

1.III.B.BENEFICIOS QUE APORTA INTERNET A LA CONTRATACIÓN

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

No necesita intermediarios.

Desaparecen costes de distribución si posee naturaleza inmaterial (entrega de producto/servicio por Internet).

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

Carácter global de Internet + muchos comerciantes en todo el mundo =>

Posibilidad de comparar calidad/precio del producto o servicio gracias a los *buscadores*.

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

Acceso rápido a gran cantidad de información. También en la contratación privada:

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

4. Superación del factor geográfico en la contratación

Globalización contractual: Contratación entre partes a distancia (local, nacional o internacional).

Problemas en materia de derecho y jurisdicción aplicables a la contratación.

Falta de contacto directo entre el usuario y los bienes => dificulta garantizar la "confianza".

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

Elimina el problema de contratación en horarios determinados

Continuamente abierto gracias a las webs comerciales.

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

Aparición de nuevos productos y profesionales.

Nuevo sector económico y laboral -> Donde las pequeñas y medianas empresas pueden actuar en igualdad de condiciones a las grandes empresas => creación de empleo y del teletrabajo.

7. Otros beneficios

Contribuye a la mejora de la adaptabilidad y los procedimientos de rendición de cuentas.

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.

1.III.C.DEBILIDADES QUE PLANTEA ESTA FORMA DE CONTRATACIÓN

1. Internacionalidad

CE -> carácter transnacional. Aspectos negativos:

- Evasión al control de los Estados: no cumplir con las regulaciones, supervisión y obligaciones impuestas por las autoridades gubernamentales (evasión fiscal, blanqueo, contrabando...).
- Defraudar los derechos de una de las partes involucradas en la contratación (vertiente precontractual (publicidad) y contractual (incumplimiento)).
- Defraudar la tutela del consumidor: prácticas perjudiciales para el consumidor, que violan sus derechos y protecciones otorgados por las leyes (publicidad engañosa, cobros indebidos, productos defectuosos...)
- Incumplimiento del contrato: vinculado al derecho aplicable y la jurisdicción competente para resolverlo. País diferente al del perjudicado => \diamond ordenamiento diferente.

UE: busca unificar el régimen jurídico aplicable mediante la Ley Modelo sobre CE.

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 todas las vertientes del derecho material.

Suele resultar difícil deslindar las fronteras correspondientes al derecho público y al privado (Derecho penal, Derecho fiscal, Derecho civil y/o mercantil).

Perspectiva territorial: dudas sobre a la aplicación de un determinado derecho material (nuestro caso: ¿aplicación del Derecho comunitario, interno o internacional?).

Derecho privado: 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

Conocimiento de las identidades de los sujetos participantes en la contratación a distancia.

Si no, 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: 1) Pago mediante tarjeta bancaria

2) Utilización indebida y no consentida de los datos personales de los sujetos contratantes.

c. El uso de la informática como factor de estandarización

Importante analizar el modo en que se recogen las cláusulas y condiciones generales en un contrato perfeccionado desde Internet (transparencia y accesibilidad, consentimiento informado, modificación de las cláusulas, evidencia y prueba, privacidad y seguridad de los datos).

d. Determinación del momento y lugar de perfección del contrato

Localización del lugar de nacimiento del contrato: determina 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

Contrato es perfeccionado a través de Internet, solo si también ejecutado desde Internet: el consumidor pierde el derecho a desistir o devolver el producto.

f. Telepago y seguridad en las transacciones

Proteger los datos: 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: 1) Validez al contrato perfeccionado mediante cauces telemáticos.

2) Especial valor probatorio al denominado "documento informático".

h. La efectiva tutela de los consumidores y usuarios

Defraudar los legítimos derechos de los consumidores: publicidad engañosa, spam, perfección de contratos a distancia, etc.

1.IV.A.LA DISCUTIDA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECIAL

Existen 2 cuestiones principales a plantearse:

1 Siguen siendo válidas para los contratos telemáticos las normas que en materia contractual han venido aplicándose hasta el momento. Debería rechazarse la necesidad de una regulación especial (entendiendo como tal un cuadro jurídico completamente nuevo).

2 Sigue siendo válido el esquema de negocio tradicional.

Categoría tradicional del contrato: se mantiene en la nueva modalidad de Internet.

Existen aspectos novedosos, que no vienen regulados por la normativa general. Se debe reaccionar: 2 soluciones:

- **Regulación:** Producción de normas de ámbito general.
- **Autorregulación:** Libertad de las partes para establecer el contenido del contrato. 2 modalidades:
 - 1) Soluciones previamente convenidas.
 - 2) Códigos de conducta.

Actualmente: se tiende a beneficiar a la regulación en perjuicio de la autorregulación, por ser la tendencia internacional.

2.I.B.SIGNIFICADO DE LA "SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN" EN EL INFORME BANGEMANN: REDES, SERVICIOS BÁSICOS Y APLICACIONES

Sociedad de la Información: etapa evolutiva dentro de la historia de la economía. Asentada en 2 conceptos: información y tecnología (la denominada *era digital*).

Informe Bangemann presenta un plan de acción para alcanzarla, combinando fuerzas del sector público y privado. 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...).

Propone una estructura con 3 elementos:

- Redes: permiten la transmisión de información sin barreras temporales ni espaciales.
- Servicios básicos: permiten utilizar dichas redes: web, email, chats...
- Aplicaciones: ofrecen soluciones específicas para usuarios: teletrabajo, educación a distancia, etc.

2.I.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

Información: adquiere un nuevo significado (económico y social).

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...).

2.I.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:** *servicio básicos de la sociedad de la información*, infraestructura.

Símbolo de la convergencia de las telecomunicaciones y la informática.

Ámbito más reducido: Intranets y Extranets, con la misma tecnología.

EDI: infraestructura de carácter cerrado, con protocolos privados y propietario.

→ **Comercio electrónico:** *servicio de la sociedad de la información*, aplicación.

Se prestan a distancia, con medios electrónicos, a petición individual y habitualmente a cambio de contraprestación.

Aparecen en la normativa europea, y adquieren significado jurídico pleno.

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

Conceptos que hacen referencia a la misma realidad, desde distintas perspectivas.

Sociedad de la Información: externa u objetiva: poner a disposición de la masa el acceso a información cuantitativamente ilimitada.

Sociedad del Conocimiento: interna o subjetiva: aprovechamiento de la información accesible por el individuo.

La evolución hacia el conocimiento aprovechado por dicha sociedad presenta 3 estadios:

1. Informático: permite una desmaterialización (formato papel) de la información.

2. Medios de comunicación asentados en redes digitales: permiten el acceso ilimitado a información, cuasi instantáneo e internacional.

3. Los destinatarios: pueden elegir esta información y transformarla en contenido.

2.II.B.DEFINICIÓN (Comercio Electrónico)

Término cambiante e inmaduro => análisis debe ser prudente.

OMC: actividades comerciales efectuadas mediante procedimientos electrónicos.

OCDE: actividades de intercambio generadora de valor para la empresa, sus proveedores o clientes, efectuada a través de las redes.

Medios y procedimientos considerados “electrónicos”: Guía para la incorporación de la Ley Modelo y la Directiva 2000/31/CE de la UE: vías de transmisión basadas en el empleo de técnicas electrónicas (a distancia o no).

Supuestos comerciales no contemplados en el tradicional: subastas públicas, relaciones en las que interviene la administración pública...

Normativa española: no existe definición jurídica para CE, se acoge a las anteriores y a “Una iniciativa europea en materia de comercio electrónico”. De la que se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1/ Consiste en actividades comerciales a través del procesamiento o transmisión electrónica de datos.

2/ No es un fenómeno nuevo.

3/ Actividades comerciales con comunicación directa y a distancia, y sin comunicación directa.

4/ Actividades comerciales online, offline o híbridas.

5/ Puede ser *directo* (todas las operaciones por vía electrónica) o *indirecto* (sólo una parte).

6/ Internet le ha aportado un mayor desarrollo y una ampliación de los sujetos que lo practican.

2.II.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.

CE: servicio de la *Sociedad de la Información* soportado por la infraestructura de Internet, si se hace online. Si es offline no pertenece a la *SI*.

Principales cualidades de Internet como medio idóneo para el CE:

- Sitios web como escaparates comerciales.
- Carácter abierto => accesible a cualquier usuario.
- Interactividad y comunicación bidireccional en las relaciones comerciales.

2.II.E.POSIBLES CLASIFICACIONES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Toda operación (orden, envío y pago) por vía electrónica o no: **Directo** e **Indirecto**.
2. Vías: **Tradicional** e **Internet**.
3. Participantes: **B2B** (profesionales), **C2C** (particulares), **B2C** (profesional y particular), **B2A** (profesional y administración), **C2A** (particular y administración).
4. Presencia de la administración: **Público** y **Privado**.
5. Entrega mediante medios electrónicos: **Online** u **Offline**.
6. Partes físicamente presentes o no: **Presencial** o a **distancia**.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

La directiva 2000/31/CE sobre CE: Servicios de la Sociedad de la Información:

- Normalmente a cambio de remuneración
- A distancia (sin que las partes estén presentes)
- Por vía electrónica (equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos)
- A petición individual (del destinatario).

En definitiva, están reguladas por la Directiva:

1. Venta de bienes y prestación de servicios.
2. Actividades precontractuales desde una página Web.
3. Servicios no remunerados en línea como comunicaciones comerciales y los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos.
4. Uso de correo electrónico por profesionales con una finalidad contractual directa (envío de ofertas) o indirecta (envío de comunicaciones comerciales).
5. 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.

3.1.A. DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS DENOMINACIONES

1. Contrato informático

Objeto de naturaleza informática.

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

Emplean medios o procedimientos electrónicos para su conclusión.

Procedimientos electrónicos: abarca la comunicación entre ordenadores y otros medios como el fax o el télex.

En ley española 34/2002: 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.

Fax o télex excluidas, la comunicación por estos medios no es un servicio de la sociedad de la información.

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

Perfeccionado a distancia, mediante medios de procesamiento y envío de datos.

Contenidos accesibles sin necesidad de reproducirse sobre papel.

Excluidos los concluidos mediante fax o télex.

(ej. contratos concluidos por internet o intranet entre partes físicamente distantes).

4. Contrato on-line

2 acepciones. Contrato perfeccionado:

1) En línea

2) Desde una web y practicable en masa (excluidos: contratos por email, chat o videoconferencia).

Servicios offline no son contrato online, telemático, ni electrónico; pero si informático por su contenido.

5. Contrato digital

Conclusión usando la firma digital, en concreto a la firma electrónica avanzada en la jurisprudencia comunitaria

Duda: ¿Digital tanto si las partes están físicamente a distancia, como presentes?

Algún autor: contrato cuya conclusión mediante medios electrónicos es posible sin necesidad de recogerse

materialmente en papel.

3.I.B.CONTRATO VÍA INTERNET: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Contrato electrónico, online. Si es entre partes no presentes será telemático, y si en su conclusión se emplea la firma digital será también un contrato digital.

Resaltar que la normativa comunitaria sobre CE no se aplica a todos los contratos electrónicos.

La ley 34/2002 española (traspone la directiva sobre CE): Exige que oferta y aceptación viajen a través de internet para ser contrato electrónico.

Aceptación: 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. Novedad técnica del medio, pero es un contrato más, peculiar en el sentido de que al menos la aceptación se realiza a través de un medio moderno de comunicación.

Novedad 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).

3.III.A.POR EL MODO DE ALCANZARSE EL ACUERDO DESDE INTERNET

Solo la aceptación se comunica por la red.

Aceptación y oferta vengán transmitidos a través de internet.

Cuando acepta contratar de una web comercial pulsando el icono colocado al efecto: **acepta** de forma expresa la perfección de un contrato.

Problemas 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.

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).

3.III.B.TENIENDO EN CUENTA EL TIPO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Ejecución enteramente desde la misma red (**contratos directos, puros o perfectos**).

Para su cumplimiento han de recurrir a los canales tradicionales, al menos para la entrega del bien adquirido (**contratos indirectos, impuros o imperfectos**) (independientemente de si se han abonado en línea).

3.III.D.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).

3.III.D.2.Contratos perfeccionados mediante el empleo de chat o videoconferencia

Servicios de Internet que permiten dialogar en privado: ◇ canal para concluir un contrato. No idóneo.

Las partes deben conocerse previamente, y guiados por una confianza mutua se transmiten las declaraciones constitutivas del consentimiento contractual.

Escasa fuerza probatoria, equivalente a la concluida verbalmente de forma física o telefónica.

3.III.D.3.Contratos concluidos por medio de correo electrónico

Correo electrónico: 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*).

Medio de comunicación entre partes físicamente distantes, económico, rápido, personal y asíncrono.

No requiere una presencia simultánea de los sujetos que se comuniquen.

Diferente régimen jurídico según el correo venga firmado electrónicamente o no.

3.III.D.4. Contratos celebrados a través de una subasta electrónica

Las partes involucradas pueden llegar a la conclusión de contratos por el sistema de la subasta.

Posible gracias a la combinación de los siguientes elementos:

- Esquema contractual de la subasta. Suelen ser exclusivamente compra-ventas.
Vendedor: promueve la subasta.
Subastador: proporciona el programa informático.
Licitadores: sujetos interesados, para participar es necesario registrarse en el servidor.
 Objetos subastados: mostrados en una web con su información.
- 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.
- Comunicación que se produce entre el servidor y los participantes durante todo el proceso suele ser mediante correo electrónico.

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

Novedad: donde se sitúa el consentimiento (oral frente a escrito) y el documento electrónico (privado o público).

Normativa europea: concede valor probatorio al documento informático con firma digital reconocida.

Según la forma del contrato, 3 tipos:

- No requieren de una forma determinada para su existencia.
- *Ad probationem*: vienen recogidos en una determinada forma solo a efectos de prueba.
- *Ad substantiam*: 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.

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

Contratos perfeccionados (o no) en tiempo real, inherente a la comunicación a distancia.

Técnicas o medios de comunicación a distancia que permiten una contratación de manera análoga a la presencia física de las partes => desaparecerán problemas como la hipotética retirada de la aceptación.

3.III.G. DE ACUERDO CON LA PRESENCIA/AUSENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Contratos en masa: Comunes cuando el contrato se alcanza desde una página web o subasta electrónica. La presencia de condiciones generales se vincula directamente a la técnica empleada desde internet para la perfección del contrato.

Individualizados (negociados): No suelen estar presentes cuando se perfecciona mediante correo electrónico, chat o videoconferencia.

4.I. EL CRITERIO SUBJETIVO DE DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Según las partes que intervengan:

- **Relación mercantil (B2B)**: profesionales en su ámbito de actuación propio. Aplica: *Derecho mercantil*.
- **Relación civil (C2C)**: sujetos en el ámbito de sus relaciones particulares. Aplica: *Derecho civil*.
- **Relación de consumo (B2C)**: una de las partes actúa como profesional y la otra como particular. Aplica la tutela de los consumidores, *Derecho de consumo*.
- B2A entre empresas y administraciones, C2A entre consumidores y administraciones, B2E entre empresas y empleados. Aplica el *Derecho administrativo o laboral*.

No todas tendrán el calificativo de *contractual*, según la naturaleza de las relaciones se aplicarán las normativas correspondientes.

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

Directiva europea: distingue la presencia de 2 partes, en las relaciones originadas en torno a los *servicios de la SI*:

- **Prestador**: persona física o jurídica que lo suministra.
Establecido cuando es estable en el tiempo y en su instalación (refiriéndose al establecimiento real y físico).
- **Destinatario**: persona física o jurídica que utiliza el servicio por motivos profesionales o de otro tipo.

Ley española traspone tal cual.

Normativa sobre CE no se limita a la tutela del consumidor, posee una vocación más amplia que afecta a especialmente a B2C y B2B, y no tanto a C2C.

4.II.C.RÉGIMEN DE INFORMACIÓN DEL PRESTADOR DE SERVICIOS

Directiva exige que el prestador de servicios proporcione la siguiente información.

A los destinatarios y a la autoridad competente.

Exigencias mayores que en otros ámbitos, beneficiando a la contratación electrónica entre profesionales:

- 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 o similar.
- Si la actividad está grabada con IVA, el NIF.

Norma española añade la obligación de informar sobre:

- Los códigos de conducta a los que esté adherido y como consultarlos.
- EL empleo una conexión de tarificación adicional y la descarga de programas que efectúen funciones de marcación (Fruto de la ley de firma electrónica).

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

Directiva europea: **consumidor**:

- Persona física.
- Actuando con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión (diferente su rol profesional habitual)
- Ligado al concepto de *profesional* (frente al consumidor, siempre habrá un sujeto con propósito comercial).

Ley española: personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

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

Partes no físicamente presentes => ◊problemas, como los asociados a la correcta identificación de las partes o la capacidad y presentación, como cuando intervengan menores.

Consentimiento: siguen vigentes las reglas del derecho privado.

Prestador de servicios: se le exige una identificación clara e inexcusable.

Principal problema: identificación del consumidor: en la práctica, el único modo posible es por un rastreo de IP, que no asegura la identidad del consumidor (puede anonimizar la conexión o realizarla desde un lugar público). 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:

- Contratos en los que intervenga un consumidor: celebrados en su lugar de residencia.
- Relación comercial entre profesionales: lugar en el que esté establecido el prestador de servicios.

4.V.A.CONTRATOS CELEBRADOS DESDE UNA PÁGINA WEB

Prestador no necesita autorización previa de las autoridades administrativas para participar en el fenómeno contractual en la red. Se le exige información precisa sobre su persona y actividad.

Además, 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 quedara registrado y la posibilidad de modificación; lenguas ofrecidas; códigos de conducta...
- 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).

Destinatario: proporcionar los datos exigidos en la hoja de pedidos, dependientes de su honestidad (datos personales como nombre y apellidos, dirección completa y correo electrónico, y opcionalmente teléfono y NIF). Posibles problemas fruto de su capacidad de contratar o su identidad: resueltos aplicando las normas generales del Código Civil.

4.V.B.CONTRATOS A TRAVÉS DE SUBASTA ELECTRÓNICA

Rigen características de los contratos celebrados a través de una página web => Exige a los participantes (vendedores y postores) que se inscriban previamente en un registro particular del servidor.

Ley española 34/2002: Aplicación:

- Subasta cuya organización presente un beneficio económico (considerada “servicio de la sociedad de la información”).
- No entre particulares (fuera de su profesión, de forma privada por email y no dirigida al público en general).

Directiva 2011/83/UE: Aplicación:

- Subastas realizadas por medios electrónicos que cumplen los requisitos expuestos para ser considerada *servicio de la sociedad de la información*.
- *Subasta pública*: requieren la presencia física del comerciante y del consumidor (las subastas en línea no).

4.V.C.CONTRATOS PERFECCIONADOS MEDIANTE CORREO ELECTRÓNICO

Diferentes supuestos:

1. Aceptación contractual a través de correo electrónico a la dirección recogida en una determinada página web, cuyo titular y prestador de servicios cumple con los requisitos de identificación.
2. Alguna de las partes es un profesional: normativa de CE, datos personales exigidos al prestador del servicio.
3. Participantes son particulares: no sujetos a la Directiva sobre CE, identificación de las partes basada en su buena fe.

Puede venir o no acompañada de firma electrónica.

Firma avanzada: garantiza la identificación de la persona que firma, y la integridad del documento firmado.

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

Solo cuando ambas partes se conocen previamente y empleen un canal privado.

Inseguridad del conocimiento de los datos personales de las partes intervinientes.

Si se usaran para una contratación dirigida al público en general (en masa): aplica 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.

5.1.A.CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS EN ATENCIÓN AL MODO DE PERFECCIONARSE: FORMACIÓN INSTANTÁNEA Y FORMACIÓN *EX INTERVALLO TEMPORIS* (con *intervalo temporal*)

2 clasificaciones:

- 1) **Entre partes presentes**: posible concluir inmediatamente si las partes quieren o alargar la fase precontractual.
- 2) **Entre partes ausentes**: necesario intervalo de tiempo para su formación (el pasado entre la emisión de la aceptación contractual y el conocimiento de esta del oferente, durante el que se puede retirar la aceptación).
- 1) **De formación instantánea**: las partes presentes (física o telemáticamente), sin actos precontractuales entre la oferta y la aceptación y con intercambio de oferta/aceptación inmediata (sin plazo de reflexión).
- 2) **De formación *ex intervallo temporis***: la fase precontractual se dilata:
 - a. De formación sucesiva: Constan de actos precontractuales como fase previa a la oferta/aceptación.
 - b. Entre partes ausentes: una vez tramitada oferta y aceptación hay un tiempo que las separa.
 - c. Con plazo de reflexión para comunicar la aceptación: oferente se lo otorga al destinatario.

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

Normativa española civil: contrato entre partes no presentes: al comunicarse la aceptación contractual las partes no están presentes físicamente o no disponen de un medio técnico que permita una comunicación instantánea.

Legislación europea y nacional: restringen a aquel que se perfecciona sin la presencia física simultánea (*presencia* carácter exclusivamente geográfico) => Mayor protección de los consumidores.

Contratos a distancia para consumidores:

Derecho de desistimiento del contrato durante un periodo temporal (ampliado de 7 a 14 días) desde:

- Entrega del producto si es una compraventa
- Momento de celebración del contrato si es un servicio.

Así pierde relevancia la determinación exacta del momento de perfección del contrato a distancia.

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

Criterio temporal, y no geográfico. Según si hay un intervalo entre la aceptación y el conocimiento de esta por el oferente, lo que puede ser inherente al medio empleado. Entre partes **ausentes** y **presentes**.

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

En caso contrario: *ex intervallo temporis*.

- 2) A través de correo electrónico: *ex intervallo temporis*, contrato entre ausentes.
- 3) Mediante subasta electrónica: *ex intervallo temporis* debido al esquemas de pujas.

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

Normativa actual: **entre ausentes** \subset **contrato a distancia**.

A distancia: transmisión de la aceptación entre partes que no se hallan físicamente presentes de forma simultánea, debe desvincularse del momento de nacimiento del contrato.

No contratos entre ausentes, pero si a distancia: concluidos, pese a encontrarse las partes físicamente distantes, mediante el empleo de un medio telemático que permita la comunicación instantánea.

En la norma española eran conceptos idénticos inicialmente -> diferenciados por normativa comunitaria:

Contrato a distancia su propio régimen jurídico ante la presencia de consumidores.

España: régimen jurídico no solo se aplica a la tutela del consumidor, incluye la contratación entre profesionales. => También se distinguen en relaciones mercantiles, siempre que existan condiciones generales de contratación.

5.II.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:
 - a. Une a las partes durante un período determinado
 - b. 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 adquirente.
5. Determinación exacta de la norma que rige en la relación contractual (en ese momento).
6. Cómputo de plazos a efectos de determinados derechos (ej: *de desistimiento*).

Lugar exacto, para determinar:

- Ley o norma aplicable
- Fuero jurisdiccional competente para la resolución de conflictos
- Lugar de cumplimiento de las obligaciones recogidas en el contrato.

5.II.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 la norma española los artículos sobre: *ley aplicable* y *lugar de celebración del contrato*.
- 2) Normativa comunitaria para la tutela de los consumidores en contratos a distancia, y sus trasposiciones.
- 3) 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: Criterios para determinar el lugar y momento de nacimiento del contrato propios de los distintos ordenamientos nacionales, sin necesidad de proceder a la unificación de todos ellos.
- 5) UE: ley aplicable a las obligaciones contractuales y de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

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

España: unificación en los criterios del momento y lugar del nacimiento del contrato en los ámbitos civil y mercantil.

Celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

Mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

En la práctica pueden distinguirse distintos supuestos:

- 1) Teoría del conocimiento, nace en el momento en el que se conoce la aceptación:

- a. Entre partes físicamente presente: lugar en el que se conoce la aceptación coincide con el de la oferta.
- b. Partes no presentes físicamente (si temporalmente o no).
- 2) Ex intervalo temporis: nace cuando se reencuentran las partes y se produce la aceptación por el destinatario.
- 3) Ejecución del contrato sin necesidad previa de aceptación: nace cuando el oferente conoce el inicio de su ejecución.
- 4) Mediante dispositivos automáticos: “teoría de la emisión” como momento de nacimiento.

5.II.D.1. Los artículos 10 y 11 de la Directiva sobre CE: información previa exigida y realización de un pedido

Directiva europea: nada sobre el momento y lugar de los contratos concluidos de forma electrónica.

Artículo 10: Información clara e inequívoca **exigida al prestador de servicios**:

1. Pasos técnicos para conclusión, si quedará registrado, posibilidad de modificación, idiomas ofrecidos.
2. Códigos de conducta y forma de consultarlos. *(no aplica si emplea correo electrónico, tampoco 1)*
3. Condiciones generales de manera que se puedan almacenar y reproducir.

Artículo 11: regula la **realización del pedido** por vía electrónica. Exige que el prestador:

1. Acuse recibo: se considerarán recibidos cuando el destinatario tenga acceso a ellos.
2. Ponga a disposición del destinatario los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de realizar el pedido. *(no aplica si utiliza email, 1.1 tampoco)*

5.II.D.2. Los artículos 26 a 29 de la Ley Española sobre CE: 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:

Artículo 26: Ley aplicable.

Contar con lo dispuesto en las normas de derecho internacional privado del ordenamiento español.

En lo referente a la situación de los prestadores de servicio establecidos en España o en otro miembro de la UE.

Artículo 27: Obligaciones previas a la contratación. ≡ art.10 Directiva

Añade una obligación informativa relativa al plazo de vigencia de las ofertas realizadas por vía electrónica:

El tiempo establecido por el oferente o, en su defecto, mientras resulten accesibles a sus destinatarios.

Artículo 28: Información posterior a la celebración del contrato. ≡ art.11 Directiva

Centrado en la finalidad del acuse de recibo del pedido: informativo, posterior a la celebración del contrato.

Apunte de la norma española: posibilidad de que no sea el prestador del servicio quien realice la oferta, sino el destinatario.

Artículo 29: Lugar de celebración del contrato.

Previsión expresa: cuando es concluido por vía electrónica:

- Si interviene un consumidor: celebrados en su lugar de residencia habitual.
- Entre profesionales: en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

5.II.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

Partes no presentes geográfica ni físicamente: teoría del conocimiento atenuada por el de la recepción (se presume la buena fe del destinatario de la aceptación).

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

- Originada por el intercambio de mensajes individuales de correo:
Se presumirá que tiene acceso a ella desde que el mensaje alcanza la dirección de destino.
A no ser que pruebe que le ha sido imposible conocerlo sin mediar culpa suya.
- Concluido desde una página web, “clicando” en las sucesivas pantallas, a través de un programa informático:
Cuando el prestador de servicios puede acceder a ella = el programa recibe el OK definitivo del aceptante.

2. Lugar de nacimiento del contrato en Internet

No útiles:

- “Dirección electrónica”
- Lugar del ordenador emisor de la oferta o el receptor de la aceptación.
- Lugar en que se hallen las partes ocasionalmente.
- Sitio en que se encuentre el proveedor de correo electrónico de las partes.

Solución a nivel internacional, comunitario y nacional: referencia geográfica **asentada en criterios físicos**

permanentes de carácter objetivo: ej., residencia habitual del consumidor o lugar de establecimiento del prestador de servicios.

Contrato celebrado desde una página web: Directiva 2000/31 (+ respectivas normas de trasposición).

Contratación se perfecciona mediante el intercambio de mensajes individuales de correo electrónico: se apoya en la interpretación de la ley modelo sobre comercio electrónico para alcanzar una conclusión equivalente.

6.1.A.LA PRESENCIA DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Siguen un procedimiento secuencial donde la negociación de las cláusulas desaparece o queda muy limitada.

Operados desde Internet: *contratos en masa* +relevantes (a través de una página web o por subasta electrónica).

Caracterizados por:

1. Perfeccionar un **contrato idéntico** para multitud de personas.
2. Carecer de la etapa previa en la que se negocia el contenido contractual.

Condiciones generales de contratación: instrumento de estandarización de las relaciones contractuales.

Comprador deberá ser informado debidamente o aceptarlas expresamente para que sean eficaces.

España:

- Régimen jurídico amplio: para las “condiciones generales” dirigidas a la contratación general.
- Régimen específico: para consumidores: cláusulas abusivas -> pueden ser anuladas pese a la aceptación previa. (*artículo 5, apartado 4 ley española de condiciones generales de la contratación*)

Contratación telefónica/electrónica: necesita constancia de aceptación de las cláusulas, pero no firma escrita.

En Internet:

- Basta manifestar la aceptación de las cláusulas mediante firma electrónica avanzada no reconocida.
- Si son accesibles de forma clara y comprensible: no requerirán firma electrónica, siempre que la aceptación se recoja en soporte electrónico.

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

Contemplados en el artículo 16 de la Directiva 2000/31/CE y en el 18 de la Ley Española 34/2002 que la transpone.

Ejemplo práctico de autorregulación y una alternativa a la regulación directa (EE.UU. tiende hacia esta autorregulación, mientras que en Europa se busca una legislación más estricta; en los últimos años, ambas tendencias han ido cambiando hacia las direcciones opuestas).

Ventaja principal: mayor velocidad de adaptación a la rápida evolución de Internet. 2 tipos:

- **Jurídicamente vinculante:** la parte más fuerte de la relación (prestador de servicios) se autolimita o restringe su poder más de lo que la ley le exige, revirtiendo en favor de la parte más débil.
- **Moral, no jurídicamente vinculante:** misma trascendencia jurídica que la de los códigos deontológicos profesionales en el ejercicio de su actividad (poca).
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.

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

Comunicaciones comerciales (CC): actividades del prestador de servicios durante la fase precontractual de un hipotético futuro contrato con el fin de alcanzar su conclusión: *publicidad, descuentos, ofertas, concursos, etc.*

No lo son: datos que permiten acceder a la actividad de empresa (nombre de dominio, email) o las elaboradas por terceros, de forma independiente y sin contrapartida económica.

Directiva 2000/31/CE:

Exige que sean identificables como CC y se identifique a la persona en nombre de quién se realizan.

Artículo 13 de la Directiva 2002/58/CE: regula las comunicaciones no solicitadas, que no están permitidas, salvo:

1. Que se envíen a clientes con los que ya ha mantenido una relación contractual.
2. Sobre productos/servicios similares.
3. Permitiendo oponerse al envío futuro.

Ley española que la transpone distingue 3 tipos de CC:

1. Estricta naturaleza publicitaria: les exige que figure al inicio del mensaje la expresión “publicidad”.
2. Ofertas promocionales (descuentos, premios y regalos).
3. Concursos o juegos promocionales.

Prohíbe: envío CC donde: id remitente no clara o se incite a visitar págs. que contravengan lo dispuesto.

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

Infracciones graves (multa 20.001 a 150.000€):

1. Envío masivo de CC por e-mail u otro medio electrónico si no se cumplen los requisitos.
2. No incorporar procedimientos adecuados para revocar el consentimiento prestado.

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

Para los productos o servicios contratados electrónicamente según su entrega:

1. Por correspondencia postal, transporte, etc., **excluidos** de la Directiva sobre CE.

Proveedor debe incluir en información previa a la conclusión: las modalidades de entrega, los gastos de envío y los precios de forma clara y sin ambigüedades, indicando explícitamente los impuestos incluidos.

Entrega tras el pago => conveniente que incluyera correo o transporte contra reembolso.

2. De forma telemática: al ordenador o e-mail, o ejecutables directamente desde Internet. No cabe ejercer el derecho de desistimiento.

En UE y en el estado (salvo que se pacte lo contrario): plazo máximo de 30 días desde la celebración del contrato.

Se suele establecer un plazo menor (3 o 4 días) que no deriva en ninguna responsabilidad de no cumplirse.

1^{er} Incumplimiento: consumidor concederá al comerciante un plazo adicional.

2^o Incumplimiento: podrá resolver el contrato y el comerciante deberá reembolsar la cantidad abonada.

Importante establecer el momento exacto de la entrega a efectos del ejercicio de desistimiento del contrato.

Concluidos por e-mail, chat, videoconferencia o subasta electrónica: Normativa de protección del consumidor en materia de contratos a distancia.

6.II.B.PROBLEMAS VINCULADOS AL PAGO

1- La búsqueda de un sistema seguro de pago

Tarjeta: +usado, temor a que los datos puedan caer en manos de ciber-delincuentes.

Características de un sistema seguro de pago:

- Confidencialidad: transacción solo conocida por las partes (proveedor, cliente y banco).
- Integridad: datos no pueden 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/No repudiación: autenticación vigente durante suficiente tiempo para impedir que una de las partes decline su responsabilidad.
- Anonimato (exigidos por algunos autores): para no saber quién lo hizo con después del pago (tarjetas no lo permiten, las de prepago sí).

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

2- El dinero electrónico

Representa en *bits* un valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que supone un crédito sobre el emisor, y una vez gastado, se puede recargar.

Se crea cuando una entidad emisora recibe y acepta fondos del usuario, convirtiéndose en dinero electrónico para efectuar operaciones de pago. Beneficios:

- Garantiza el anonimato del comprador.
- Es autónomo e independiente de las cuentas bancarias => posesión por un tercero, no permite 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

Tratar de resolver los problemas generados por su uso (ej. datos de una tarjeta sustraídos, empleados por un tercero).

Directiva actual (2011/83/UE) no lo contempla, la 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.

Solución imperfecta: 1) No garantiza la solución del problema ni fomenta el uso de las tarjetas

2) Para que le sea abonado el pago, el consumidor debe probar el fraude, lo cual es sumamente difícil.

b.- Soluciones a priori

Ejemplo de cauces previos y uso seguro de la tarjeta bancaria en Internet:

- Emplear protocolos de seguridad reconocidos como SSL.
- Evitar el uso de las tarjetas en un canal abierto e inseguro.
Mejor: 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 con tarjeta tradicional: confirmar que el titular es quien autoriza el pago mediante 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).

6.III.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. Normativa sobre CE: **no se aplica a todas las relaciones contractuales que pueden tener lugar desde la red**. Ej. los concluidos por correo electrónico o en los que solo la aceptación se ha transmitido por Internet.
2. Directiva europea: **regula más cuestiones aparte de la contratación en la red** (como transmisiones de información no remuneradas, ajenas al fenómeno contractual).
3. Regula los servicios ofrecidos por **prestadores de servicios profesionales** a través de la red.
Deben cumplir una serie de cuestiones: identificación, CC y responsabilidades derivadas de sus actuaciones.
4. En materia de contratación: Fija su atención en las **relaciones entre prestador y destinatario** de un servicio (remunerado o de acceso libre) a través de una página web. Los de **acceso libre** se incluyen para:
 - Controlar la información publicitaria.
 - Identificar a los proveedores de ofertas.
 - Vigilar actuaciones perjudiciales (*malware*).
 - Tutelar los derechos de PI.
 - Tomar medidas para prevenir, detectar, investigar y sancionar actividades ilícitas.
5. **3 tipos de regímenes jurídicos** aplicables a los contratos celebrados en Internet, según las características de las partes: entre B2C, B2B y C2C; y además se tiene en cuenta el tipo de medio utilizado (web, chat, email) para finalizarlo.

6.III.B.CONTRATOS CON CONSUMIDORES → *[B2C]*

Profesional: persona física o jurídica que actúan en el marco de su actividad comercial, industrial o artesanal.

Consumidor: persona física (también jurídica, en España) que actúa en ámbito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión. Frente al mismo debe haber un profesional.

Protegido por la **Ley española 34/2002**:

Exige al prestador del servicio dar información de sus datos personales, precios, CC y reglas de contratación electrónica (independiente del medio usado para la comunicación).

Contratos por email o chat: antes de su nacimiento, facilitar al consumidor las condiciones generales, para que pueda almacenarlas y reproducirlas.

Derecho de desistimiento: 14 días desde el día de recepción del producto (recibido cuando se tenga acceso al mismo) o de contrato si es un servicio.

Derecho de resolución: mayor (12 meses), cuando no ha sido informado de forma clara y comprensible de su derecho de desistimiento.

Si se emplea la firma electrónica en el proceso contractual se aplicará la **Ley 59/2003** de la firma electrónica.

6.III.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

Régimen de información general y específico de CC (Ley 34/2002): pues se desconoce si los interesados son profesionales o consumidores.

Información requerida y realización del pedido, si ambos 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.

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.

Aplicables cuando el contacto electrónico derive de la relación iniciada desde una web.

CC: mismo régimen (Ley 34/2002).

Régimen contractual: reducida a art. 10.3: *condiciones generales de contratación* y art.11.1: 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 renunciable 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?

Contratación telefónica o electrónica: necesaria aceptación de todas las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional -> enviar al consumidor alegato escrito de la contratación, constarán todos sus términos.

3 cuestiones que atenúan la práctica de su aplicación:

- 1) Contrato por internet: impone las condiciones un profesional. No distingue entre profesionales y consumidores por lo que enviará las condiciones a ambos.
- 2) Habitual: oferente excluye su voluntad contractual y cede la autoría de la oferta al usuario de la web que confecciona la hoja de pedido.
Para tener estos beneficios frente a cualquier contratante, cumplirá también con el trámite del envío.
- 3) Grandes empresas: Habitual: pedidos a gran escala. Las webs suelen tener una opción para negociar el precio. El proveedor puede prescindir voluntariamente de las condiciones generales para obtener la venta. Previsión debe interpretarse ampliamente y aplicarse también a la contratación entre profesionales.

6.III.D.CONTRATOS ENTRE PARTICULARES → *[C2C - P2P]*

Ambas partes son particulares: Código Civil, que presupone un equilibrio exacto entre las partes.

Aplica **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.

Conclusión del contrato por otras vías (email, chat, videoconferencia) (aunque web es la que permite el contacto) no regulada por la Directiva sobre CE.

Si es un profesional que quiere contratar con un particular pasa a ser una relación de consumo (B2C).

Particular: consumidor con todos los derechos concedidos por las normas de protección de los consumidores.

7.I.A.LA INFORMÁTICA JURÍDICA

1- Informática jurídica documental

Tratamiento automatizado de los **sistemas de documentación jurídica**, permitiendo acceder de forma rápida y eficaz a la información. 2 objetivos:

- 1) Facilitar 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...
- Dificultades de carácter *lógico-semántico* (por la naturaleza del lenguaje jurídico “especializado”), donde se trataría de lograr una normalización del lenguaje jurídico para evitar ambigüedades.

Exigencias particulares de estos sistemas en la fase de:

- Creación/input: garantizar la calidad de los datos, evitar su destrucción o manipulación.
- Puesta en marcha/output: evitar utilizaciones abusivas o no justificadas de los datos (inusual en fuentes accesibles al público como el BOE).

2- Informática jurídica decisional

Tratamiento automatizado de las **fuentes de producción jurídica**: Informatización de los procedimientos que pudieran reproducir (o sustituir) algunas de las actividades desarrolladas por el operador jurídico.

Crean *Sistemas expertos*: incorporan conocimiento lógico-formal de la toma de decisiones jurídicas, con conocimiento especialista de cada materia (liquidaciones tributarias, cálculo de indemnizaciones...).

Excluye: ámbitos complejos => toma de decisiones requiere el análisis valorativo y pormenorizado de múltiples hechos, circunstancias o factores (ej. los procesos penales).

Incluye procesos de carácter cuantitativo (sin sustituir totalmente a los operadores jurídicos (jueces, abogados...))

3- Informática jurídica de gestión

Fundamentalmente: automatización de tareas administrativas y de gestión del mundo jurídico.

+desarrollo: informatizando Juzgados, Registros, Despachos de abogados, Consultorías... con software a medida.

Automatizar tareas regladas y frecuentes (organización de registros, interposición de demandas, control de plazos procesales...).

Ganar en agilidad y reducir costes.

Ayudan a que las actuaciones sean más transparentes, uniformes e imparciales (+ *seguridad jurídica*).

7.I.B.EL DERECHO INFORMÁTICO

Nuevas tecnologías => riesgos relacionados con los derechos individuales y las actividades de la Administración. Necesario crear una normas para proteger la personalidad del sujeto ante una utilización abusiva o indebida de los métodos tecnológicos modernos.

Derecho Informático: disciplina que engloba el conjunto de disposiciones jurídicas para la regulación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TICs).

7.II.A.LA LIBERTAD INFORMÁTICA

Nuevo derecho individual para: 1) Proteger del conocimiento ajeno las facetas de la vida privada.

2) 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 esos 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.

Aplican a las actividades de las administraciones públicas => regula las condiciones jurídicas de implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito administrativo (*Administración Electrónica*) y sus efectos jurídicos:

- **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.
- **Obligatorio difundir públicamente las características de los programas** y aplicaciones electrónicas, informáticas y telemáticas que vayan a ser utilizados.

La Administración da cumplimiento a 3 principios: 1) Transparencia.

2) Intangibilidad de las garantías del administrado y los procedimientos que le afecten.

3) Seguridad informática.

7.II.B.EL HABEAS DATA

Habeas Corpus: institución jurídica que protege la libertad personal (ámbito externo (libertad física)).

Habeas Data: para proteger la libertad informática (ámbito interno (intimidad, identidad y personalidad)).

Además de reconocer el derecho es necesario establecer las garantías jurídicas que lo salvaguarden.

Habeas Corpus: para evitar que decisiones arbitrarias pusiesen en peligro la libertad de los sujetos.

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.

Habeas Data: para dar garantía jurídica a los sujetos frente a terceros que utilicen indebidamente informaciones personales recogidas en diversas fuentes de datos.

7.II.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.

Garantizar a las personas, el poder de control sobre sus datos personales, uso y destino, para evitar su tráfico y uso lesivo para la dignidad del afectado.

Su ejercicio da lugar a una deberes jurídicos a terceros (como la obligación de recabar el consentimiento del afectado), para garantizar el control efectivo y real sobre sus datos personales.

Contenido del derecho a la protección de datos, señalado por el TC, coincide con los principios y derechos dispuestos en la **LO 15/1999 de Tratamiento de Datos Personales**.

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

Ética: principios orientadores de las acciones humanas surgidos de la reflexión y el análisis crítico de los actos y conductas.

Deontología: parte ocupada de los deberes y obligaciones morales dentro de una determinada profesión.

Códigos deontológicos: mecanismo de autorregulación de los profesionales elaborados por Asociaciones y Colegios profesionales.

Compromisos de conducta profesional y obligaciones esperadas de todos sus miembros.

Informan a los ciudadanos de la función social de la profesión.

Recogen cuestiones individuales concretas (conocimiento de la normativa, neutralidad, formación continua...).

Responsabilidad Social Corporativa (RSC): 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 Ing. Inf. destaca PAPA, que agrupa varios de los principios éticos relativos a las aplicaciones de las TICs:

- **Intimidad (Privacy):** relacionada con: 1) *Confidencialidad*: Deber del secreto profesional.
2) *Invasión de la intimidad*: Deber de proteger la intimidad y mejorar la dignidad personal.
- **Exactitud (Accuracy):** velar por la precisión de la información y defensa de manipulaciones inapropiadas.
- **Propiedad intelectual (Property):** proteger la integridad de las ideas y el trabajo ajeno, aunque la obra no haya sido explícitamente protegida.
- **Accesibilidad (Accessibility):** derecho a proveer y recibir información, contribuyendo a que los servicios telemáticos sean accesibles a la mayoría.

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

(UE) 2016/679: sobre el tratamiento de datos personales y a su libre circulación => mayor protección a los derechos fundamentales de las personas y facilitar las actividades económicas dentro del mercado único digital.

Datos personales: actualmente, bien, posible objeto de negocios => normativas de protección de datos tienden a dotarles de mayores garantías y mecanismos de protección frente a usos ilegítimos/fraudulentos.

Disposiciones del RGPD: *obligatorias y resultan directamente aplicables en todos los Estados miembros de la UE.*

- Remite aspectos concretos para la adaptación de los estados (España, LOPDGDD):
ej. establecimiento del marco jurídico aplicable a las personas fallecidas, sanciones previstas.
- Actualiza anterior: atribuye mayor control sobre los datos personales a los ciudadanos.
- Pero permitiendo a las empresas y corporaciones seguir avanzando en el nuevo escenario.
- Nueva configuración del derecho a la protección de datos: carácter no absoluto, puede verse limitado para mantener el equilibrio con otros derechos y libertades fundamentales.

8.2.1.Ámbito de Aplicación del RGPD.

1. **Subjetivo:** 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. **Territorial:** solamente para datos personales de personas residentes en la UE, independientemente de donde se realice el tratamiento (criterio del establecimiento en el territorio de la UE).
Se aplica si una empresa u organismo no pertenece a la UE, pero cumple alguna de las siguientes:
 - Realiza actividades de tratamiento de datos vinculados con ofertas dirigidas a personas de la UE (RRSS, buscadores...).
 - Monitoriza el seguimiento de sus actividades (ej. cookies), independientemente de donde tenga su sede la empresa (criterio de las actividades relativas a interesados que se encuentran en la UE).
3. **Material:** art. 2: cualquier operación que permita el tratamiento:
 - Total o parcialmente automatizado de datos personales.
 - No automatizado de datos contenidos en un fichero o que vayan a ser incorporados a uno.
4. **No será de aplicación:** En actividades:
 - Para la seguridad nacional por las autoridades (prevenir, detectar, investigar o enjuiciar delitos o ejecutar sanciones penales).
 - En materia de Política exterior y Seguridad común.
 - De personas físicas para actividades exclusivamente personales o domésticas, si no afectan a un número indeterminado de sujetos.

8.2.2.Principales Definiciones contenidas en el RGPD.

La normativa europea de protección de datos establece (art. 4) definiciones sobre:

1. **Sujetos.** 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 <- = en b, c, d) que determina los fines y medios del tratamiento => obligación directa de cumplir las normas sobre protección de datos.
 - c. **Encargado del tratamiento:** 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). Obligado a aplicar las medidas técnicas apropiadas para garantizar que 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. **Datos.** Categorías:
 - a. **Personal:** información que afecte a una persona física identificada o identificable (puede ser reconocida e individualizada utilizando un identificador o combinando determinados criterios (datos identificativos, de situación laboral, financiera, indicadores basados en tecnología...)).
 - 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.
Excluidos: datos anónimos que no permiten la identificación del sujeto y datos anonimizados (plantean duda,: ¿Realmente protegen totalmente la identidad o podría “reidentificársele”?).

8.2.3. Instrumentos jurídicos de protección.

Sistema reforzado de protección de datos:

Tratamiento de datos personales debe respetar y cumplir los principios fijados en la normativa.

Al menos 1 de las bases de legitimación establecidas en el artículo 6 del Reglamento.

1) Bases jurídicas para el tratamiento de los datos:

- a) NO categoría especial: Si cumple min 1 de las siguientes:
 - i) Consentimiento libre, específico, informado e inequívoco del interesado.
Expresamente para cada fin del tratamiento => Excluyendo el “consentimiento tácito”.
 - ii) Necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado intervenga como parte.
 - iii) Para cumplir con una obligación legal por parte del responsable del Tratamiento.
 - iv) Necesario para proteger intereses vitales del interesado u otro sujeto.
 - v) Para una tarea de interés público.
 - vi) Responsable del tratamiento: concedido ejercicio de poderes públicos.
 - vii) Necesario para satisfacer intereses legítimos del responsable o un tercero, si no afectan a los intereses, derechos y libertades fundamentales del interesado.
- b) Categorías especiales: prohibido, salvo
 - i) Consentimiento explícito del interesado.
 - ii) Para cumplir con obligaciones y derechos establecidos.
 - iii) Hay razones de interés público para la protección de la salud.
 - iv) Garantizar la calidad y seguridad de la asistencia sanitaria.

2) Principios relativos al tratamiento de los datos:

Principio de Responsabilidad Proactiva: responsable del Tratamiento debe demostrar que cumple con los principios del RGPD: Adoptando medidas preventivas y de adecuación de los riesgos concretos según el tratamiento.

Principios fundamentales relativos al tratamiento de los datos:

- A) **Licitud, lealtad y transparencia:** tratados de manera lícita (cumpliendo al menos 1 de las bases legales), leal (sin engaño o falta de consentimiento del interesado) y transparente (información sobre el tratamiento comprensible y accesible).
- B) **Limitación de finalidad:** recogidos para fines claramente definidos. No podrán ser tratados para fines incompatibles con su recogida.
- C) **Minimización de datos:** conveniente restringirse a los necesarios, limitar al máximo su tratamiento y garantizar que el período de almacenamiento sea el mínimo posible.
- D) **Exactitud:** exactos y actualizados, con todas las medidas necesarias para rectificar o suprimir los inexactos respecto a los fines del tratamiento.

- E) Limitación del plazo de conservación:** datos identificativos conservables durante el tiempo imprescindible para cumplir con los fines del tratamiento.
Después, borrados o anonimizados.
Salvo fines de investigación científica, histórica, estadística o de interés público.
- F) Integridad y seguridad:** garantizar una adecuada seguridad y confidencialidad.
Con medidas que impidan su pérdida, destrucción o daño accidental.
Dependerá de la naturaleza de los datos y el tratamiento que reciban.

8.2.4. Derechos de los interesados.

Derechos para que el interesado pueda disponer y decidir sobre el uso de sus datos.

RGPD y LOPDGDD: añaden que el responsable del tratamiento dispone de un mes desde la recepción de la solicitud presentada por el interesado para ejercerlos.

1. Derecho de Información y transparencia.

Derecho a ser informados

- De forma concisa, transparente e inteligible
- Sobre qué datos personales han sido recogidos
- Cómo se utilizan o procesan
- Cuáles son los riesgos, las garantías y los derechos que puede ejercitar.

Datos facilitados por el propio interesado: en el momento de la recogida se le deberá indicar, entre otras:

- Identidad y datos de contacto del responsable.
- Fines del tratamiento y la base jurídica que lo legitima.
- Destinatarios.
- Plazo de conservación.
- Posibilidad de transferencia de los datos a terceros países u organizaciones internacionales.
- Modo de ejercer los derechos que le asisten.
- Derecho a presentar una reclamación.
- Existencia de decisiones automatizadas.

No obtenido directamente del interesado: tb indicar la fuente de procedencia de los datos y su categoría.

2. Derecho de acceso.

Uno de los + importantes. 2 fases:

- 1) Derecho a que el responsable del tratamiento indique al interesado si sus datos están siendo tratados.
- 2) Si lo están: Derecho a acceder a ellos y recibir la información del derecho de información.

Para cumplirlo: responsable debe facilitar al interesado una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

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

Principio de exactitud (uno de los principios para el tratamiento de los datos personales): que los datos sean un fiel reflejo de la realidad.

Derecho de rectificación: corregir los posibles efectos negativos que una información errónea o inexacta puede tener para sus derechos (ej. tratamiento médico basado en información desactualizada).

Derecho a exigir al responsable del tratamiento:

- Rectificación de datos personales inexactos que le conciernen.
- Completar los incompletos.

4. Derecho de supresión.

Solicitar al responsable del tratamiento que se eliminen los datos que conciernen al interesado, por alguno de los siguientes motivos:

- Ya no son necesarios para los fines para los que fueron recogidos o tratados.
- Si no hay otra base jurídica justificando el tratamiento y retira su consentimiento o se opone al tratamiento.
- Datos tratados ilícitamente.
- Para cumplir con una obligación legal.

Excepción: Tratamiento necesario para

- Libertad de expresión o información.
- Formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones.
- Fines de investigación científica, histórica, estadística, de interés público o de salud pública.

Derecho al olvido: en internet, para 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.
- La información es obsoleta y/o carece de relevancia o interés público.

5. Derecho a la limitación del tratamiento

Solicitar que el tratamiento sea temporalmente restringido -> habitualmente cuando existe un conflicto entre los derechos de rectificación/supresión y el interés del responsable del tratamiento en seguir.

Debe darse alguna de las siguientes situaciones:

- Interesado: impugna la exactitud de sus datos -> limitado durante el plazo necesario para que el responsable pueda verificarlos.
- Tratamiento lícito pero el interesado solicita la limitación de su uso.
- 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.
- Tras ejercitar 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

No se contemplaba en la normativa anterior.

Cuando el tratamiento automatizado se realiza con su consentimiento o por la existencia de un contrato -> el interesado puede:

- Recibir los datos que le conciernen en un formato estructurado, de uso común y de lectura mecánica.
- Transmitirlos a otra entidad o sujeto responsable.

Su ejercicio no puede perjudicar los derechos y libertades de otros sujetos.

7. Derecho de oposición

Retirada del consentimiento del interesado (necesario para legitimar el tratamiento de datos) => Salvo acreditación de intereses legítimos prevalentes, se interrumpe el tratamiento.

Motivos relacionados con la situación particular del interesado.

Derechos de rectificación, supresión y limitación del tratamiento -> sólo cuando existen dudas acerca de la legalidad del tratamiento.

8. Derecho de oposición a decisiones individuales automatizadas

Preocupación por la creación de perfiles y la toma automatizada de decisiones (Big Data): derecho a:

- No ser objeto de decisiones basadas únicamente en un tratamiento automatizado.
- Negarse a la elaboración de perfiles que puedan producir efectos jurídicos sobre el individuo.

Excepción:

- Decisión automatizada necesaria para la celebración o ejecución de un contrato.
- Autorizada por la legislación europea o nacional.
- El interesado prestó un consentimiento explícito.

8.2.5. La protección de datos desde el diseño y por defecto.

Novedad introducida en el RGPD:

Prestadores de servicios y aplicaciones: incluir desde la creación y elaboración de sus productos las configuraciones necesarias para proteger los datos.

Facilita la tarea a los responsables y encargados del tratamiento.

Desde el diseño: aplicar las medidas técnicas y organizativas más adecuadas para que se cumplan los principios de protección de los datos -> Según el estado en que se encuentre la técnica, los costes, los posibles riesgos, etc.

Protección de datos por defecto, afecta a:

- Cantidad de datos recogidos
- Alcance del tratamiento.
- Tiempo de almacenamiento.
- Accesibilidad a los datos.

8.2.6. La seguridad del tratamiento de los datos.

RGPD: Responsable y encargado del tratamiento: adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo.

Minimiza: posibilidad de pérdida, destrucción, revelación o acceso no autorizado a los datos personales.

Medidas, incluyen:

- Pseudonimización/Cifrado de los datos.
- Las que garanticen la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los servicios y sistemas de tratamiento.
- Existencia de un proceso que permita regularmente verificar y evaluarlas.

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.

Responsable del tratamiento/organización afectada debe ponerlo en conocimiento de

- La Autoridad de control competente.
- Los interesados afectados (plazo máximo: 72 horas).

Informando sobre:

- La naturaleza de la violación de seguridad
- Posibles consecuencias.
- Medidas para corregir la situación y mitigar sus posibles efectos

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

RGPD: obligado cumplimiento, directamente aplicable en todos los miembros de la UE.

España: Ley Orgánica 3/2018 (LOPDGDD):

Transpone y regula los aspectos remitidos a los miembros, para que lo adapten a su normativa nacional. Añade:

- Regulaciones y garantías de derechos digitales (ej. Neutralidad de la red, acceso universal, educación digital, desconexión digital de los trabajadores y protección de privacidad (frente a vigilancia (video/geo) en el trabajo)).
- Ámbito subjetivo de aplicación relativo a personas fallecidas: derecho al testamento digital y a solicitar el acceso, rectificación o supresión de los datos del fallecido, para cumplir sus instrucciones.
- Consentimiento para los menores de edad: 14 años, salvo necesidad jurídica de asistencia.
- Tratamiento de la información por capas (facilitar información básica resumida, indicando como acceder sencilla e inmediatamente a la más detallada y completa) al principio de Transparencia.
- Sanciones según la gravedad de la infracción impuestas por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD).

UE: Comité Europeo de Protección de Datos.

RGPD: miembros pueden constituir su propia autoridad pública independiente para supervisar la aplicación (AEPD) -> Sistema de ventanilla única: varios miembros afectados: una única Autoridad de Protección de Datos.

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

Ley de Propiedad Intelectual (LPI – 1/1996): requisitos para ser objeto de PI:

- **originalidad:** creación individual y subjetiva del creador.
- **plasmación en algún soporte o medio material:** no son válidas obras abstractas.

PI: derecho concede al titular de la obra un poder absoluto sobre ella (limitado en el tiempo y de naturaleza mixta):

- Derechos morales: corresponden al autor.
Se mantienen durante la vida del autor.
No pueden cederse (carácter irrenunciable).
Autoría, divulgación, exigir la integridad o retirada de la obra.
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.
Finalizan a los 70 años del fallecimiento.
Pueden cederse a terceros.
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...).

Se protege exigiendo responsabilidad civil y en el ámbito penal (de ser necesario por el daño causado).

9.I.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

LPI, programa de ordenador: *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 también engloba: versiones sucesivas del software y sus derivados (manuales de uso,

código fuente y objeto...). Se ha de dar:

- Requisito de originalidad.
- Como no es tan evidente para programas de ordenador: otros criterios, como su arquitectura, las funciones que se logran con su aplicación, o sus interfaces.

2- Ámbito subjetivo de protección

Derecho de autor: individual atribuido a las personas físicas.

Excepción en LPI: personas jurídicas autoras cuando lo establezca expresamente la ley. -> creación de programas de ordenador. 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: elaborada por varias personas cuyo resultado es una obra única, y cuya autoría se atribuye a una sola persona (física o jurídica).
- Obra creada en marco laboral: titularidad del 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.

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

Licencia: derecho de uso de un programa de ordenador, obtenido por el usuario al adquirirlo (no propietario).

Relación contractual entre el desarrollador (o el titular de los derechos) y el usuario.

Establece los deberes y derechos de cada parte.

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

Tipos de licencias dependiendo del software desarrollado y de sus condiciones de despliegue:

Software propietario: + común, se obtiene a cambio de una contraprestación económica.

Software con publicidad, software libre, software de demostración, etc.

4- Contenido de los derechos de explotación

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

- *Reproducción total o parcial*, bajo autorización del titular.
Peculiaridades de los entornos digitales (facilidad de transmisión y copia del software) => materialización de la autorización: 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

Peculiar naturaleza del software => excepciones a los derechos de explotación (actividades que pueden llevarse a cabo sin necesidad de solicitar autorización al autor). Destacan:

- **Corrección de errores**: 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**: para verificar las funcionalidades del programa. Sin implicar que se pueda hacer uso de las ideas o fundamentos de este.
- **Versiones sucesivas**: salvo pacto contrario, el titular de los derechos de explotación o un tercero autorizado podrán realizar versiones del programa: *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

Legislación española: permite recurrir a la vía administrativa, civil y penal para proteger los derechos de PI del software (de explotación y morales). Recoge:

- a) La acción de cesación: solicitud por parte del titular del cese de la actividad que suponga una infracción de sus derechos.

Puede suponer:

Suspensión de la actividad y prohibición de reanudarla.

Retirada de los ejemplares ilícitos y de los circuitos comerciales

Destrucción de los elementos materiales destinados a la reproducción.

b) La acción indemnizatoria: comprende:

Daño emergente: valor de la pérdida que se haya sufrido.

Lucro cesante: ganancia que se ha dejado de obtener

Se puede valorar el daño moral.

c) Las medidas cautelares, cuando ya se ha cometido la infracción o exista la sospecha de que se va a cometer de forma inminente.

Intervención de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita.

Suspensión de la actividad y los servicios prestados por intermediarios a terceros.

Secuestro de los ejemplares producidos y las herramientas, etc.

d) La protección registral: los programas se pueden inscribir en el Registro de PI de forma voluntaria y opcional.

El derecho de autor sobre ellos existe independientemente, por el mero hecho de haber sido creados.

9.II.LA PROTECCION JURIDICA DE LAS BASES DE DATOS

Directiva de la UE para evitar los obstáculos de las distintas legislaciones de cada país.

Trasposición en España: ley 5/1998 que modificaba algunos preceptos de la LPI.

9.II.A.LAS BASES DE DATOS Y LOS DERECHOS DE AUTOR

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

Protegidas por la LPI siempre que la selección o disposición de sus contenidos pueda ser considerada creación intelectual (criterio de “originalidad”):

- Estructura creativa, sin tener en cuenta su contenido, al que le corresponden sus propios derechos de autor.

Protección, siempre que tenga el grado de originalidad suficiente: misimos derechos (morales y de explotación) que los programas de ordenador.

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.

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

1- Objeto de Protección

Trasposición de la directiva europea: añade a la LPI un nuevo título dedicado a la protección de BBDD. (Casuística y problemática especiales, BBDD que no podían ser objeto de LPI)

Derecho sui generis: gran heterogeneidad existente en la industria de las bases de datos => actúa de independiente al resto de derechos de PI.

Protege BBDD:

- Ha sido necesario gran inversión de tiempo, dinero o esfuerzo.
- Para: creación, verificación o presentación de contenidos.

Pretende estimular la creación y comercialización de dichas bases de datos.

2- Sujetos

3 distintos, con sus respectivas obligaciones:

a) Creador: Autor de la base de datos, respecto al contenido, la estructura o ambos.

Obligación:

Fijar los contenidos, estructura y métodos de recuperación de la información.

Comprometerse con la actualización y mantenimiento para un funcionamiento correcto.

b) Distribuidor. Persona física o jurídica que dispone de la infraestructura informática y comercial para ofrecer la BBDD a los usuarios en el mercado.

Doble obligación:

Con el creador (*acuerdos de distribución*).

Con los usuarios (*acuerdos de acceso y consulta*).

c) Usuario. Establece un relación contractual con el distribuidor para poder acceder a los contenidos en las condiciones pactadas.

Obligaciones:

- Pagar el precio estipulado.
- Utilizar la información para el fin acordado.
- Proteger el acceso mediante usuario y contraseña.

LPI regula excepciones:

- Prohibición de realizar actividades contrarias a la normal explotación.
- Derecho del usuario de extraer o utilizar partes (no sustanciales) del contenido.
- Derecho a extraer o utilizar una parte sustancial para fines privados, docentes, de investigación...

3- Contenido del derecho «*sui generis*»

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.

«sustancial» según volumen e importancia de la parte extraída.

Se permite la transmisión de este derecho a terceros, mediante cesión o licencia.

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

LPI: 70 años a otras creaciones, incluidos los programas de ordenador.

BBDD: 15 años -> con el derecho *sui generis*, ya se está protegiendo la inversión económica:

Exigen una dinámica constante de actualizaciones => puede ser necesario volver a invertir periódicamente => renovación plazo, siempre que esté justificado a causa de modificaciones sustanciales de contenido o cambios que impliquen nuevos gastos elevados.

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

10.I.DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

Doctrina jurídica entiende que lo protegido es la *esfera íntima*: información que la persona física o jurídica desea mantener fuera del alcance público.

Algunos autores señalan que debe interpretarse también en relación de las personas que integran las personas jurídicas (datos de socios, directivos, empleados...).

Código Penal tipifica intromisiones en el ámbito privado cometidas a través de la informática:

1. **Tipo básico 1.** *Descubrimiento de secretos y vulneración de la intimidad*. Requisitos:
 - Apropiación de documentos o interceptación de las comunicaciones
 - Falta de consentimiento del afectado
 - Finalidad: 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:
 - Sobre menor de edad o discapacitado
 - Datos 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. 2 modalidades:
 - Acceso no consentido. Requisitos:
 - Vulneración de medidas de seguridad.
 - Acceso no autorizado, obteniendo control sobre procesos del sistema.
 - Permanencia dentro del sistema tras haber sido revocado el acceso.
4. **Tipo agravado 1.** *Divulgación o revelación de lo descubierto*. 2 supuestos:
 - El sujeto se apodera de forma ilícita de la información y difunde secretos a terceros no autorizados.
 - No ha participado en el apoderamiento, pero conoce 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.*

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

Informatización de las transacciones financieras, comerciales y bancarias, y generalización de los pagos a través de procedimientos electrónicos => nuevas modalidades delictivas:

- I. **ESTAFAS.** La normativa penal incluye:
 - **Estafas informáticas** (*phishing*): buscan la transferencia no consentida de activos patrimoniales,

mediante la manipulación de datos informáticos.

- Fabricación de programas para ello: castigando su posesión, aunque no se hayan utilizado.

II. **FRAUDES.** Sanciona:

- Conexiones ilícitas que permitan realizar un aprovechamiento ilegítimo de las telecomunicaciones.
- Usar equipos de telecomunicaciones, sin consentimiento de su titular, ocasionándole un perjuicio económico.

III. **DAÑOS.** Contempla:

- *Daños:* Causarlos a programas, datos o documentos mediante la destrucción o inutilización de su soporte de almacenamiento.
- *Sabotaje informático:* Obstaculizar o impedir el funcionamiento de los sistemas ajenos (ej. *ataques DoS*).

10.III.DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Objeto de la regulación penal en esta materia:

- Tutelar los derechos de carácter patrimonial (*derechos de explotación*) del autor.
- Sancionar a quienes, 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 sus cesionarios.

Derecho español:

Los programas de ordenador son susceptibles de ser protegidos por el derecho a la PI => objeto de protección penal (programa fuente y objeto, la documentación, los manuales y las versiones sucesivas).

Infracción: La copia, instalación o utilización de cualquier programa de ordenador sin consentimiento del titular. 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. -> Salvo si el medio empleado para vulnerar la protección tiene funcionalidades diferentes de las dedicadas a romper la protección.

10.IV.A.LAS FALSEDADES

[de moneda, de documentos (públicos, oficiales y privados), de certificados, de tarjetas de crédito o débito, etc.]

Código Penal español:

Regula: la falsificación, cuyos resultados se facilitan y mejoran con instrumentos electrónicos y sistemas informáticos.

Sanciona: Creación o posesión de herramientas destinadas a cometer cualquier clase de delito, incluyendo las falsificaciones.

Condena:

- Conducta delictiva.
- Posesión de aparatos electrónicos o informáticos usados con fines específicamente ilícitos.

10.IV.B.LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Protección penal articulada mediante 2 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.

Agravante (afecta a la condena): Con publicidad, si se difunden por un *medio eficaz* (prensa, radio, televisión, etc.). Los medios informáticos entrarían dentro de esta categoría: redes informáticas de difusión, correo electrónico, redes sociales...

10.IV.C.LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Aumentadas en los últimos años con el uso generalizado de las TICs.

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.