspondiente a *government* (*gobierno, administración*).

#### D. SEGÚN LA TÉCNICA EMPLEADA EN LA COMUNICACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

##### 1. Contratos celebrados desde una página web

Los contratos más numerosos perfeccionados por este medio son las compraventas de una infinidad de productos. Le siguen los contratos de prestación de servicios. El esquema seguido por las compraventas es:

- a) Se presenta un catálogo de productos con fotos y precios.
- b) El cliente indica comprar. Elige cantidades y productos hasta que termine (*cesta de compra*).
- c) Si decidimos terminar el contrato nos pide autenticarnos con la dirección de correo y la contraseña.
- d) Presentación de la *orden de compra* mostrando: datos del comprador, productos seleccionados, precio individual, total, y gastos de envío, forma de pago a escoger y condiciones generales de contratación.
- e) Confirmación en pantalla y/o por email.

En este proceso, al menos en dos ocasiones, el profesional suele ponerse en contacto por correo electrónico con el usuario (tras el registro y para el envío de los datos del pedido).

##### 2. Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia

Se trata de servicios de Internet, que permiten dialogar en privado, pudiendo servir de canal para concluir un contrato, aunque por lo general se utilizan para comunicaciones privadas en el entorno familiar y del ocio.

No constituye un canal idóneo para la contratación. Las partes deben conocerse previamente, y guiados por una confianza mutua se transmiten las declaraciones constitutivas del consentimiento contractual. Tiene escasa fuerza probatoria, equivalente a la concluida verbalmente de forma física o telefónica.

### 3. Contratos concluidos por medio de correo electrónico

Por correo electrónico ha de entenderse: todo mensaje de texto, voz, sonido o imagen; enviado a través de una red de comunicación pública que pueda almacenarse hasta que el receptor acceda al mismo (*asíncrono*).

El correo electrónico es un medio de comunicación entre partes físicamente distantes, económico, rápido, personal y asíncrono. Por esto último no requiere una presencia simultánea de los sujetos que se comuniquen. Se aplica diferente régimen jurídico según el correo venga firmado electrónicamente o no.

### 4. Contratos celebrados a través de una subasta electrónica

A través de ellas las partes involucradas pueden llegar a la conclusión de contratos empleando el sistema de la subasta. Resulta posible gracias a la combinación de los siguientes elementos:

- El esquema contractual de la subasta. Suelen ser exclusivamente compra-ventas. El *vendedor* es el que promueve la subasta, el *subastador* el que proporciona el programa informático y los *licitadores* son el conjunto de sujetos interesados. Los objetos subastados se muestran en una web junto con su información y para participar es necesario registrarse en el servidor.
- El programa informático de subasta del prestador del servicio. Desarrolla la licitación, recoge las instrucciones y pasos, dirige la licitación obligando a los postores a aceptar las condiciones prefijadas por el vendedor y finaliza la subasta.
- La comunicación a través de correo electrónico. La comunicación que se produce entre el servidor y los participantes durante todo el proceso suele ser mediante correo electrónico.

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

La novedad aquí está en donde se va a situar el consentimiento (oral frente a escrito) y el documento electrónico (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 tres tipos:

- Contratos que no requieren de una forma determinada para su existencia.
- *Ad probationem*: aquellos que vienen recogidos en una determinada forma solo a efectos de prueba.
- *Ad substantiam*: contratos que requieren necesariamente de la presencia de una determinada forma.

Dentro de esta clasificación clásica es donde deben integrarse los diferentes tipos de contratos concluidos desde la red: contratos digitales (con firma electrónica avanzada), los perfeccionados desde una web de compra o subastas, los concluidos intercambiando correos electrónicos, y por último los nacidos de conversaciones mediante chat o videoconferencia.

## F. DESDE LA PERSPECTIVA DE SU CONSIDERACIÓN COMO CONTRATO CONCLUIDO EN TIEMPO REAL: PROBLEMÁTICA CLASIFICACIÓN DE CONTRATOS A DISTANCIA O ENTRE PARTES PRESENTES

Se distinguen entre contratos perfeccionados (o no) en tiempo real, es inherente a la comunicación a distancia. Con ello se puede analizar que técnicas o medios de comunicación a distancia (en particular qué técnicas de las utilizables desde internet) permiten una contratación de manera análoga a la presencia física de las partes. Si se da este caso desaparecerán problemas como la hipotética retirada de la aceptación.

## G. DE ACUERDO CON LA PRESENCIA O AUSENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Podemos distinguir entre dos tipos de contratos: contratos en masa o contratos individualizados (negociados). La presencia de condiciones generales va a vincularse de forma directa a la técnica empleada desde internet para la perfección del contrato. De esta forma, las condiciones generales son comunes cuando el contrato se alcanza desde una página web o subasta electrónica, pero no suelen estar presentes cuando se perfecciona mediante correo electrónico, chat o videoconferencia.

## Tema 4 - LAS PARTES DE LA CONTRATACIÓN EN INTERNET: EL EMPLEO DE FIRMAS ELECTRÓNICAS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

### I - EL CRITERIO SUBJETIVO DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Según las partes que intervengan se determina el régimen jurídico aplicable como:

- **Relación mercantil (B2B)**: Las partes son profesionales que interactúan dentro de su ámbito de actuación propio. Se le aplica el *Derecho mercantil*.
- **Relación civil (C2C)**: Los sujetos que perfeccionan el contrato lo hacen en el ámbito de sus relaciones



particulares. Se le aplica el *Derecho civil*.

- **Relación de consumo (B2C):** Una de las partes actúa como profesional y la otra como particular. Se le aplica la tutela de los consumidores. Se le aplica el *Derecho de consumo*.

Existen otras como B2A entre empresas y administraciones, C2A entre consumidores y administraciones, B2E entre empresas y empleados. Se les aplica el *Derecho administrativo o laboral*. No todas las posibles relaciones entre las distintas partes tendrán el calificativo de *contractual*, y en base a la naturaleza de las relaciones surgidas mediante de Internet, se aplicarán las normativas correspondientes.

## 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 distingue la presencia de dos partes, en las relaciones originadas en torno a los *servicios de la sociedad de la información*:

- **Prestador de servicios:** persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información. Se le denomina *prestador de servicios establecido* cuando es estable en el tiempo y en su instalación (refiriéndose al establecimiento real y físico).
- **Destinatario del servicio:** persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo.

La ley española traspone en su articulado todos estos preceptos tal cual. Cabe destacar que la normativa sobre comercio electrónico no se limita a la tutela del consumidor, sino que posee una vocación más amplia que afecta a especialmente a B2C y B2B, y no tanto a C2C.

### C. RÉGIMEN DE INFORMACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

La Directiva exige que el prestador de servicios proporcione la siguiente información tanto a los destinatarios como a la autoridad competente, exigencias mayores que en otros ámbitos, beneficiando a la contratación electrónica entre profesionales:

- Su nombre, dirección geográfica y correo electrónico de contacto.
- Datos de los posibles registros: mercantil o similar.
- Si su actividad necesita autorización, los datos de la autoridad supervisora.
- Si son profesiones reguladas, los datos del colegio profesional y/o similar.
- Si la actividad está gravada con IVA, el NIF.

La norma española añade la obligación de informar acerca de los códigos de conducta a los que el prestador esté adherido y como consultarlos. Añade, 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 define **consumidor** como: <sup>1</sup> cualquier persona física (excluye personas jurídicas), <sup>2</sup> que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión (propósito diferente al rol profesional que habitualmente desempeñe), <sup>3</sup> ligado al concepto de *profesional* (frente al consumidor, siempre habrá un sujeto que actúe con propósito comercial).

La Ley española define a los consumidores como "*aquellas personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*". Las consecuencias de esta divergencia de criterios pueden provocar problemas al ser el CE intrínsecamente internacional.

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

Como en la contratación por Internet no se hallan físicamente presentes las partes, esto puede acarrear problemas, como por ejemplo los asociados a la correcta identificación de las partes o la capacidad y presentación, como cuando intervengan menores. En todo caso desde el punto de vista de consentimiento, siguen vigentes las reglas del derecho privado.

Al prestador de servicios se le exige una identificación clara e inexcusable. El principal problema es la identificación del consumidor. En la práctica, el único modo posible es mediante un rastreo de IP, que no asegura la identidad del consumidor (éste puede anonimizar la conexión 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. La norma

española dicta que los contratos en los que intervenga 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 DE LAS PARTES

### A. CONTRATOS CELEBRADOS DESDE UNA PÁGINA WEB

El **prestador** no necesita ninguna autorización previa de las autoridades administrativas para participar en el fenómeno contractual en la red. Lo que si se le exige es información precisa sobre su persona y actividad.

Además de esta información, la Directiva exige al proveedor dar otro tipo de información:

- ◆ Artículo 10: información acerca de los diferentes pasos técnicos necesarios para la conclusión del contrato; si éste quedara registrado y la posibilidad de modificación; lenguas ofrecidas; códigos de conducta... El prestador siempre tendrá que informar de las **condiciones generales** del contrato, si quedarán almacenadas y si podrán ser reproducidas.
- ◆ Artículo 11: exige que el prestador acuse recibo del pedido del destinatario sin demora y por vía electrónica (excusable cuando es contrato entre profesionales).

Por su parte, el **destinatario** deberá proporcionar los datos exigidos en la hoja de pedidos (dependientes de la honestidad con que la rellene), usualmente, datos personales como nombre y apellidos, dirección completa y correo electrónico, y opcionalmente teléfono y NIF. Los posibles problemas fruto de su capacidad de contratar o 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 una página web. Así, se exige a los participantes en la subasta, ya sea como vendedores o como postores, que se inscriban previamente en un registro particular del servidor.

La ley española 34/2002 señala que será de aplicación, cuando se trate de una subasta cuya organización presente un beneficio económico (considerada "servicio de la sociedad de la información"), pero no cuando es entre particulares (fuera de su profesión, de forma privada por email y no dirigida al público en general).

La Directiva 2011/83/UE se aplica a las subastas realizadas por medios electrónicos, siempre que cumplan los requisitos expresos para ser considerada *servicio de la sociedad de la información*. Así la expresión "subasta pública" queda reservada en la directiva a aquellas que requieren la presencia física del comerciante y del consumidor. Por tanto, las subastas en línea no se consideran subastas públicas.

### C. CONTRATOS PERFECCIONADOS MEDIANTE CORREO ELECTRÓNICO

Existen diferentes supuestos referentes a este sistema de perfeccionamiento de contrato:

1. El contrato nace mediante la transmisión de la aceptación contractual a través de correo electrónico, con o sin firma electrónica, a la dirección recogida en una determinada página web, cuyo titular y prestador de servicios cumple con los requisitos de identificación.
2. Cuando al menos una de las partes de es un profesional, se aplicará la normativa de comercio electrónico, y los datos personales exigidos al prestador del servicio.
3. Los participantes son simples particulares y no estarán sujetos a la Directiva sobre comercio electrónico, y la identificación de las partes se basará en la buena fe de estas.

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 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

La utilización del chat como instrumento para manifestar una aceptación contractual seria, sólo tendrá lugar cuando ambas partes se conozcan previa e incluso físicamente, y además empleen un canal privado para tal fin. Esto es debido a la inseguridad que presenta este medio en cuanto al conocimiento de los datos personales de las partes intervinientes. De forma similar ocurre para la videoconferencia.

En el hipotético caso de que se use estos sistemas para una contratación dirigida al público en general (en masa), debería aplicarse la Directiva 2000/31/CE en lo que a *información general exigida* se refiere. En España su equivalente sería el artículo 10 de la Ley 34/2002.

## 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* (con *intervalo temporal*)

Partimos de dos clasificaciones: *formación instantánea* frente a *sucesiva* (*ex intervallo temporis*) y, por otro lado, *entre partes presentes o ausentes*.

Los contratos entre partes presentes serán los que se puedan concluir inmediatamente si las partes quisiesen o alargan la fase precontractual. Mientras que los contratos entre ausentes necesitan un intervalo de tiempo relevante para su formación (tiempo entre la emisión de la aceptación contractual y el conocimiento de esta del oferente, durante el cual se pueda retirar la aceptación).

- 1- **Contratos de formación instantánea.** Aquellos con las partes presentes (física o telemáticamente), sin actos precontractuales entre a la oferta y la aceptación y con intercambio de oferta/aceptación inmediata (sin plazo de reflexión).
- 2- **Contratos de formación *ex intervallo temporis*:** En los que la fase precontractual se dilata:
  - a) Contratos de formación sucesiva: Constan de actos precontractuales como fase previa a la oferta/aceptación.
  - b) Contratos entre partes ausentes: Debido a la ausencia de las partes, una vez tramitada oferta y aceptación hay un tiempo que las separa.
  - c) El oferente otorga al destinatario un plazo de reflexión para que le comunique su aceptación.

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

Dentro de la normativa española civil, un contrato entre partes no presentes se identifica con aquel en el que las partes al comunicarse la aceptación contractual no están presentes físicamente, o no disponen de un medio técnico que le permita una comunicación instantánea a distancia.

Para mayor protección de los consumidores, se ha visto alterada en la legislación europea y nacional, restringiendo el concepto de contrato a distancia a aquel que se perfecciona sin la presencia física simultánea (*presencia* carácter exclusivamente geográfico).

En los contratos a distancia para consumidores, se le concederá a éste un derecho de desistimiento del contrato durante un periodo temporal (ampliado de 7 a 14 días), desde la entrega del producto si es una compraventa, o desde el momento de celebración del contrato si es un servicio. De esta forma, pierde relevancia la determinación exacta del momento de perfección del contrato a distancia.

#### C. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS VIA INTERNET SEGUN SU PROCESO DE FORMACION

En la clasificación se aplica un criterio temporal, y no geográfico. Se distingue: contrato entre partes **ausentes** (hay intervalo entre la aceptación y el conocimiento de ésta por el oferente, lo que puede ser inherente al medio empleado) y **presentes** (no hay intervalo). Aplicando esta clasificación tenemos:

- 1) Un contrato concluido mediante chat o videoconferencia permite un **contrato de formación instantánea**, siempre que:
  - Entre las partes solo medie oferta y aceptación.
  - La oferta/aceptación sean transmitidas durante el mismo acto de comunicación.
  - El intercambio de la oferta/aceptación sea inmediato (sin plazo de reflexión).

En caso contrario se calificará como **de formación *ex intervallo temporis***.

- 2) Un contrato concluido a través de correo electrónico solamente puede calificarse de formación *ex intervallo temporis*, y dentro de esto, como un **contrato entre ausentes**.
- 3) La conclusión del contrato mediante subasta electrónica es un contrato *ex intervallo temporis* debido al esquemas de pujas.

#### F. EL CONTRATO A DISTANCIA Y EL CONTRATO ENTRE AUSENTES SON CATEGORIAS DIFERENTES

La actual normativa ha dotado a un **contrato a distancia** un significado distinto a uno **entre ausentes**, que está contenido en el primero. El primero es aquel en el que la transmisión de la aceptación tiene lugar entre partes que no se hallan físicamente presentes de forma simultánea, debe desvincularse del momento de nacimiento del contrato. No serían contratos entre ausentes, pero si a distancia, los que se concluyen, pese a encontrarse las partes físicamente distantes, mediante el empleo de un medio telemático que permita la comunicación instantánea (**contratos entre presentes**).

Inicialmente eran conceptos idénticos en la norma española, luego la normativa comunitaria los diferenció

dando al contrato a distancia su propio régimen jurídico ante la presencia de consumidores. En España, el régimen jurídico no solo se aplica a la tutela del consumidor, sino que incluye la contratación entre profesionales. Es decir, para las relaciones mercantiles también se distinguen, siempre que existan condiciones generales de contratación.

## II - MOMENTO Y LUGAR DE PERFECCIÓN DEL CONTRATO EN INTERNET

### A. RELEVANCIA JURIDICA DEL TEMA

Es importante determinar el **momento exacto** de nacimiento del contrato por varios motivos:

1. Representa la *entrada en vigor* del contrato, que une a las partes durante un período determinado, y convierte en exigibles las obligaciones contenidas en el mismo.
2. Ineficacia de la revocación de las ofertas o retirada de las aceptaciones.
3. Ineficacia de determinadas causas de extinción de las declaraciones contractuales.
4. Transmisión de los riesgos al adquiriente (propiedades u objetos).
5. Determinación exacta de la norma que rige en la relación contractual (en ese momento).
6. Cómputo de plazos a efectos de determinados derechos (*pe: de desistimiento*).

Asimismo, resulta fundamental localizar el **lugar exacto**, con el objetivo de determinar: A) la ley o norma aplicable, B) el fuero jurisdiccional competente para la resolución de conflictos C) y el lugar de cumplimiento de las obligaciones recogidas en el contrato.

### B. NORMATIVA APLICABLE

Se ha de tener en cuenta lo siguiente:

- 1) Puntualizaciones sobre obligaciones informativas previas y posteriores a la perfección del contrato, en concreto en la norma española los artículos sobre: *ley aplicable y lugar de celebración del contrato*.
- 2) Normativa comunitaria dirigida a la tutela de los consumidores en contratos a distancia, y las respectivas normas nacionales que la **trasponen**.
- 3) Las normas de derecho interno aplicables a la determinación del momento y lugar de nacimiento de los contratos dentro del Código Civil y de Comercio.
- 4) Normativas de carácter internacional, como la ley modelo UN sobre CE, el convenio de Viena... Aporta criterios determinantes del lugar y momento de nacimiento del contrato propios de los distintos ordenamientos nacionales, sin necesidad de proceder a la unificación de todos ellos.
- 5) En la unión europea, habrá de acudirse al reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, y al de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

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

En la norma española actual se ha producido una unificación en los criterios del momento y lugar del nacimiento del contrato en los ámbitos civil y mercantil. El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta y si son celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

En la práctica pueden distinguirse distintos supuestos:

- 1) Entre partes físicamente presentes, rige la teoría del conocimiento: nace en el momento y lugar en que se conoce la aceptación (lugar que coincide con el de la oferta).
- 2) Ex intervallo temporis por voluntad de las partes en el que se reencuentran las partes y se produce la aceptación por el destinatario de la oferta, ese será el momento del nacimiento y el lugar será en el que se produjo la oferta anteriormente.
- 3) Partes presentes, pero no geográficamente: nace cuando el oferente conoce la aceptación y el lugar es en el que se hizo la oferta inicial.
- 4) Partes física y temporalmente no presentes: nace cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación sin faltar a la buena fe y lugar, el de la oferta inicial.
- 5) Inicio de la ejecución del contrato sin necesidad de previa aceptación: el contrato nace en el momento en que el oferente tiene conocimiento del inicio de su ejecución y el lugar es donde se hizo la oferta.
- 6) Aunque quizás innecesaria, mediante dispositivos automáticos: "teoría de la emisión" como momento de nacimiento.

### D. LA REGULACION RECOGIDA EN LA DIRECTIVA 2000/31/CE SOBRE COMERCIO ELECTRONICO Y EN LA NORMA ESPAÑOLA DE TRANSPOSICION.

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 sobre el momento y lugar de los contratos concluidos de forma electrónica.

Artículo 10: (1) **Información** clara e inequívoca **exigida al prestador de servicios**: pasos técnicos para concluir el contrato, si quedará registrado, posibilidad de modificación, idiomas ofrecidos, (2) códigos de conducta y forma de consultarlos, (3) condiciones generales de manera que se puedan almacenar y reproducir... (4) Si se emplea correo electrónico, no aplicarán los puntos 1 y 2.

Artículo 11: regula la **realización del pedido** por vía electrónica. (1) Exige que el prestador acuse recibo, tanto recibo como acuse se considerarán recibidos cuando el destinatario tenga acceso a ellos. (2) El prestador de servicios pondrá a disposición del destinatario los medios técnicos que le permitan identificar y corregir, antes de realizar el pedido, los errores de introducción de datos. (3) Si se utiliza email no aplican los puntos 1.1 y 2.

## **2. Los artículos 26 a 29 de la 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 electrónica 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 servicio establecidos en España o en otro miembro de la UE.
- b) Artículo 27: Obligaciones previas a la contratación. Equivale al art.10 de la Directiva, añade una obligación informativa relativa al plazo de vigencia de las ofertas realizadas por vía electrónica, 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. Equivale al art.11 de la Directiva, y se centra en la finalidad del “acuse de recibo del pedido”, de mera información y 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.
- 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: Si interviene un consumidor, se presumirán celebrados en su lugar de residencia habitual; entre profesionales, en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

## **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 geográfica y físicamente, rige la teoría del conocimiento atenuada por el de la recepción (se presume la buena fe del destinatario de la aceptación).

La **aceptación** del contrato, si se origina del intercambio de mensajes individuales de correo, se presumirá que el destinatario tiene acceso a ella desde el momento en que el mensaje alcanza la dirección de destino, a no ser que pruebe que le ha sido imposible conocerlo sin mediar culpa suya.

Si es concluido desde una página web, mediante “clicado” en las sucesivas pantallas, a través de un programa informático, 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 por parte del aceptante.

En definitiva, la aceptación se considera conocida cuando se recibe en la dirección del oferente y le es accesible.

### **2. Lugar de nacimiento del contrato en Internet**

No resultarán útiles: la denominada “dirección electrónica”, así como el lugar en que se ubica el ordenador emisor de la oferta o el 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 a 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.

La determinación del lugar del contrato celebrado desde una página web queda delimitada por la directiva europea 2000/31, y 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

Cuando el contrato nace tras un procedimiento operado en el contexto de una web comercial, pueden señalarse algunas cuestiones o interrogantes, y extraer determinadas conclusiones específicas. Las características de estos tipos de contratos son: fruto de un plan individual al que la otra parte no hace más que adherirse, hay presentes determinados códigos de conducta. Se debe analizar el efecto que la publicidad y el CC puedan tener sobre el contenido del contrato, desde una perspectiva interpretativa o un papel más activo.

#### A. LA PRESENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Son contratos que siguen un procedimiento secuencial en el que la negociación de las cláusulas desaparece, o queda muy limitada. Dentro de los contratos operados desde Internet, los más relevantes son los *contratos en masa*, principalmente a través de una página web, o mediante subasta electrónica. Estos contratos se caracterizan por perfeccionar un contrato idéntico para multitud de personas, y por carecer de la etapa previa en la que se negocia el contenido contractual. En este contexto, las condiciones generales de contratación representan el instrumento de estandarización de las relaciones contractuales. El comprador deberá ser informado debidamente o deberá aceptarlas expresamente para que sean eficaces.

La regulación española distingue entre un régimen jurídico amplio, destinado a regular las “condiciones generales” dirigidas a la contratación general, y un régimen específico destinado a los consumidores, para “cláusulas abusivas”, las cuales podrían ser anuladas pese a la aceptación previa.

(artículo 5 ley española de condiciones generales de la contratación, apartado 4) En casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste la aceptación de todas las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma escrita. En Internet será suficiente manifestar la aceptación de las cláusulas mediante firma electrónica avanzada no reconocida, e incluso, si dichas cláusulas son accesibles de forma clara y comprensible, no requerirán firma electrónica, siempre que la aceptación se recoja en soporte electrónico.

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

Son contemplados expresamente en el artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE y en el 18 de la Ley Española 34/2002 que la traspone. Son un ejemplo práctico de autorregulación y una alternativa a la regulación directa. En EE. UU. se tiende hacia esta autorregulación, mientras que en Europa se busca una legislación más estricta. Sin embargo, en los últimos años, ambas tendencias han ido cambiando hacia las direcciones opuestas. Su ventaja principal es la mayor velocidad de adaptación a la rápida evolución de Internet. Tenemos dos tipos:

- **Primer tipo (jurídicamente vinculante):** la parte más fuerte de la relación (prestador de servicios) restringe su poder o se autolimita más de lo que la ley le exige, consiguiendo que: 1/ revierta en favor de la parte más débil; 2/ redunde en beneficio del fenómeno de la contratación por Internet.
- **Segundo tipo (moral, no jurídicamente vinculante):** misma trascendencia jurídica que la de los códigos deontológicos profesionales en el ejercicio de su actividad (poca). No obstante, podrían servir como fuente de información a los órganos normativos sobre las tendencias evolutivas del fenómeno para, llegado el caso, ajustar la normativa de la regulación directa.

En ambos casos se persigue alcanzar más confianza en la contratación operada desde Internet.

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

Las comunicaciones comerciales (CC) son el *conjunto de actividades que el prestador de servicios (profesional) realiza durante la fase precontractual de cualquier hipotético futuro contrato con el fin de alcanzar su conclusión: publicidad, descuentos, ofertas, concursos, etc.* No se consideran CC los datos que permiten acceder a la actividad de dicha empresa (nombre de dominio, email) o las CC elaboradas por terceros, de forma independiente y sin contrapartida económica.

La Directiva 2000/31/CE exige que las CC deban ser identificables como tales, y se identifique también a la persona en nombre de quién se realizan. El artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE regula directamente las comunicaciones no solicitadas, que no son permitidas salvo que se envíen a clientes con los que ya ha mantenido una relación contractual y siempre sobre productos/servicios similares y se les permita oponerse al envío futuro.

La ley española que transpone dicha directiva distingue 3 tipos de CC: las de estricta naturaleza publicitaria (a las que exige que figure al inicio del mensaje la expresión “publicidad”), las ofertas promocionales (descuentos, premios y regalos), y los concursos o juegos promocionales. Quedando siempre prohibido el envío de CC en las que no esté clara la identidad del remitente o en los que se incite a visitar páginas que contravengan lo

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

Se consideran **infracciones graves** (multa 20.001 a 150.000€): 1/ El envío masivo de CC por e-mail u otro medio electrónico si no se cumplen los requisitos, y 2/ No incorporar procedimientos adecuados para revocar el consentimiento prestado.

## II - EJECUCIÓN DEL CONTRATO Y SU PRUEBA

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

Existen dos posibilidades de ejecución del contrato con distintas consecuencias jurídicas:

1. Productos o servicios, contratados electrónicamente, pero entregados por correspondencia postal, transporte, etc., quedan **excluidos** de la Directiva sobre CE.
2. Entrega del producto de forma telemática: directamente al ordenador o e-mail, o ejecutables directamente desde Internet. En estos casos, no cabe ejercer el derecho de desistimiento.

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, los gastos de envío, y los precios mostrados de forma clara, sin ambigüedades e indicando explícitamente los impuestos incluidos. La entrega siempre tiene lugar tras el pago, por lo que sería conveniente que el proveedor incluyera correo o transporte contra reembolso.

Tanto en la UE como en el estado, salvo que se pacte lo contrario, los bienes se entregarán en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato. Aunque se suele establecer un plazo menor (3 o 4 días) que de no cumplirse no deriva en ningún tipo de responsabilidad. En caso de incumplimiento, el consumidor concederá al comerciante un plazo adicional, y si se incumple de nuevo, el consumidor podrá a resolver el contrato, y el comerciante deberá reembolsar la cantidad abonada. Es importante establecer el momento exacto de la entrega a efectos del ejercicio de desistimiento del contrato.

En cuanto a los contratos concluidos mediante e-mail, chat o videoconferencia, o 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

La tarjeta es el sistema más usado, que plantea recelos por el temor a que los datos puedan caer en manos de ciber-delincuentes. Características de un sistema seguro de pago:

- Confidencialidad: que la transacción solo sea conocida por las partes (proveedor, cliente y banco).
- Integridad: que los datos no puedan ser modificados por terceras personas.
- Autenticación del remitente: para que el pago pueda ser exigido por el acreedor.
- Autenticación del receptor: para que el pagador pueda liberarse de su deuda frente al acreedor.
- 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 anonimato, de forma que con posterioridad al pago no se sepa quién lo hizo. El uso de tarjetas no permite tal anonimato, pero el empleo de tarjetas prepago sí.

Dicha seguridad no debe suponer excesivos costes adicionales para las partes involucradas en la transacción.

#### 2- El dinero electrónico

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 es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dicho dinero. Representa en *bits* un valor monetario determinado, que una vez gastado, se puede recargar. Sus beneficios son:

- Con su uso, se garantiza el carácter anónimo del comprador.
- Es autónomo e independiente de las cuentas bancarias, por lo que su posesión por un tercero, no le habilita para llegar a ellas.
- No permite acumular un valor monetario excesivo.
- Es útil para contratar servicios desde internet por su reducido coste.

#### 3- Las tarjetas bancarias clásicas

Cuando son instrumento de pago online, para fomentar su utilización se pueden seguir 2 vías:

##### a.- Solución imperfecta y a posteriori

Se limita a tratar de resolver los problemas generados por su uso, por ejemplo, cuando los datos de una tarjeta hayan sido sustraídos y empleados por una tercera persona. Aunque la Directiva actual (2011/83/UE)

no lo contempla, la Directiva previa exigía que se velase por la existencia de medidas para que el consumidor pudiera ejercer la anulación del pago y su abono en cuenta, en caso de fraude.

Es una solución imperfecta porque no garantiza la solución del problema ni fomenta el uso de las tarjetas y para que le sea abonado el pago, el consumidor debe probar el fraude, lo cual es sumamente difícil.

#### b.- Soluciones a priori

Como ejemplo de cauces previos y de uso seguro de la tarjeta bancaria en Internet pueden señalarse:

- Emplear protocolos de seguridad reconocidos como SSL.
- Evitar el uso de las tarjetas en un canal abierto e inseguro usando en su lugar redes cerradas (intranets), o la intervención de terceros encargados de garantizar dicha seguridad.
- Combinar la tarjeta con tecnologías de cifrado asimétrico. Algunas soluciones serían:
  1. Vincular el pago de tarjeta tradicional con la coincidencia del titular de dicho pago y su “firma electrónica avanzada y reconocida”.
  2. Nuevas tarjetas de pago en las que se combine el e-DNI con los datos bancarios.
  3. Recurrir al dinero electrónico, que limita la cantidad acumulada.
  4. Acudir directamente al banco, dando la clave pública del proveedor (trasladarle la responsabilidad).

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

#### A. CONSIDERACIONES COMUNES SOBRE LA NORMATIVA DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Principales observaciones respecto a la normativa de comercio electrónico y la Ley española que la traspone:

1. La normativa sobre comercio electrónico **no se aplica a todas las relaciones contractuales que pueden tener lugar desde la red**. Por ejemplo, no se aplica a los contratos concluidos mediante correo electrónico o aquellos en los que solo la aceptación se ha transmitido por Internet.
2. La directiva europea **regula más cuestiones aparte de la contratación en la red**, como las transmisiones de información no remuneradas, ajenas al fenómeno contractual.
3. La normativa se dirige a regular los servicios ofrecidos por **prestadores de servicios profesionales** a través de la red haciendo que éstos cumplan una serie de cuestiones: identificación, comunicaciones comerciales y responsabilidades derivadas de sus actuaciones.
4. En materia de contratación, fija su atención en las relaciones entre prestador y destinatario de un servicio a través de **una página web**, tanto para servicios remunerados como de acceso libre. Éstos últimos se incluyen para: controlar la información publicitaria, identificar a los proveedores de ofertas, vigilar actuaciones perjudiciales (*malware*), tutelar los derechos de PI, y luchar contra ilícitos penales.
5. Existen **tres tipos de regímenes jurídicos aplicables a los contratos celebrados en Internet**, según las características de las partes: contratación entre B2C, B2B y C2C; y para cada uno, se tiene en cuenta, además, el tipo de medio utilizado (web, chat, email) para finalizar el contrato.

#### B. CONTRATOS CON CONSUMIDORES → \*[B2C]\*

**Un profesional** es aquella persona física o jurídica que actúan en el marco de su actividad comercial, industrial o artesanal. **Un consumidor**, en España, es aquella persona física o jurídica (sólo persona 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.

Un consumidor está protegido por la Ley española 34/2002, que exige al prestador del servicio dar información de sus datos personales, precios, comunicaciones comerciales y reglas de contratación electrónica. La información exigida se mantiene siempre, independientemente del medio usado para la comunicación. También se le exige, respecto a los contratos por email o chat que, con antelación a su nacimiento, facilite al consumidor las condiciones generales, para que pueda almacenarlas y reproducirlas.

El consumidor tendrá un derecho de desistimiento del contrato de 14 días desde el día de recepción del producto (cambia de 7 días en 2014) (se considerará recibido cuando se tenga acceso al mismo), 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 forma clara y comprensible de su derecho de desistimiento.

Por último, si se emplea la firma electrónica en el proceso contractual se aplicará la Ley 59/2003 de la firma electrónica.

### C. CONTRATOS ENTRE PROFESIONALES → \*[B2B]\*

Se aplica la directiva europea y las normas nacionales, con algunas peculiaridades:

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

Se aplica el régimen de información general y específico de comunicaciones comerciales (Ley 34/2002) dado que se desconoce si los interesados son profesionales o consumidores. En cuanto a la información requerida y la realización del pedido, si ambos profesionales los acuerdan, no les será aplicable el régimen específico de los contratos electrónicos, excepto en lo dispuesto en el art.10.3 por el que las condiciones generales deben ser almacenables y reproducibles por el destinatario

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

Los requisitos del régimen de información general (art.5, Directiva 2000/31/CE) pueden no cumplirse si se emplea email, chat o videoconferencia, independientemente a la contratación web. En cambio, si serán aplicables cuando el contacto electrónico derive de la relación iniciada desde una web.

Sobre las CC se sigue aplicando el mismo régimen (Ley 34/2002), y en el régimen contractual, queda reducida a (art. 10.3) las *condiciones generales de contratación* y del art.11.1 a considerar que el destinatario habrá recibido el pedido cuando pueda acceder a él.

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

Ley de Ordenación del Comercio minorista en materia de “ventas a distancia” (derechos renunciante y no aplicada a prestación de servicios), el régimen general sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), la normativa sobre firma electrónica (Ley 59/2003), normativas de derecho mercantil y normas generales en materia de contratos del Derecho civil.

#### 4. ¿Es aplicable el artículo 5.4 LCGC y el real decreto 1906/1999 que lo desarrolla?

*«en los casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que se establezca la aceptación de todas las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En dicho caso, se enviará al consumidor alegato escrito de la contratación, donde constarán todos los términos de esta».*

Tres cuestiones que atenúan la práctica de su aplicación:

Si se contrata por internet implica que quien impone las condiciones es un profesional. No distingue entre profesionales y consumidores por lo que enviará las condiciones a ambos.

Es habitual que el oferente excluya su voluntad contractual y ceda la autoría de la oferta al usuario de la web que confecciona la hoja de pedido. Como quisiera tener estos beneficios frente a cualquier contratante, cumplirá también con el trámite del envío.

En el caso de grandes empresas es habitual que los pedidos sean a gran escala. 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.

Esta previsión debe interpretarse ampliamente, y aplicarse también a la contratación entre profesionales.

### D. CONTRATOS ENTRE PARTICULARES → \*[C2C - P2P]\*

Si ambas partes son particulares, un sujeto contrata en un marco ajeno de actividad comercial o profesional a otro que no es profesional, se aplica el Código Civil que presupone un equilibrio exacto entre las partes. Se aplica el art.5 de Dir. 2000/31/CE o el 10 de la Ley 34/2002 de información general exigida a un particular (el prestador del servicio), que mediante su web suministra información o realiza ofertas contractuales. Si la conclusión del contrato es realizada por otras vías (email, chat, videoconferencia), aunque la web sea la que permite el contacto, dicha contratación no estará regulada por la Directiva sobre Comercio Electrónico.

Podría plantearse la situación de que el sujeto que quiere contratar con el particular, a través de la web de éste, fuese un profesional. Dejaría de ser entonces una relación entre particulares (C2C) para pasar a ser una relación de consumo (B2C), siendo el particular el consumidor teniendo de su lado todos los derechos concedidos por las normas de protección de los consumidores.

## Tema 7 – EL DERECHO Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS Y AUTORREGULACIÓN

### I - INFORMÁTICA Y DERECHO: DERECHO INFORMÁTICO E INFORMÁTICA JURÍDICA

#### A. LA INFORMÁTICA JURÍDICA

##### 1- Informática jurídica documental

Se ocupa del tratamiento automatizado de los **sistemas de documentación jurídica**, permitiendo acceder de forma rápida y eficaz a la información. Tiene dos objetivos:

- 1/ Facilitar un mayor y mejor conocimiento del Derecho;
- 2/ Agilizar el trabajo de los operadores jurídicos.

Dificultades, destacan: elaboración de software idóneo, dificultades operativas (elección de procedimientos de acceso indexado...) o de carácter *lógico-semántico* (consecuencia de la naturaleza del lenguaje jurídico "especializado"), donde se trataría de lograr una normalización del lenguaje jurídico para evitar ambigüedades. Los sistemas de documentación jurídica plantean unas exigencias particulares, tanto en la fase de creación o fase input (garantizar la calidad de los datos, evitar su destrucción o manipulación), como en la fase de puesta en marcha o fase output (evitar utilizations abusivas o no justificadas de los datos, inusual en las fuentes accesibles al público como el BOE).

## 2- Informática jurídica decisonal

Abarca el tratamiento automatizado de las **fuentes de producción jurídica**, mediante la informatización de los procedimientos que pudieran reproducir (o incluso sustituir) algunas de las actividades desarrolladas por el operador jurídico.

Se crean *sistemas expertos* que incorporan conocimiento lógico-formal de la toma de decisiones jurídicas, incluyendo conocimiento especialista de cada materia (liquidaciones tributarias, cálculo de indemnizaciones...). Quedarían excluidos aquellos ámbitos en los que, debido a su complejidad, la toma de decisiones requiere el análisis valorativo y pormenorizado de múltiples hechos, circunstancias o factores (por ejemplo, los procesos penales). Pero sí aplicaría a los procesos de carácter cuantitativo, sin sustituir por completo a los operadores jurídicos (jueces, abogados...).

## 3- Informática jurídica de gestión

Atiende fundamentalmente a la automatización de tareas administrativas y de gestión que se realizan en el mundo jurídico. Es donde mayor desarrollo se ha producido, informatizando Juzgados, Registros, Despachos de abogados, Consultorías, etc., con software desarrollado a medida. Permite automatizar tareas regladas y frecuentes (organización de registros, interposición de demandas, control de plazos procesales...).

Además de ganar en agilidad y reducir costes, estos procesos ayudan a que las actuaciones sean más transparentes, uniformes e imparciales (+ *seguridad jurídica*).

## B. EL DERECHO INFORMÁTICO

Las nuevas tecnologías han traído determinados riesgos relacionados con los derechos individuales y las actividades de la Administración. Por ello, ha sido necesario crear una serie de normas que dan lugar a lo que se conoce como **Derecho Informático**. Estas normativas pretenden proteger la personalidad del sujeto ante una utilización abusiva o indebida de los modernos métodos tecnológicos.

En definitiva, se entiende por *Derecho Informático* la disciplina que engloba el conjunto de disposiciones jurídicas para la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs).

## II - LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS FRENTE A LA INFORMÁTICA. LA LIBERTAD INFORMÁTICA Y EL HABEAS DATA

### A. LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Nuevo derecho individual, surgido para proteger del conocimiento ajeno las facetas de la vida privada, e impedir el tratamiento indiscriminado y sin control de los datos personales. Otorga al sujeto, entre otros, los siguientes privilegios:

- 1/ controlar la información contenida en ficheros que afecten a su persona,
- 2/ conocer la titularidad y finalidad de dichos ficheros,
- 3/ corregir o cancelar los datos que hayan sido recogidos indebidamente,
- 4/ oponerse a la utilización de los datos para fines publicitarios o comerciales.

Como también aplican a las actividades de las administraciones públicas, se han regulado las condiciones jurídicas de implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo (*Administración Electrónica*) y los efectos jurídicos que producen:

- Es lícito el empleo de medios electrónicos, informáticos o telemáticos entre la Administración y los particulares, salvo si está limitada por una norma de rango superior.
- Es obligado difundir públicamente las características de los programas y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas que vayan a ser utilizados.

Con esto, la Administración da cumplimiento a 3 principios: de transparencia, de intangibilidad de las garantías



del administrado y los procedimientos que le afecten, y de seguridad informática.

## B. EL HABEAS DATA

El *Habeas Corpus* es la institución jurídica que protege la libertad personal, el *Habeas Data* surge para proteger la libertad informática. Esto es porque, además de reconocer el derecho a la *libertad informática*, es preciso establecer las garantías jurídicas concretas que lo salvaguarden.

El *Habeas Corpus* nació para evitar que decisiones arbitrarias pusiesen en peligro la libertad de los sujetos. Los jueces solicitan la puesta a disposición judicial de los sujetos para verificar si la detención cumple los requisitos necesarios y las condiciones en que se encuentran. Afecta al ámbito externo (libertad física).

Por su parte, el *Habeas Data* nace para dar garantía jurídica a los sujetos frente a terceros que utilicen indebidamente informaciones personales recogidas en diversas fuentes de datos. Protege el ámbito interno (intimidad, identidad y personalidad).

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

A partir de una sentencia del Tribunal Constitucional, se convirtió en un derecho fundamental autónomo. *Pretende garantizar a las personas, el poder de control sobre sus datos personales, uso y destino, con el objetivo de evitar su tráfico y uso lesivo para la dignidad del afectado.*

El ejercicio de este derecho da lugar a una serie de deberes jurídicos (entre otros, la obligación de recabar el consentimiento del afectado) a terceros, para garantizar el control efectivo y real sobre sus datos personales.

El contenido del derecho a la protección de datos, señalado por el TC, coincide con los principios y derechos dispuestos en la Ley Orgánica 15/1999 de Tratamiento de Datos Personales.

## III - ÉTICA Y DEONTOLOGÍA PROFESIONAL: LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS Y LA AUTORREGULACIÓN

La *Ética* es el conjunto de principios orientadores de las acciones humanas que surgen desde la reflexión y el análisis crítico de los actos y conductos. La parte de este ocupada de los deberes y obligaciones morales dentro de una determinada profesión es la *deontología*.

Los **códigos deontológicos** son un mecanismo de autorregulación de los profesionales elaborados por Asociaciones y Colegios profesionales. Señalan los compromisos de conducta profesional y obligaciones que se espera de todos sus miembros e informan a los ciudadanos la función social de la profesión. Recogen cuestiones individuales concretas (conocimiento de la normativa, neutralidad, formación continua...) y *Responsabilidad Social Corporativa (RSC)*, creada para contrarrestar el impacto social de las empresas y lograr un comportamiento sostenible y respetuoso con los derechos humanos, la sociedad y el medioambiente.

En el ámbito de la Ing. Inf., cabe destacar uno que agrupa varios de los principios éticos relativos a las aplicaciones de las TICs: **PAPA** (*privacy-accuracy-property-accessibility*):

- **Intimidad:** relacionada con el deber del secreto profesional (*confidencialidad*) y el de proteger la intimidad y mejorar la dignidad personal (*invasión de la intimidad*).
- **Exactitud:** velar por la precisión de la información y defensa de manipulaciones inapropiadas.
- **Propiedad intelectual:** proteger la integridad de las ideas y el trabajo ajeno, aunque la obra no haya sido explícitamente protegida.
- **Accesibilidad:** derecho a proveer y recibir información, contribuyendo a que los servicios telemáticos sean accesibles a la mayoría.

## TEMA 8 - LA PROTECCIÓN DE DATOS

### I -EVOLUCIÓN HISTÓRICA.

Desde la Rev. Indust. aparecen preocupaciones de la protección de la esfera íntima. En 1948 se aprueba la declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, incluyendo el derecho a la intimidad personal y familiar. Unos años más tarde, en el Consejo de Europa se aprobó un Convenio que proclama y reconoce los derechos humanos y libertades públicas e incorpora un sistema de protección y control. Empezando entonces a incluirse en las Constituciones de numerosos Estados, adquiriendo la consideración de derecho fundamental y admitiendo protección por un sistema de garantías jurídicas. La Constitución española de 1978, incluye el compromiso de limitar con una ley el uso de la informática para proteger y garantizar estos derechos.

En España el Convenio Europeo 108 sobre el tratamiento automatizado de datos, se traspuso por la Ley Orgánica 5/1992, introduciendo instrumentos específicos de garantía y protección. Posteriormente la Directiva 95/46/CE, que busca un equilibrio entre protección de la vida privada y el principio de libre circulación de datos personales dentro de la Unión Europea, se traspuso en España en la LO 15/1999 para la protección de datos de

carácter personal. En ella se amplía el ámbito de aplicación para abarcar toda clase de ficheros de carácter personal, tanto los de titularidad pública como privada, con independencia del tipo de soporte en el que se almacenaran y de si su procesamiento era o no automatizado. Manteniendo a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) como órgano de supervisión y control.

## II - ANÁLISIS DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS (RGPD).

En la UE se aprueba el Reglamento (UE) 2016/679, sobre el tratamiento de datos personales y a su libre circulación, para mayor protección a los derechos fundamentales de las personas y facilitar las actividades económicas dentro del mercado único digital. Actualmente los datos personales se han convertido en un “bien” que puede ser objeto de determinados negocios, por lo que las normativas de protección de datos tienden a dotarles de mayores garantías y mecanismos de protección frente a usos ilegítimos/fraudulentos.

Las disposiciones del RGPD son de obligatorias y resultan directamente aplicables en todos los Estados miembros de la UE, con algunos aspectos concretos que remite para la adaptación de los estados (en España, la LOPDGDD los desarrolla, complementa o excepciona) como es el establecimiento del marco jurídico aplicable a las personas fallecidas o las sanciones previstas. El RGPD actualiza la normativa previa atribuyendo mayor control sobre los datos personales a los ciudadanos, permitiendo también a las empresas y corporaciones seguir avanzando en el nuevo escenario. Esta nueva configuración del derecho a la protección de datos no tiene carácter absoluto, puede verse limitado para mantener el equilibrio con otros derechos y libertades fundamentales.

### 1.- Ámbito de Aplicación del RGPD.

1. **Ámbito subjetivo:** se aplica únicamente al tratamiento de los datos de las personas físicas vivas, no afectando a los de las personas jurídicas (nombre de la empresa, datos de contacto, etc.).
2. **Ámbito territorial:** será de aplicación solamente cuando se trate de datos personales de personas residentes en la UE, independientemente de donde se realice el tratamiento (criterio del establecimiento en el territorio de la UE). También se aplica si una empresa u organismo no pertenece a la UE, pero realiza actividades de tratamiento de datos vinculados con la oferta de bienes o servicios dirigidas a personas de la UE (RRSS, buscadores...) o cuando monitoriza el seguimiento de sus actividades (ej. cookies), independientemente del lugar donde tenga su sede la empresa (criterio de las actividades relativas a interesados que se encuentran en la UE).
3. **Ámbito material:** art. 2: cualquier operación (recogida, organización, estructuración, consulta, difusión, interconexión, etc.) que permita el tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales y el tratamiento no automatizado de datos contenidos en un fichero o que vayan a ser incorporados a uno.
4. **No será de aplicación:** actividades relativas a la seguridad nacional realizadas por las autoridades (para prevenir, detectar, investigar o enjuiciar delitos o para ejecutar sanciones penales) ni materia de Política exterior y Seguridad común. Así como las realizadas por personas físicas para actividades exclusivamente personales o domésticas, siempre que no afecten a un número indeterminado de sujetos.

### 2.- Principales Definiciones contenidas en el RGPD.

La normativa europea de protección de datos establece (art. 4) definiciones sobre los sujetos y los datos.

1. En relación con los **Sujetos** se distingue entre:
  - a. **Interesado:** el titular de los datos, la persona física identificable a la que se refiere la información tratada.
  - b. **Responsable del tratamiento:** persona (física, jurídica, organismo o autoridad pública <- se aplica en b, c, d) que determina los fines y medios del tratamiento y, por tanto, está directamente obligado al cumplimiento de las normas sobre protección de datos.
  - c. **Encargado del tratamiento:** quien realiza el almacenamiento y procesamiento de los datos personales por encargo y en nombre del responsable del tratamiento (ej. un gestor contratado para elaborar nóminas). Está obligado a aplicar las medidas técnicas apropiadas para garantizar que este tratamiento se adecúe a lo establecido en la normativa vigente y proteja los derechos de los interesados.
  - d. **Destinatario:** al que se comunican los datos personales.
2. Respecto a los **Datos** se establecen las siguientes categorías:
  - a. **Personal:** cualquier tipo de información en cualquier formato que afecte a una persona física identificada o que puede ser reconocida e individualizada mediante la utilización de un identificador o combinando determinados criterios (identificable: datos identificativos, de situación laboral, financiera, indicadores basados en tecnología, etc.).
  - b. **Pseudónimos:** No revelan directamente la identidad del sujeto, pero permiten identificarlo utilizando información adicional.

- c. **Categorías especiales:** sobre salud, orientación sexual, datos genéticos/biométricos, origen étnico, opiniones políticas y convicciones religiosas, tienen una especial protección a través de unas garantías específicas.

Quedan excluidos los datos anónimos que no permiten la identificación del sujeto y los datos anonimizados, planteando la duda de si realmente protegen totalmente la identidad o podría “reidentificarse”.

### 3.- Instrumentos jurídicos de protección.

Se introduce un sistema reforzado de protección al establecer que el tratamiento de los datos personales debe respetar y cumplir los principios fijados en la normativa y además ha de concurrir al menos UNA de las bases de legitimación establecidas en el artículo 6 del Reglamento.

#### 1) Bases jurídicas para el tratamiento de los datos:

- a) NO incluidos en una categoría especial, permitido si cumple min 1 de las siguientes condiciones:
    - i) Existe, por parte del interesado, un consentimiento “libre, específico, informado e inequívoco”, expresamente para cada fin del tratamiento. Excluyendo el “consentimiento tácito”.
    - ii) Resulta necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado intervenga como parte.
    - iii) El responsable del Tratamiento debe realizarlo para cumplir con una obligación legal.
    - iv) Resulta necesario para proteger intereses vitales del interesado u otro sujeto.
    - v) Es para una tarea de interés público o se le ha concedido al responsable del tratamiento el ejercicio de poderes públicos.
    - vi) Necesario para satisfacer intereses legítimos del responsable o un tercero, si no afectan a los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado.
  - b) De categorías especiales, prohibido, salvo situaciones previstas en el art.19,1 del RGPD (con consentimiento explícito del interesado, para cumplir con obligaciones y derechos establecidos, hay razones de interés público para la protección de la salud o garantizar la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria).
- 2) **Principios relativos al tratamiento de los datos:** el Principio de Responsabilidad Proactiva exige que el responsable del Tratamiento demuestre que cumple con los principios del RGPD adoptando medidas preventivas y de adecuación de los riesgos concretos según el tratamiento. Los principios fundamentales relativos al tratamiento de los datos (art. 5 RGPD):

- A) Principio de licitud, lealtad y transparencia:** deben ser tratados de manera lícita (cumpliendo al menos una de las bases legales anteriores), leal (sin engaño o falta de consentimiento del interesado) y transparente (la información sobre el tratamiento debe ser comprensible y accesible).
- B) Principio de limitación de finalidad:** deben ser recogidos para fines claramente definidos, no podrán ser posteriormente tratados para fines incompatibles con su recogida.
- C) Principio de minimización de datos:** conviene recabar únicamente los datos meramente necesarios, limitar al máximo su tratamiento y garantizar que el período de almacenamiento sea el mínimo posible.
- D) Principio de exactitud:** deben ser exactos y estar actualizados, con todas las medidas que sean necesarias para rectificar o suprimir los datos inexactos respecto a los fines del tratamiento.
- E) Principio de limitación del plazo de conservación:** los datos identificativos se podrán conservar durante el plazo de tiempo imprescindible para cumplir con los fines del tratamiento, y una vez finalizado deberán ser borrados o anonimizados. Exceptuando los de fines de investigación científica, histórica, estadística o de interés público.
- F) Principio de integridad y seguridad:** debe garantizar una adecuada seguridad y confidencialidad, incluyendo todas las medidas que impidan su pérdida, destrucción o daño accidental. El cumplimiento de este principio y el establecimiento de las medidas de seguridad dependerá de la naturaleza de los datos y el tratamiento que reciban.

### 4.- Derechos de los interesados.

Las regulaciones sobre protección de datos siempre han incluido derechos (acceso, rectificación, cancelación y oposición) para que el interesado pudiera disponer y decidir sobre el uso de sus datos. El RGPD y la LOPDGDD añaden que el responsable del tratamiento debe facilitar el ejercicio de estos en un mes desde la recepción de la solicitud presentada por el interesado.

#### 1. Derecho de Información y transparencia (arts. 12,13,14 RGPD).

Los interesados tienen derecho a ser informados de forma concisa, transparente e inteligible sobre qué datos personales han sido recogidos y cómo se utilizan o procesan, así como cuáles son los riesgos, las garantías y los derechos que puede ejercitar.

Si los datos han sido facilitados por el propio interesado, en el momento de la recogida se le deberá indicar la

identidad y los datos de contacto del responsable, los fines del tratamiento y la base jurídica que lo legitima, quiénes son los destinatarios, el plazo de conservación, la posibilidad de transferencia de los datos a terceros países u organizaciones internacionales, el modo de ejercer los derechos que le asisten, el derecho a presentar una reclamación y la existencia de decisiones automatizadas, entre otras informaciones.

Si los datos no se han obtenido directamente del interesado, además de la información anterior deberá indicarse la fuente de procedencia de los datos, así como a qué categoría pertenecen.

## 2. **Derecho de acceso** (art. 15 RGPD).

Se trata de uno de los derechos más importantes y se estructura en dos fases:

- 1) El interesado tiene derecho a que el responsable del tratamiento le confirme si sus datos están siendo tratados o no.
- 2) Si la respuesta es afirmativa: tiene derecho a acceder a ellos y a recibir toda la información indicada anteriormente en relación con el derecho de información.

Para dar cumplimiento a este derecho de acceso, el responsable debe facilitar al interesado una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

## 3. **Derecho de rectificación** (art.16 RGPD).

Uno de los principios para el tratamiento de los datos personales es el principio de exactitud, para que los datos sean un fiel reflejo de la realidad. Con el derecho de rectificación se pretende corregir los posibles efectos negativos que una información errónea o inexacta puede tener para sus derechos (pensemos en un tratamiento médico basado en información desactualizada) y, por tanto, el interesado tiene derecho a exigir al responsable del tratamiento la rectificación de los datos personales que le conciernen cuando sean inexactos, o a que se completen si fueran incompletos.

## 4. **Derecho de supresión** (art. 17 RGPD)

El interesado puede solicitar al responsable del tratamiento que se eliminen los datos que le conciernen, por alguno de los siguientes motivos:

- Los datos ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados.
- El interesado retira su consentimiento y no existe ninguna otra base jurídica que legitime el tratamiento.
- Los datos han sido tratados ilícitamente.
- El interesado se opone al tratamiento y no existen otros motivos legítimos que lo justifiquen.
- Para cumplir con una obligación legal.

A excepción de cuando el tratamiento sea necesario para la libertad de expresión o información, para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones o con fines de investigación científica, histórica, estadística, de interés público o de salud pública.

Cuando es a través de internet, se le llama “derecho al olvido”, y pretende limitar la comunicación y transmisión de datos personales a través de los buscadores si no se cumplen los requisitos de adecuación y pertinencia previstos por la legislación, o si la información es obsoleta y/o carece de relevancia o interés público.

## 5. **Derecho a la limitación del tratamiento** (art.18 RGPD)

Los interesados pueden solicitar que el tratamiento sea temporalmente restringido, suele ejercitarse cuando existe un conflicto entre los derechos de rectificación/supresión y el interés del responsable del tratamiento en seguir realizándolo. Para ello deben darse alguna de las siguientes situaciones:

- a. El interesado impugna la exactitud de sus datos, se limitan durante el plazo necesario para que el responsable pueda verificarlos.
- b. Si el tratamiento es lícito pero el interesado solicita la limitación de su uso.
- c. Si los datos ya no son necesarios para los fines del tratamiento, pero el interesado los necesita para formular y/o ejercitar reclamaciones o para su defensa.
- d. Cuando se haya ejercitado el derecho de oposición, durante el tiempo indispensable para verificar si los intereses legítimos del responsable prevalecen o no sobre los del interesado.

## 6. **Derecho a la portabilidad de los datos** (art.20 RGPD)

No se contemplaba en la normativa anterior, faculta al interesado para que, cuando el tratamiento automatizado se realiza con su consentimiento o por la existencia de un contrato, pueda recibir los datos que le conciernen en un “formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica”, y pueda transmitirlos a otra entidad o sujeto responsable. El ejercicio de este derecho no puede perjudicar los derechos y libertades de otros sujetos.

## 7. **Derecho de oposición** (art. 21 RGPD)

Se fundamenta en motivos relacionados con la situación particular del interesado, a diferencia de los derechos de rectificación, supresión y limitación del tratamiento, que sólo pueden ejercitarse cuando existen dudas acerca de la legalidad del tratamiento.

Una de las bases legitimadoras del tratamiento es la existencia de consentimiento por parte del interesado, y el derecho de oposición supone la retirada de dicho consentimiento. Por tanto, salvo que el responsable acredite que existen intereses legítimos prevalentes, el tratamiento deberá ser interrumpido.

## 8. **Derecho de oposición a decisiones Individuales automatizadas** (art. 22 RGPD)

Relacionado con la preocupación de las autoridades por la creación de perfiles y la toma automatizada de decisiones (Big Data), se reconoce al interesado la facultad de no ser objeto de ninguna decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado, incluyendo la posibilidad de negarse a la elaboración de perfiles que puedan producir efectos jurídicos que le afecten.

Se exceptúa la aplicación de este derecho cuando la decisión automatizada resulta necesaria para la celebración o ejecución de un contrato, está autorizada por la legislación europea o nacional, o si el interesado hubiera prestado un consentimiento explícito.

## 5.- **La protección de datos desde el diseño y por defecto.**

Se trata de una importante novedad introducida en el RGPD (art.25) con la que se pretende que los prestadores de servicios y aplicaciones incluyan, desde el momento inicial de creación y elaboración de sus productos, las configuraciones necesarias para proteger los datos, facilitando así la tarea a los responsables y encargados del tratamiento.

Por tanto, desde el diseño, deben aplicarse las medidas técnicas y organizativas más adecuadas para que se cumplan los principios de protección de los datos. En este sentido, deberá tenerse en cuenta el estado en que se encuentre la técnica, los costes, los posibles riesgos, etc.

Respecto a la protección de datos por defecto, afecta a la cantidad de los datos recogidos, al alcance del tratamiento, tiempo de almacenamiento y a la accesibilidad a los datos.

## 6.- **La seguridad del tratamiento de los datos.**

En numerosas ocasiones a lo largo de los distintos artículos del RGPD se exige al responsable y/o al encargado del tratamiento que adopten todas las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo, minimizando la posibilidad de pérdida, destrucción, revelación o acceso no autorizado a los datos personales. Entre estas medidas se incluyen tanto la seudonimización de los datos como su cifrado, las que garanticen la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los servicios y sistemas de tratamiento, así como la existencia de un proceso que permita regularmente verificar y evaluar dichas medidas. También se contempla y regula la existencia de brechas de seguridad (destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales o comunicación, o el acceso no autorizado a dichos datos). Ante esta situación, el responsable del tratamiento o la organización afectada debe ponerlo en conocimiento de la Autoridad de control competente y de los interesados afectados (plazo máximo: 72 horas). Informando sobre la naturaleza de la violación de seguridad, sus posibles consecuencias y las medidas para corregir la situación y mitigar sus posibles efectos

## III - **LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE DERECHOS DIGITALES (LOPDGDD).**

El RGPD es de obligado cumplimiento y resulta directamente aplicable en todos los miembros de la UE. En España la Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD) lo traspone y regula los aspectos remitidos a los miembros, para que lo adapten a su normativa nacional.

Añade regulaciones y garantías de derechos digitales (ej. a la educación digital, la neutralidad de la red, el acceso universal a Internet, la modificación de la información en línea, a la desconexión digital de los trabajadores y la protección de su privacidad (frente a videovigilancia/geolocalización en el lugar de trabajo)). En el ámbito subjetivo de aplicación relativo a personas fallecidas incluye el reconocimiento el derecho al testamento digital y permite a determinados sujetos solicitar el acceso, rectificación o supresión de los datos del fallecido, para dar cumplimiento a sus instrucciones. Mueve el consentimiento para los menores de edad a los 14 años (salvo necesidad jurídica de asistencia). Incluye al principio de transparencia del tratamiento la información por capas (facilitar información básica resumida, indicando como acceder sencilla e inmediatamente a la más detallada y completa). También establece un régimen sancionador según la gravedad



de la infracción (muy graves, graves y leves) impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD). En la UE se ha el Comité Europeo de Protección de Datos, pero el RGPD permite que cada Estado miembro constituya su propia autoridad pública independiente para supervisar la aplicación del Reglamento (AEPD, desde 1993 en España). Emplea un sistema de ventanilla única, de forma que si afectan a varios de miembros tendrán que rendir cuentas ante una única Autoridad de Protección de Datos.

## Tema 9 - LA PROTECCION JURIDICA DEL SOFTWARE

### I - LA PROTECCION DEL SOFTWARE Y LOS DERECHOS DE AUTOR

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

Según la Ley de Propiedad Intelectual (LPI – 1/1996), son requisitos para ser objeto de *PI*: **originalidad** (creación individual y subjetiva del creador) y **plasmación en algún soporte o medio material** (no son válidas obras abstractas). Este derecho concede al titular de la obra un poder absoluto sobre ella, aunque limitado en el tiempo, y es de naturaleza mixta:

- Derechos morales: de carácter irrenunciable, corresponden al autor y no pueden ser cedidos: de autoría, divulgación, exigir la integridad o retirada de la obra. Se mantienen durante la vida del autor. Si la divulga, surgen los siguientes:
- Derechos de explotación o patrimoniales: protegen el valor económico de la obra, el autor disfruta en exclusiva de los beneficios económicos durante el plazo legal establecido. Pueden cederse a terceros y finalizan transcurridos 70 años desde su fallecimiento. La LPI considera derechos de explotación la *reproducción, distribución, comunicación pública y transformación* de la obra.

Pueden verse limitados por razones de interés público o social (seguridad pública, beneficio de discapacitados, citas o ilustraciones para la enseñanza...). Los derechos de la PI se protegen exigiendo responsabilidad civil 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

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

La LPI considera un programa de ordenador como: «*toda secuencia de instrucciones destinadas a ser usadas en un sistema informático para realizar una función o tarea, o para obtener un resultado determinado*». La protección jurídica engloba, además, versiones sucesivas del software y sus derivados (manuales de uso, código fuente y objeto...).

Para que todos estos elementos puedan ser objeto del derecho a la propiedad intelectual, se ha de dar el requisito de originalidad, algo que no es tan evidente en los programas de ordenador. Por eso se utilizan otros criterios, como su arquitectura, las funciones que se logran con su aplicación, o sus interfaces.

##### 2- Ámbito subjetivo de protección

Aunque el derecho de autor se entiende como un derecho individual atribuido a las personas físicas, la LPI incorpora una excepción, al admitir que las personas jurídicas puedan ser consideradas como autoras, solamente cuando así lo establezca expresamente la ley. Es el caso de la creación de programas de ordenador. Este supuesto de los programas informáticos puede tener varias modalidades:

- Obra en colaboración: los derechos pertenecen a los autores en la proporción que ellos decidan o, en su defecto, a partes iguales.
- Obra colectiva: cuando, a pesar de ser elaborada por varias personas, el resultado es una obra única y la autoría se atribuye a una sola persona (física o jurídica).
- Obra creada en marco laboral: la titularidad corresponde al empresario, si se da alguna de las siguientes circunstancias: el trabajador realiza la creación dentro del ámbito de trabajo, al empleado se le encarga la creación del software, el sujeto crea el programa en base a órdenes del empresario.

En todo caso rige la libertad de pacto, para establecer el marco más adecuado entre programador y empresario (se incluye los programas de funcionarios en su actividad).

##### 3- Las licencias de uso de los programas de ordenador

Cuando un usuario adquiere un programa de ordenador no se convierte en su propietario, sino que adquiere un derecho de uso (una **licencia**), que establece una relación contractual entre el desarrollador (o el titular de los derechos) y el usuario. Esta licencia establece los deberes y los derechos de cada parte.

En muchos casos, la licencia se obtiene a cambio de una contraprestación económica (*software propietario*), pero podrán darse diferentes tipos de licencias dependiendo del software desarrollado y de sus condiciones de despliegue (*software con publicidad, software libre, software de demostración*, etc.). Mediante las licencias se

crean unas garantías respecto a la titularidad del programa y respecto a los derechos del usuario.

#### 4- Contenido de los derechos de explotación

Los derechos de explotación, pertenecientes al titular del software, incluyen:

- *Reproducción total o parcial*, bajo autorización del titular. Los entornos digitales generan peculiaridades en este aspecto (facilidad de transmisión y copia del software), por lo que la Ley materializa esa autorización obligatoria mediante las Licencias de Uso.
- *Traducción, adaptación, arreglo o transformaciones diversas*. Solo el titular está capacitado para autorizar o denegar esos cambios, que involucran una alteración sustancial del programa original.
- *Distribución pública*. Incluido el alquiler del programa original o de sus copias, que abarca la puesta en circulación o comercialización de este.

#### 5- Límites a los derechos de explotación

La peculiar naturaleza del software ha obligado a establecer una serie de excepciones a los derechos de explotación, es decir, actividades que pueden llevarse a cabo sin necesidad de solicitar autorización al autor. Destacan:

- **Corrección de errores**: junto con la transformación del programa cuando sea necesaria para su correcto uso según los términos de la licencia, mientras no exista una cláusula contractual que lo prohíba.
- **Copia de seguridad**: reconocida para el usuario legítimo y siempre que sea estrictamente necesaria.
- **Ingeniería inversa**: con el objeto de verificar las funcionalidades del programa. Sin implicar que se pueda hacer uso de las ideas o fundamentos de este.
- **Versiónes sucesivas**: salvo pacto contrario, el titular de los derechos de explotación o un tercero autorizado podrán realizar versiones del programa, que se considerarán *obras derivadas*.
- **Descompilación e interoperabilidad**: transformando el código objeto en código fuente, para hacerlo interoperable con otros programas, siempre que sea indispensable, lo realice el usuario legítimo y se limite al código estrictamente necesario.

#### 6- Protección de los programas de ordenador

La legislación española permite recurrir a la vía administrativa, civil y penal para proteger los derechos de propiedad intelectual del software (tanto de explotación como morales). Se regulan 3 tipos de acciones:

- a) La acción de cesación: Faculta al titular a solicitar el cese de la actividad que suponga una infracción de sus derechos. Puede suponer: suspensión de la actividad, prohibición de reanudarla, retirada de los ejemplares ilícitos y retirada de los circuitos comerciales e incluso la destrucción de los elementos materiales destinados a la reproducción.
- b) La acción indemnizatoria, comprende tanto el valor de la pérdida que se haya sufrido (*daño emergente*) como la ganancia que se ha dejado de obtener (*lucro cesante*). También se puede valorar el daño moral.
- c) Las medidas cautelares, se pueden solicitar cuando ya se ha cometido la infracción o cuando exista la sospecha de que se va a cometer de forma inminente. Se incluye: intervención de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, la suspensión de dicha actividad y los servicios prestados por intermediarios a terceros, el secuestro de los ejemplares producidos y las herramientas, etc.
- d) La protección registral, los programas pueden ser inscritos en el Registro de Propiedad Intelectual de forma voluntaria y opcional. El derecho de autor sobre el programa existe independientemente de que haya sido o no inscrito, simplemente por el mero hecho de haber sido creado.

## II - LA PROTECCION JURIDICA DE LAS BASES DE DATOS

Surge de una directiva de la UE para evitar los obstáculos de las distintas legislaciones de cada país. La trasposición se llevó a cabo en España mediante una ley (5/1998) que modificaba algunos preceptos de la LPI.

### A. LAS BASES DE DATOS Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Entendemos por bases de datos como el almacenamiento de datos o documentos organizados y estructurados, de forma que permita su recuperación como información por medios electrónicos (u otros).

Son consideradas como obras protegidas por la LPI siempre que la selección o disposición de sus contenidos pueda ser considerada creación intelectual, para lo cual se emplea el criterio de "*originalidad*". En el contexto de las bases de datos, se dará cuando su estructura sea creativa, sin tener en cuenta su contenido, al que le corresponden sus propios derechos de autor.

En cuanto a su protección, siempre que tenga el grado de originalidad suficiente, le corresponderán los mismos derechos (morales y de explotación) que a los programas de ordenador. Existe una excepción relativa al

derecho de transformación, ya que se considera que la reordenación de una base de datos supone un acto de transformación, y por tanto incide directamente en él.

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

### 1- Objeto de Protección

La trasposición de la directiva europea obligó a añadir a la LPI un nuevo título dedicada a la protección de BBDD, dado su peculiar casuística y problemática, un derecho “*sui generis*”, dada la existencia de una serie de BBDD que no podían ser objeto de la LPI.

Debido a la gran heterogeneidad existente en la industria de las bases de datos, se creó el llamado **derecho *sui generis***, que actúa de forma independiente al resto de derechos de propiedad intelectual. Este protege aquellas bases de datos en las que haya sido necesario hacer una gran inversión de tiempo, dinero o esfuerzo para su creación, verificación o presentación de contenidos. Con esta protección se pretende estimular la creación y comercialización de dichas bases de datos.

### 2- Sujetos

El derecho *sui generis* supone la existencia de tres sujetos distintos, con sus respectivas obligaciones:

- a) **Creador**: Autor de la base de datos, respecto al contenido, la estructura o ambos. Tiene la obligación de fijar los contenidos, estructura y métodos de recuperación de la información, además de comprometerse con la actualización y mantenimiento para un funcionamiento correcto.
- b) **Distribuidor**. Es la persona física o jurídica que dispone de la infraestructura informática y comercial para ofrecer la BBDD a los usuarios en el mercado. Tiene una doble obligación: por un lado, con el creador (*acuerdos de distribución*) y, por otro lado, con los usuarios (*acuerdos de acceso y consulta*).
- c) **Usuario**. Establece una relación contractual con el distribuidor para poder acceder a los contenidos en las condiciones pactadas. Está obligado a pagar el precio estipulado, utilizar la información para el fin acordado y proteger el acceso mediante usuario y contraseña.

Además, la LPI también regula una serie de excepciones a este derecho: prohibición de realizar actividades contrarias a la normal explotación, derecho del usuario de extraer o utilizar partes (no sustanciales) del contenido y derecho a extraer o utilizar una parte sustancial para fines privados, docentes, de investigación...

### 3- Contenido del derecho «*sui generis*»

Este derecho otorga a sus titulares (los fabricantes de las bases de datos protegidas), el poder autorizar o prohibir la extracción y reutilización de la totalidad o parte sustancial de su contenido. La consideración de «*sustancial*» debe realizarse teniendo en cuenta tanto el volumen como la importancia de la parte extraída. Asimismo, se permite la transmisión de este derecho a terceros, mediante cesión o licencia.

### 4- Plazos de protección del derecho «*sui generis*»

Frente al plazo de 70 años que otorga la LPI a las restantes creaciones (incluidos los programas de ordenador), las bases de datos lo ven reducido a 15 años. Esto se justifica por el hecho de que, con el derecho *sui generis*, ya se está protegiendo la inversión económica. Dado que estas creaciones exigen una dinámica constante de actualizaciones, puede ser necesario volver a invertir periódicamente, y la normativa permite así la renovación del plazo de protección de forma sucesiva, siempre que esté justificado a causa de modificaciones sustanciales de contenido o cambios que impliquen nuevos gastos elevados.

La LPI española extiende este sistema de protección a los fabricantes de bases de datos nacionales, o bien a aquellos tengan su residencia habitual en un Estado miembro de la Unión Europea.

## Tema 10 – LA CRIMINALIDAD INFORMATICA Y LOS DELITOS INFORMATICOS

### I - DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

La doctrina jurídica entiende que lo protegido es la *esfera íntima o privacidad*, es decir, las informaciones que el sujeto (persona física o jurídica) desea mantener fuera del alcance público. La norma puede aplicarse a datos de persona jurídicas, y algunos autores señalan que debe interpretarse también en relación de las personas que las integran (datos de socios, directivos, empleados...). En el Código Penal se tipifican algunas intromisiones en el ámbito privado (cometidas a través de la informática):

1. **Tipo básico 1**. *Descubrimiento de secretos y vulneración de la intimidad*. Se han de dar los siguientes requisitos: apropiación de documentos o interceptación de las comunicaciones, falta de consentimiento del afectado, y que la finalidad sea descubrir secretos o vulnerar la intimidad.
2. **Tipo básico 2**. *Apropiación, utilización y modificación de datos de carácter personal o familiar*. El mero acceso a los datos será punible.

Los básicos tienen dos agravantes: que el afectado sea menor de edad o discapacitado o que los datos afectados sean de tipo *sensible* o especialmente protegidos por la LOPD.

3. **Intrusión informática.** A instancias de la UE, se sancionarán las *conductas que atenten contra la seguridad de los sistemas y redes*, incluyendo también como posibles responsables a las personas jurídicas por las posibles conductas realizadas por sus empleados. Esta intrusión tiene dos modalidades: el mero acceso no consentido (2 requisitos vulneración de medidas de seguridad y acceso no autorizado, obteniendo control sobre procesos del sistema), y la permanencia dentro del sistema tras haber sido revocado el acceso.
4. **Tipo agravado 1. Divulgación o revelación de lo descubierto.** Engloba 2 supuestos: 1) El sujeto se apodera de forma ilícita de la información y difunda secretos a terceros no autorizados. 2) Que no haya participado en el apoderamiento, pero conozca su origen.
5. **Tipo agravado 2.** Apropiación, utilización cesión o difusión de los datos *por los encargados o responsables de los ficheros*, soportes informáticos, registros, etc.

## II - DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN ECONOMICO: ESTAFAS, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS

Con la informatización de las transacciones financieras, comerciales y bancarias, y la generalización de los pagos a través de procedimientos electrónicos aparecieron nuevas modalidades delictivas:

- I. **ESTAFAS.** La normativa penal incluye, por un lado, las **estafas informáticas** (*phishing*), para conseguir la transferencia no consentida de activos patrimoniales, mediante la manipulación de datos informáticos. Y, por otro lado, la fabricación de programas con esos fines, castigando incluso la mera tenencia de dichos programas, aunque no se hayan utilizado.
- II. **FRAUDES.** Se sanciona la realización de conexiones ilícitas que permitan realizar un aprovechamiento ilegítimo de las telecomunicaciones. A su vez, también se castiga el uso de cualquier equipo de telecomunicaciones, sin consentimiento de su titular, ocasionándole a éste un perjuicio económico.
- III. **DAÑOS.** Se contemplan tanto los *daños* como el *sabotaje informático*, y se recogen dos modalidades delictivas: 1/ causar daños a programas, datos o documentos mediante la destrucción o inutilización de su soporte de almacenamiento; 2/ obstaculizar o impedir el funcionamiento de los sistemas ajenos (*sabotaje*), por ejemplo, mediante *ataques DoS*.

## III - DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La regulación penal en esta materia tiene por objeto tutelar los derechos de carácter patrimonial (*derechos de explotación*) que correspondan al autor, y sancionar a aquellos que «*con ánimo de lucro y en perjuicio de los creadores, reproduzcan, plagien o distribuyan total o parcialmente las obras protegidas, sin autorización de los titulares de los derechos o de sus cesionarios*».

El Derecho español considera a los programas de ordenador como susceptibles de ser protegidos por el derecho a la PI y, por tanto, son objeto de protección penal tanto el programa fuente como el programa objeto, la documentación y los manuales, así como las versiones sucesivas. La copia, instalación o utilización de cualquier programa de ordenador sin consentimiento del titular supone una infracción.

Además, se castiga la fabricación, difusión o posesión de cualquier medio o herramienta específicamente destinada a facilitar la supresión o neutralización de las protecciones técnicas del software. Sin embargo, dichas conductas no serán punibles si el dispositivo o medio empleado para vulnerar la protección tiene cualidades o funcionalidades diferentes de las dedicadas a romper la protección.

## IV - LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO MEDIOS DE REALIZACIÓN DE OTROS TIPOS DELICTIVOS

### A. LAS FALSEDADES

El Código Penal español regula la falsificación [de moneda, de documentos (públicos, oficiales y privados), de certificados, de tarjetas de crédito o débito, etc.], que con instrumentos electrónicos y sistemas informáticos facilitan y mejoran los resultados.

Sanciona, la creación o posesión de instrumentos o herramientas destinadas a cometer cualquier clase de delito, incluyendo las falsificaciones. Condena tanto la conducta delictiva como la posesión de aparatos electrónicos o informáticos que se utilicen específicamente con fines ilícitos.

### B. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

La protección penal del derecho al honor se articula mediante dos posibles delitos:

- **Calumnia:** imputación de un hecho delictivo sabiendo que es falso.
- **Injuria:** imputación de hechos o formulación de juicios de valor despectivos para lesionar la dignidad y perjudicar la fama de un individuo.

Las condenas son diferentes según si se hacen con publicidad (agravante) o no. Se considerarán con publicidad cuando se difundan por un *medio eficaz* (prensa, radio, televisión, etc.). Los medios informáticos entrarían dentro de esta categoría: redes informáticas de difusión, correo electrónico, redes sociales...

### **C. LA 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 venta, difusión y exhibición, a través de cualquier medio directo (email, mensajería instantánea, redes sociales), de material pornográfico en el que aparezcan menores o discapacitados. En concreto, sanciona:

- 1) La utilización de menores o discapacitados en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y la elaboración de material pornográfico en cualquier soporte.
- 2) La producción, venta, distribución o exhibición, por cualquier medio, de material pornográfico en el que se utilicen menores o discapacitados.

Así 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.