



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2016-2017

**COMERCIO ELECTRONICO: DESARROLLO ACTUAL Y
ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRONICO**

**E- COMMERCE: CURRENT DEVELOPMENT AND
ELEMENTS OF THE ELECTRONIC CONTRACT**

AUTORA: DINA ASFOUR GARCIA

DIRECTOR: JORGE TOMILLO

ÍNDICE

1. INTRODUCCION	2
1.1 ORIGEN	4
1.2 CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO	7
1.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO	8
2. GENERALIDADES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y DEL CONTRATO ELECTRONICO	10
3. LEY APLICABLE Y JURISDICCION COMPETENTE EN LA CONTRATACION ELECTRONICO	14
3.1 PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL	17
3.2 PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLOGICA	19
3.3 PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.	21
3.4 PRINCIPIO DE BUENA FE	22
3.5 PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL	23
4. PRUEBA DEL CONTRATO ELECTRONICO EN LA CONTRATACION CON CONSUMIDORES	24
5. JURISDICCION Y LEY APLICABLE	39

INTRODUCCION

Como no podía ser de otra forma no podría empezar este trabajo sin hacer una referencia al actual y conocido termino internet, este fenomeno que lleva entre nosotros decadas ha sido una herramienta que ha desarrollado numerosos campos de la vida cotidiana y en especial ha tenido un impacto espectacular en la economia mundial y es por tanto el germen del inicio de la contratacion electronica.

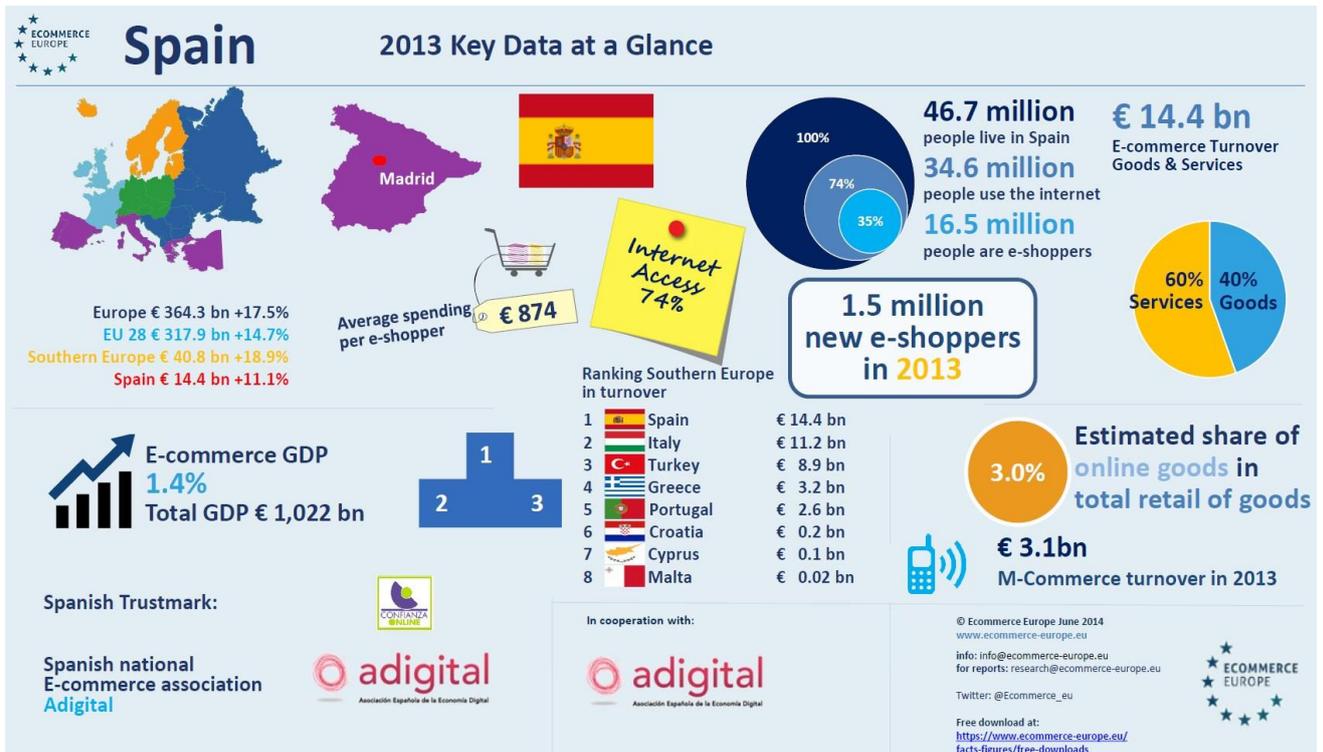
Hoy en día es prácticamente imposible vivir al margen de la tecnología incluso en lo que es nuestro ámbito de estudio, el derecho, la simplificación de lo que antes podría ser de lo más tedioso es ahora un mero trámite administrativo que agiliza la sociedad de forma práctica igualmente después de conocer datos socio-económicos sobre el comercio electrónico considero que el interés del mismo es muy significativo. Y es que, según datos de The Boston Consulting Groupy del INE español, tres cuartas partes del PIB español están influidas por Internet (siendo esta cifra más elevada en países como EE.UU., Reino Unido, Alemania o Francia) y un tercio de la población mundial somos internautas y, por lo tanto, potenciales clientes para el comercio electrónico.

Así que, ¿no son estos datos sin duda un índice lo suficientemente elevado como para resultar interesante abordar un estudio acerca de la influencia social y fiscal que pueden suponer?¿No resulta igualmente importante estudiar las consideraciones de la Agencia Tributaria sobre el comercio electrónico para concluir que existen diferencias latentes en el tratamiento del mismo con respecto al comercio tradicional? En realidad creo que la elección de este tema es consecuencia de una combinación de todas estas razones.

Para los que nos dedicamos al Derecho, el comercio electrónico resulta de gran interés puesto que en pocos años ha supuesto una revolución en el mundo de los negocios y al mismo tiempo un cambio adaptando de esta forma la legislación. Así el poder disponer, así como transmitir información que sea procesada, almacenada, tratada y transferida de maneras diferentes, supone una generación de valor para las empresas y, en consecuencia, una nuevo tipo de negocio que debe ser analizado, normalizado y del que, indiscutiblemente,debemos servirnos. Y es que en tiempos críticos como los que vivimos desde hace unos años, en una sociedad o entorno en los que parece que todo esté inventado, crear valor y sacar adelante un negocio es muy complicado y parece

inevitable hacerlo sin involucrarse en este comercio que nos ocupa.

No podemos olvidarnos, a la hora de justificar la elección del tema, de la realidad actual de Internet, puesto que demuestra la influencia de este medio sobre casi todos los sectores de actividad. Y es que hoy en día, el comercio electrónico ofrece todo tipo de servicios, desde productos perecederos, hasta viajes, música, prensa, etc.



Sin embargo, no todo son ventajas, como en cualquier tipo de negocio afloran los problemas, fraude fiscal, veracidad de los contratos, suplantación de la identidad etc. para lo cual se hizo necesario la redacción de normas que regulen estos nuevos ámbitos que no son otra cosa que el avance de la sociedad y como siempre la adecuación de las normas jurídicas a los cambios sociales.

1) GENERALIDADES DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y DEL CONTRATO ELECTRONICO

1.1 ORIGEN

El comercio electrónico tal y como lo conocemos hoy en día es fruto de un desarrollo enorme a nivel socio-cultural y una adaptación por tanto a las necesidades de la creciente sociedad trajo consigo el comercio electrónico como forma de interactuar y de amplitud dentro de los negocios ya existentes, sin embargo en mi opinión lo que hoy

conocemos como comercio electrónico es solo la punta del iceberg de lo que está por venir

El comercio electrónico encuentra sus primeros pasos en 1920 en Estados Unidos, con la novedosa venta por catálogo, esta forma de venta permitía por primera vez comprar un producto sin verlo físicamente sino a través de imágenes ilustrativas, fue una gran revolución teniendo en cuenta que la mayoría de los negocios encontraban en la urbe y una gran parte de la sociedad sin embargo se hacían en el campo a las afueras por lo que esto les facilitaba el acceso a sus necesidades sin necesidad de desplazamiento igualmente era un beneficio para las empresas ya que de esta forma aumentaban la posibilidad de venta al llegar a más público.

A partir de 1960 comienza el desarrollo del comercio electrónico tal y como lo conocemos con la aparición de los ordenadores, y de la aparición de una forma de intercambio de datos denominada EDI¹ sin embargo no fue hasta la década de los años 1970 que aparecieron las primeras relaciones comerciales que utilizaban un ordenador, pero aún ofrecían un servicio muy limitado. En 1980 que se modernizó el comercio por catálogo con la ayuda de la televisión con las “televentas”. La televisión proporcionó al comercio por catálogo un mayor realismo de los productos ya que podían ser exhibidos resaltando sus atributos y características más importantes. Este tipo de venta directa se hacía mediante la utilización de llamadas telefónicas y el pago se realizaba a través de las tarjetas de crédito.

En 1989 aparece la WWW, World Wide Web, La Web fue creada por el inglés Tim Berners-Lee mientras trabajaba en el CERN en Ginebra, Suiza. Este método de transmisión de información entre computadoras cambiaría por completo la forma de comunicarse y también de comercializar.

Las famosas **puntocom** que emergían como negocios milagrosos y revolucionarios diseñados para la red fracasaron por diversos motivos dentro de los cuales podemos señalar, el manejo alejado de las reglas económicas tradicionales, la especulación de los mercados que llevó al fracaso a la primera etapa de estas empresas dedicadas al negocio electrónico y un sobrestimado del consumo virtual, debido a que se pensó que el consumo tradicional sería totalmente desplazado por esta nueva modalidad, tal es el

¹ EDI (Electronic Data Interchange) hace alusión a un sistema cerrado, sin embargo podría hablarse también de un sistema abierto, el cerrado hace referencia al intercambio de datos electrónicos llevado a cabo entre un grupo de participantes limitado este intercambio se realiza preponderantemente a través de redes privadas,

caso de los libros de papel sobre los cuales se llegó a especular que morirían para dar entrada a los libros electrónicos, nada más lejos de la realidad, pero este fracaso no significa el fracaso de un modelo, lo que realmente simboliza es un reordenamiento que se da como consecuencia natural del surgimiento descontrolado y eufórico de miles de empresas en el negocio digital.

De la euforia se pasó a una nueva visión de empresas tradicionales que fueron encontrando en el Internet un efectivo canal de mercadeo y distribución de sus productos y servicios. En esta etapa, el comercio electrónico deja de verse como algo revolucionario y de moda a encajar mejor dentro de los estándares un poco más tradicionales de negocio. Se convirtió en una herramienta particularmente útil para lograr una mayor interactividad en la relación clientes – empresas y un mejoramiento en el servicio brindado al cliente. Las empresas usaban en asenso los medios electrónicos para consolidar su cadena de distribución y suministro integrándose vertical y horizontalmente con otras organizaciones del mercado.

Con el crecimiento del uso del Internet en fines comerciales se inicia en el mundo una corriente de intelectuales que se interesan en el examen del desarrollo de estas relaciones de carácter mercantil. Es precisamente bajo este marco que se organizan foros y congresos internacionales, orientados a buscar que estas relaciones emergentes contaran con la certidumbre suficiente para generar derechos y obligaciones entre las partes participantes, vínculos jurídicos plenamente identificables en el campo tradicional.

Partiendo de la idea que dado el carácter mercantil del comercio electrónico, se estaba frente a una nueva etapa de celeridad en las relaciones entre comerciantes, etapa que jurídicamente se encontraba en el limbo, debido a los planteamientos no resueltos, ni reglados que tenían que ver con la validez de los mensajes de datos y la información presentada de manera diferente a al escrito tradicional, la confidencialidad, la originalidad de los mensajes y su inmutabilidad, aspectos generadores de duda, que no daban certeza a los temerosos consumidores ni demás participantes que veían como a través de esta modalidad de comercio podían quedar desprotegidos y sin herramientas jurídicas para enfrentar dificultades negócias. Es precisamente por estos señalamientos que surge necesidad imperiosa de reglarla para dar seguridad jurídica, que se reflejará en confianza entre los comerciantes y no comerciantes que participaban de este tipo de negocios. Se pensó, y no sin razón, que haciendo del comercio electrónico una opción segura y digna de confianza se daría un uso masivo de esta alternativa comercial.

1.2 CONCEPTO DE COMERCIO ELECTRÓNICO

Esbozar un concepto de contrato electrónico presenta ciertas dificultades, habida cuenta que el término es inequívoco y puede incluir un conjunto de operaciones económicas de muy variada índole.

La expresion evoca de forma prioritaria, el fenómeno de la venta por vía telemática de bienes y servicios, sin embargo el contrato electrónico o comercio electrónico, tiene un campo mucho más amplio, estamos por tanto ante una nueva modalidad de trafico económico que se vincula a la sociedad de la información y a las redes telemáticas.

En el Anexo de definiciones, apartado h) ,de la LSSICE² se define el contrato electrónico como aquel " 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" .Este concepto como se observa en sí mismo contiene dos exigencias: una, que la oferta y la aceptación han de transmitirse a través de equipos electrónicos que tengan dos virtudes: capacidad de tratar y de almacenar datos; y la otra que referidos equipos deberán estar conectados a una red de telecomunicaciones. Por tanto, es palmario que la contratación electrónica se desarrolla mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando este puede tener una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo del futuro acuerdo.

Una vez definido lo que es el contrato electrónico, analicemos los elementos del mismo.

1.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO ELECTRÓNICO

No por ser un contrato electrónico, se aleja de lo que en la base es un contrato tradicional, así lo establece el artículo 23 de la Ley 34/ 2002

Artículo 23 Validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica

1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez.

Tiene por tanto todos los elementos del contrato del artículo 1261, consentimiento , causa y objeto, así como sus prohibiciones (artículo 1263) respecto a los menores e incapacitados así como los vicios del artículos 1265 y ss. (error, dolo e intimidación) pero se les aplican ciertos requisitos adicionales de información, plazos, forma y obligaciones, de la misma forma el consentimiento, entendido este como la concurrencia de la oferta y la demanda, en los contratos electrónicos es por tanto el elemento que más difiere de los contrato tradicionales, por lo que centrémonos ahora en este elemento.

Tratándose de contratos celebrados por personas que se hallan en sitios distintos, ¿Cuándo se debe entender que se produce el concurso de la oferta y de la aceptación en el contrato electrónico? La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002, modifica el

²Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios

art. 1262.2 del Código civil y el art. 54 del Código de Comercio, dando una misma redacción a los mismos a fin de regular precisamente la perfección de los contratos celebrados sin presencia física simultánea de ambas partes. La nueva redacción de dichos artículos es la siguiente:

“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la acepto, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación, o desde que habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso se presume celebrado, en el lugar en que se hizo la oferta.

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

Estos artículos regulan dos formas de producirse la aceptación de una oferta en los contratos celebrados a distancia, y en qué momento esa aceptación da lugar a la perfección del contrato, o lo que es lo mismo, empieza a producir sus efectos. El primer párrafo transcrito regula la aceptación que para dar validez al contrato requiere que haya sido enviada al oferente y haya sido conocida por éste, o debida conocer según los principios de la buena fe. Así pues, tratándose de un contrato electrónico, se está refiriendo a aquellos en que la aceptación ha de ser remitida al oferente mediante el envío de un correo electrónico o de cualquier otra comunicación telemática solicitando el servicio o producto. Ese tipo de aceptación requerirá para que el contrato quede perfeccionado que llegue al oferente y sea conocida por este o debida conocer. El segundo párrafo regula la aceptación que se produce en el mismo momento de manifestarse ésta al realizarse por dispositivos automáticos, por ejemplo cuando el usuario de una web hace clic en “aceptar” una vez cumplimentado el formulario de compra o leídas las condiciones generales del contrato.

No obstante, **la ley 34/2002 en su artículo 28**, obliga además al prestador de servicios a confirmar la recepción de la aceptación. Entiendo, sin perjuicio de mejor opinión, que podría pues cuestionarse como mínimo por el aceptante la validez de un contrato en el que el oferente no realiza la referida confirmación. Dicha obligación no es necesaria si hay pacto expreso de las partes en tal sentido, siempre que ninguna de ellas tenga la consideración de consumidor ni tampoco cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación

electrónica y tales medios no sean empleados con el exclusivo fin de eludir el cumplimiento de esa obligación. La confirmación la deberá realizar el oferente bien mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio electrónico equivalente, en el plazo de 24 horas, bien por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento.

El artículo comentado determina que “se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a las que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el supuesto en que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquel haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones”. Entiendo que por analogía la misma presunción cabría aplicar para determinar cuándo se puede entender que le consta al oferente la aceptación.

Con relación a la oferta la ley 34/2002 dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica, las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el periodo que fije el oferente o en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

No obstante, el problema que se puede plantear ante el contrato electrónico no es tanto el de determinar la forma de perfeccionarse el mismo como el de probar que se haya perfeccionado.

La prueba de la celebración de un contrato electrónico y de las obligaciones y derechos que regule se sujeta a las reglas generales del ordenamiento jurídico. En el supuesto de entablarse un procedimiento judicial sobre la validez o no de un contrato civil o mercantil celebrado por vía electrónica se aplicarán por tanto las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan los aspectos concernientes a la prueba procesal y más concretamente aplicables a la prueba documental ya que el artículo 24 de la Ley 34/2002 establece que en todo caso el soporte electrónico en el que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.

Sin perjuicio del principio imperante de la libertad de forma sin más exigencias de que el contrato electrónico cumpla los requisitos de validez antes señalados, dada la dificultad que en ocasiones puede entrañar la prueba de ese tipo de contratos, se han desarrollado mecanismos que permiten una seguridad contractual mayor como la firma digital (en sus variantes de firma electrónica simple, avanzada y reconocida) o los terceros de confianza digitales, estos últimos regulados en la Ley 34/2002 en **su artículo 25** que establece que las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y la fecha y hora en que han tenido lugar. Los distintos tipos de firma digital citados se definen en el art. 3 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma Electrónica.

Aunque la firma digital simple ya supone dotar al contrato de una mayor seguridad en cuanto a la identidad de las partes y el objeto contratado, el citado artículo 3 de la ley 59/2003 únicamente otorga a la firma electrónica reconocida (la que está basada en un certificado electrónico firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación reconocido) el mismo valor que la firma manuscrita. Si bien aclara (apartado 9 de dicho artículo) que no se negarán efectos jurídicos a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónica reconocida en relación a los datos a los que esté asociada por el mero hecho de presentarse en forma electrónica.

Además de la obligación que tiene el prestador de servicios de confirmar la recepción de la aceptación antes comentada, con el objeto de proteger al consumidor en la contratación electrónica, y teniendo en cuenta el hecho de que no va a poder examinar previamente el producto, la ley 34/2002, en el **artículos 27, impone al empresario la obligación de suministrar información previa** a la perfección del contrato. Se trata de datos relativos a los trámites que han de seguirse para celebrar el contrato, medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos, lengua del contrato, condiciones generales a las que, en su caso, deba sujetarse el contrato... Dicha información puede incluirse por el prestador de servicios en su página web o sitio de internet. Cuando la prestación de servicios esté diseñada para poder acceder a ellos mediante dispositivos de pantalla reducida (móviles, tabletas...) se entenderá también cumplida la obligación de informar cuando facilite de forma permanente y directa la dirección de internet en la que sea puesta a disposición del destinatario todos los datos exigidos por el artículo 27. También aquí la ley excluye de

esa obligación previa de informar a los supuestos en que las partes así lo hayan acordado expresamente siempre que ninguna de ellas tenga la consideración de consumidor y a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación.

A esta exigencia hay que añadir la prevista en el art 10 de la misma Ley que impone al prestador de servicios de la sociedad de la información disponer de los medios que permitan acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita a , entre otros datos, su nombre o denominación social, su residencia o domicilio, su dirección de correo electrónico, los datos de su inscripción en el Registro Mercantil, el Número de identificación Fiscal, precio del producto o servicio con indicación de si incluye o no impuestos aplicables, información sobre los gastos de envío, códigos de conducta a los que esté adherido, colegio profesional al que en su caso pertenezca, normas profesionales aplicables al ejercicio de dicha profesión...

Asimismo se deberá informar de todo cuanto establece el art. 97 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios con relación a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil cuando intervenga en el contrato un consumidor. Entre otras condiciones, y según el citado texto legal, se deberá informar al consumidor de la fecha de entrega. En su defecto, el empresario debe ejecutar el pedido en el plazo de 30 días, contados a partir del día siguiente de aquel en que el consumidor emitió su consentimiento (art 103).

Al ser el contrato electrónico un contrato celebrado a distancia, el comprador deberá ser además informado de **que puede desistir del contrato**, tal y como establece la normativa antes citada sobre consumidores y usuarios. Este derecho de desistimiento se regula también en los artículos 44 y 45 de la Ley de Comercio Minorista. Ese derecho faculta al comprador a desistir del contrato sin penalización alguna en un plazo de siete días desde la fecha de recepción del producto, sin necesidad de indicar los motivos y sin sujeción a formalidad alguna.

Por su parte la ley 1906/1999 de 17 de diciembre que regula la contratación a distancia con condiciones generales de contratación en su artículo 4 recoge el derecho del comprador adherente (el que no ha podido negociar las condiciones) a resolver el

contrato en un plazo de siete días hábiles, según el calendario oficial de su lugar de residencia habitual, sin incurrir en penalización ni gasto alguno, incluidos los correspondientes a la devolución del bien.

Las normativas expuestas, no obstante, contemplan excepciones al derecho de desistimiento y resolución para determinados contratos, como los que se refieren a adquisición de productos alimentarios, a productos personalizados, a valores sometidos a las fluctuaciones de un mercado, a archivos de descarga inmediata., entre otros muchos.

En relación a este tema es llamativa la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2006 (número 327/2006)** al tratar una transacción, la venta de billetes de avión por internet, que es realizada a diario por miles de usuarios. Pues bien, dicha sentencia declara que el actor tiene derecho a resolver el contrato de compraventa de billetes de avión celebrado con una compañía aérea por internet sin necesidad de justificación alguna. Y dice “la contratación realizada por el actor y la demandada es verdad que no queda sujeta a la normativa de la Ley 7/1996 (**ley de Comercio Minorista**), pero no se rige tampoco por las disposiciones comunes a la contratación civil o mercantil, sino que por las características especiales de celebración y perfección del contrato (a distancia y a través de medios electrónicos) queda sujeta a las prescripciones del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre por el que se regula la contratación electrónica con condiciones generales de contratación, cuyo artículo 4 otorga al adherente el derecho de resolver el contrato sin sujeción a formalidad alguna, sin penalización ni gasto alguno siempre que se efectúe tal manifestación de voluntad dentro de un plazo de siete días hábiles”.

Por último en cuanto al **lugar de celebración** del contrato de acuerdo con la Ley 34/2002, los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en el que éste tenga su residencia habitual.

En cuanto a los contratos electrónicos entre empresas o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

2) LEY APLICABLE Y JURISDICCION COMPETENTE EN LA CONTRATACION ELECTRONICA

Para analizar la cuestion debemos de tener en cuenta la intervencion de elementos internacionales en la relaciones contractuales electronicas.

Actualmente, deben tenerse en cuenta los siguientes instrumentos:

- **Reglamento 44/2001 Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000**, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.

- **Convenio de Lugano firmado el 30 de octubre de 2007** por la Comunidad Europea, Islandia, Noruega y Suiza (y Dinamarca) sustituyendo al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil para adaptarlo a las directrices del Reglamento 44/2001.

Tribunal competente

La Ley Organica del Poder Judicial establece en su artículo 21 que los Juzgados y Tribunales españoles conoceran de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles y entre extranjeros con lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios en los que España sea parte.

Como regla general, sera el domicilio del demandado el factor que determine la competencia judicial, en particular el artículo 22, para lo que aquí interesa, atribuye la competencia a los tribunales españoles, cuando las partes se hayan sometido a ellos expresa o tácitamente, así como cuando el demandado tenga su domicilio en España.

3) PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRONICO

La contratación electrónica, cuenta con una serie de principios propios que han sido desarrollados con el fin de facilitar el desarrollo legal y conseguir armonizar el comercio electrónico, debido a su trascendencia en el ámbito internacional. Son por tanto una serie de principios o reglas que de forma general regulan el correcto funcionamiento de esta nueva disciplina, contratación electrónica. De esta forma podemos enumerar los siguientes principios básicos: (A) la equivalencia funcional, (B) la neutralidad tecnológica, (C) la inalteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, (D) la buena fe y (E) la libertad de pacto.

3.1) PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL

La sólida afirmación de la regla de la equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos, constituye el núcleo del derecho electrónico, la expresión utilizada “equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos” adquiere carta de naturaleza originariamente en el ámbito del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, concretamente con la elaboración de la Ley Modelo de CNUDMI sobre comercio electrónico³.

En relación a este principio viene a equiparar un contrato en documento físico a uno en soporte informático de esta forma, los efectos producidos por un documento contenido en un soporte en papel, con la firma autógrafa de su emisor, los producirá también en soporte informático, firmado electrónicamente. De esta forma la equivalencia funcional, permite que los mensajes de datos tengan la misma validez legal que las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que se expresen, por lo tanto este principio conlleva que los efectos jurídicos se produzcan con independencia del soporte en el que se realice la declaración. **Es importante mencionar el art 23 de la ley 34/20012 en el cual se establece que las disposiciones y reglas establecidas en esa ley para los contratos no serán aplicables en materia de familia o de sucesiones**, de esta forma sería necesario soporte físico y firma manuscrita para la validez de estos contratos, dejando a un lado el principio de equivalencia. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico (LMUCE) aborda cinco aspectos específicos de equivalencia funcional: el documento, la firma electrónica, originales y copias, el

³ *Illesca Rafael, “Derecho de la contratación electrónica” Primera edición 2001*

problema de la prueba, y la conservación de los mensajes de datos.

El principio de equivalencia funcional se encuentra recogido en forma general en el texto de la LMUCE en el artículo 5 que reza: “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que éste en forma de mensajes de datos”. La noción “mensaje de datos”, la encontramos en el propio texto normativo en el artículo 1a) que indica: “Por mensaje de datos se entenderá la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”.

En España, el valor jurídico de los mensajes de datos es reconocido en la Ley 59/2003 de Firmas Electrónicas que si bien es cierto que no ofrece una definición específica de mensaje de datos, la ley ronda a este concepto, dándole en todos los sentidos valor legal equivalente.

Respecto del documento que deba constar por escrito, -en soporte papel- el artículo 6.1 de la LMUCE establece: “Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”, esta disposición ha sido traspuesta en forma idéntica por el legislador Español en el artículo 23.3 de la Ley 34/2002 “Siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”. Para equiparar sus efectos al documento tradicional, se exige como **condición sine qua non** que la información contenida en el documento electrónico sea accesible para su ulterior consulta, es de hacer notar que ni la LMUCE ni la LISS, establecen un determinado periodo de tiempo de fijación del documento electrónico, en todo caso, lo importante es que exista la posibilidad de ulterior consulta en el momento de producirlo como medio de prueba en juicio como medio de prueba en juicio a objeto de ser reconocido por las partes o por terceras personas, con esta exigencia se da cumplimiento al requisito exigido para los documentos tradicionales de duración en el tiempo.

Las reglas que rigen la conservación de los mensajes de datos, se encuentran

especificadas en los artículos 10 de la LMUCE, que someten la validez del documento electrónico a las siguientes condiciones:

- a) que la información que contenga sea accesible para su ulterior consulta,
- b) que el mensaje sea conservado en el formato en que se haya generado, enviado o recibido o en algún formato que sea demostrable la exacta reproducción de la información y
- c) que se conserven los datos que permitan determinar el origen y destino del mensaje y la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Aparte de estas condiciones, se deben observar también los requisitos de validez que rigen los actos jurídicos en general, para que un documento electrónico sea equiparable a un documento tradicional y surta los efectos deseados por quien manifiesta su voluntad, es necesario que las declaraciones de voluntad no estén viciadas.

Respecto a la firma electrónica, el artículo 7 de la LMUCE establece que cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos "... si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos". Disposición similar encontramos en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Firmas Electrónicas que indica que el requisito de la firma puede cumplirse utilizando una firma electrónica fiable, que resulte apropiada para los fines con los cuales se comunicó o generó ese mensaje (Art. 6).

En España, el artículo 3 de la Firma electrónica establece que la firma electrónica, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales. Señala que cuando la firma electrónica permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. Para que se cumpla el principio de equivalencia funcional, la firma generada a través de técnicas e instrumentos electrónicos debe cumplir los siguientes requisitos:

- 1) garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confiabilidad;

2) ofrecer seguridad suficiente que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento; y

3) no alterar la integridad del mensaje de datos. A tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la citada ley, se presume que estos requisitos se cumplen cuando la firma se encuentra certificada por un proveedor de servicios de certificación.

3.2) PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

Este principio tiene la finalidad de abarcar cualquier tecnología que puede usarse en el futuro, de manera que lo que intenta es abrir un gran campo para que todas las tecnologías futuras queden cubiertas por la legalidad y así no crear obsolescencias legales,

En el texto de la Exposición de Motivos de la LMDFE, el legislador alude de forma expresa a este principio al indicar en el artículo 3 apartado h) ``Por “sistema de información” se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos.’’ De esta forma, la ley no se inclina por una determinada tecnología para las firmas y certificados electrónicos, sino que advierte la necesidad de incluir las tecnologías existentes y las que están por existir.

3.3) PRINCIPIO DE INALTERACIÓN DEL DERECHO PREEXISTENTE DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

En relación a este principio, los elementos del contrato no pueden ser distintos a los de los contratos convencionales ya que lo único que se modifica es el soporte, que pasa a ser digital en el caso de la contratación electrónica.

Si bien es cierto que en principio el Derecho preexistente no debe alterarse, hay que advertir que en algunos casos, en razón de la peculiaridad del medio utilizado, el Derecho exige una modificación. El ejemplo típico es el del acuse de recibo, se trata de un instrumento de muy poco uso en el comercio tradicional, pero de fundamental importancia en el marco del comercio electrónico, requisito exigido con la finalidad de proveer seguridad a las relaciones contractuales.

3.4) PRINCIPIO DE BUENA FE.

Es una consecuencia del principio de no alteración del Derecho preexistente de obligaciones y contratos, donde priva la buena fe en la interpretación de los acuerdos contractuales.

La buena fe tiene singular importancia en el ámbito del comercio electrónico debido al desconocimiento en el uso y funcionamiento de esta nueva forma de comerciar. En opinión de la doctrina más autorizada en la materia, este principio es fundamental y adquiere especial significado ante el desconocimiento y la desconfianza generada en el medio por su reciente aparición y complejidad técnica, por lo tanto la buena fe debe ser respetada en grado superior mientras las circunstancias del parcial desconocimiento y desconfianza persistan.

3.5) PRINCIPIO DE LIBERTAD CONTRACTUAL.

Fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes, el principio de libertad contractual se encuentra consagrado en el Artículo 4 de la Ley Modelo ‘Salvo que se disponga otra cosa, en las relaciones entre las partes que generan, envían, reciben, archivan o procesan de alguna otra forma mensajes de datos, las disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo.’ La libertad contractual implica dos cosas, por una parte, la elección del medio empleado en las negociaciones y por la otra, la libertad para incluir las cláusulas o convenios que consideren necesarios a efectos de regir sus relaciones.

A modo de preambulo para este epigrafe y para entrar en materia debo mencionar que existen principalmente tres tipos de contratos electronicos, contratos entre empresarios, entre consumidores y entre Administraciones publicas, así como, todas las combinaciones de los anteriores: contratos entre empresario y consumidor, entre empresario y Administración Pública y contrato entre Administración Pública y consumidor. En este epigrafe nos centraremos en la prueba del contrato entre consumidores y empresas por ser el mas comun y cotidiano.

Cuando el consumidor pretende contratar por Internet, surge la duda de cómo probar la materialización de este contrato, así como su autenticidad. Conforme tal perspectiva, el

presentetrabajo tiene como finalidad estudiar la prueba en los contratos electrónicos de consumo, y para ello se analizarán: los aspectos generales del contrato electrónico; el soporte informático como medio de prueba; la seguridad o inseguridad del registro electrónico; la valoración de la prueba electrónica por el juez; algunas normativas que regulan la prueba en las referidas contrataciones; y la firma digital como medio de prueba.

Las nuevas tecnologías están a la orden del día en el campo de la contratación por lo que se hace necesario que las operaciones realizadas con medios electrónicos cuenten con la seguridad jurídica, equivalente a la contratación tradicional.

En lo que respecta a la jurisdicción Española es la ley 34/2002 la que establece todo lo relacionado con el comercio electrónico, en conjunción con otras leyes Europeas.

El comercio electrónico está del todo expandido por la red mediante el incremento de la oferta, de este modo internet supera los límites entre oferta y emplazamiento físico, evitando así la pérdida de tiempo propios de la realidad tradicional e incluso para algunos bienes y servicios internet nos facilita el acceso a la rápida comparación de estas condiciones, a la elección del mejor precio entre bienes homogéneos en una base nacional o internacional, sin embargo si bien es cierto que encontramos numerosas ventajas en el comercio electrónico, principalmente ahorrar costes transaccionales por otra parte el comercio electrónico eleva los llamados costes de cumplimiento (seguridad en los pagos, puntualidad etc) es por ello que se crea la necesidad de una mayor seguridad en el tráfico del comercio electrónico, los consumidores necesitan tener la certeza de que los contratos celebrados por internet estarán, como en el comercio tradicional, protegidos por el ordenamiento jurídico.

a) Aceptación del soporte informático como medio de prueba

En la nueva LEC, el legislador decidió esclarecer definitivamente esta cuestión y lo hizo de manera que no favoreció ninguna de las dos posturas antes descritas, o sea que la LEC (artículo 299.2 y 384) admite la aportación de los registros electrónicos al proceso, pero se refiere a ellos como instrumentos.

De la regulación de la prueba mediante instrumentos, la Ley los equipara al documento (artículos 265 y siguientes LEC), esto significa que se tienen que aportar junto con la demanda y su contestación o, por excepción, en otros momentos procesales posteriores (artículos 265.2, 3, 4; 270 e 271 LEC). Por lo tanto, de la interpretación de la LEC, se observa que los soportes electrónicos no son documentos en lo que se refiere a la

prueba, sin perjuicio de que su régimen probatorio se identifique con lo de los documentos en muchos aspectos.

De esta manera, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, los registros electrónicos y telemáticos serán aceptados como medio de prueba, pero para ello deberán, garantizar su autenticidad; identificar de modo fiable a las partes; no alterar su contenido, identificar el momento de su emisión y recepción.

Los principios procesales generales sobre la prueba son los siguientes: el que afirma algo en un proceso debe probarlo, quien alega un hecho que impida, extinga o enerve su eficacia debe probarlo, en materia de competencia desleal y publicidad ilícita, corresponde al demandado la carga de la prueba de la veracidad de las alegaciones realizadas y de los datos que la publicidad exprese (artículo 217.4 LEC).

b) Seguridad o inseguridad del registro electrónico

La seguridad es la característica de la prueba documental proporcionada a quien la tiene a su favor principalmente por ser preconstituida, porque se fija con anterioridad al momento en que surge el litigio..

c) Valoración de la prueba electrónica por el juez.

El artículo 384.3 LEC determina que la valoración de la prueba electrónica se concreta en la sana crítica, esto quiere decir que se basa en la valoración libre por el juez. A pesar de ello, la mayoría de la doctrina considera incoherente tal previsión¹⁷, porque no tiene ningún sentido que el soporte informático sea considerado de peor condición que el documento en soporte papel tradicional, al cual se le aplican las reglas de prueba legal.

Es razonable que si un soporte informático sustituye a un documento tradicional, el reconocimiento del mismo por la parte a quien perjudique, debe constituir un supuesto de prueba tasada, pues sino sería posible penalizar con la prueba libre la utilización de los avances informáticos, y premiar con la prueba legal el mantenimiento de las formas tradicionales. De esta forma, la doctrina plantea si analógicamente cabría aplicar las reglas de valoración legal propias de la prueba mediante documentos.

Acerca del ámbito específico de la contratación electrónica, el artículo 24.2 de la LSSICE define que el soporte informático proveniente de la contratación electrónica será admitido en juicio como prueba documental. Esta previsión enseña la pretensión del legislador español por evitarlos inconvenientes que la valoración libre podría ocasionar en el comercio electrónico

3.1.1) NORMATIVA QUE REGULA LA PRUEBA DE LA CONTRATACION ELECTRONICA.

Con el fin de proteger al consumidor en las contrataciones electrónicas, el legislador desarrollanormativas específicas, y también se basa en los principios de la teoría general de loscontratos. A partir de ello, en este apartado, se examinará la previsión de la prueba en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, sobre Contratación Electrónica con Condiciones Generales de la Contratación; y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE).

a) Prueba del Decreto real 1906/1999

Conforme todo el explanado, está claro que el contrato electrónico hace parte de los contratos adistancia. De este modo, es interesante centrarse, en primer lugar, en las normas generales de protección al consumidor que contrata a distancia, para después examinar particularmente a laque se refiere al consumidor que lo hace con medios electrónicos.

El 13 de abril de 1998, se elaboró la Ley de Condiciones Generales de la Contratación,Ley7/1998, para adecuarse a la Directiva 97/7/CEE, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, tal Ley estipula que los contratos a distancia, la mayoría de estos acompañados de condiciones generales de la contratación²⁴, deberán cumplir con los requisitos establecidos en sus artículos 5 y 7.

Para desarrollar el artículo 5.3 de la Ley 7/1998, surge el Real Decreto 1906/1999, de 17 de Diciembre, sobre Contratación Electrónica con Condiciones Generales de la Contratación, que es la normativa la cual regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales. La referida normativa prevé su aplicación a los contratos celebrados a distancia, por cualesquier medio que suponga una comunicación a distancia y que incorporen en los mismos condiciones generales de la contratación.

El **artículo 3 del citado Real Decreto** determina que en las contrataciones electrónicas será necesaria la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional, pero se enviará inmediatamente al consumidor adherente justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma, como ejemplo de este articulo debo mencionar la – Sentencia

262/2008 de 17 de abril. Recurso de Apelación número 588/2007. Ponente: Illma. Sra. Marta Font Marquina).`` Acerca de la aceptación de cada una de las cláusulas del contrato por el consumidor y del envío de las condiciones generales del contrato por el empresario, es conveniente observar la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona: la sociedad Tiscali España, S.L.U. demandó contra Don Jon, reclamando las cuotas correspondientes a los meses comprendidos de junio a noviembre de 2004 por el servicio de ADSL que contrató el demandado telefónicamente en fecha de 13 de noviembre de 2003. La parte demandada se opuso al pago de las citadas cuotas alegando en su defensa el incumplimiento de la obligación y subsidiariamente, conforme a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el derecho a desistir unilateralmente del contrato, y para ello se emitió un burofax a la actora de fecha de 4 de junio de 2004. La demandante aportó las condiciones generales de la contratación en las que constaba que la duración del servicio era por un período de un año y que finía en noviembre de 2004. El juez de 1ª Instancia, del Juzgado número 5 de Martorell, estimó la demanda porque entendió que el demandado no acreditó que el servicio fuera irregular. El demandado interpuso recurso de apelación y la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona lo estimó. El juez de la Audiencia Provincial observó que no se aportaba a los autos ningún documento en el cual apareciera la firma del contratante-usuario del servicio, ni tampoco las cláusulas de condiciones generales, como por ejemplo la cláusula en que se amparaba la demandante para reclamar las tarifas mínimas mensuales por la duración del contrato, estaban expresamente firmadas por el demandado. Así, en la sentencia de la Audiencia Provincial se evidenció que la demandante no cumplió con el artículo 5 de la Ley 7/1998, o sea que no fue facilitado al demandado la información eficaz y completa de todas y cada una de las condiciones de dicho contrato, pues cuando ello fue celebrado, la actora debería haber enviado al demandado la justificación por escrito del comienzo de la ejecución del servicio. Como la demandante no probó la existencia y estado de la información previa de las cláusulas del contrato y de la entrega de las condiciones generales, el demandado tenía la facultad de resolverlo en cualquier momento. Conforme la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, a la actora le asistiría “el derecho a exigir el pago de la totalidad de las cuotas mensuales hasta la finalización del contrato si, sin justa causa, el demandado hubiese aceptado expresamente por cualquier medio previsto en el Real Decreto 1906/1999 las condiciones generales de la contratación”. Ante estas aclaraciones, el juez de la Audiencia Provincial desestimó íntegramente la demanda.

4) JURISDICCION Y LEY APLICABLE

Las normas comunitarias sobre competencia judicial son aplicables entre Estados miembros, así como entre determinados Estados no pertenecientes a la Unión Europea.

Si tenemos un litigio con una empresa o un profesional localizados en otro Estado, necesitaremos averiguar qué órganos judiciales de qué Estado son competentes. Y, la respuesta que obtengamos puede tener importantes repercusiones, ya que si necesitamos litigar en el extranjero tendremos que afrontar inconvenientes y costes adicionales derivados además de la contratación de un Abogado en ese Estado, de la necesidad de intérprete para traducir documentaciones, o viajar a ese lugar para comparecer en el procedimiento.

En materia de competencia judicial internacional los documentos de referencia, fundamentalmente son: el [Reglamento \(CE\) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil](#), El [Reglamento \(CE\) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil](#), y en menor medida, al [Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968](#), al [Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988](#) y a la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#) española. Estas normas analizan los distintos foros posibles haciendo hincapié en cierta flexibilización necesaria para una mayor seguridad jurídica y rapidez, teniendo en cuenta la "masificación de las transacciones comerciales hoy en día", y necesaria también para proteger mejor a la, en principio, parte débil de la relación (consumidor, trabajador...).

En el supuesto de que las partes hubiesen determinado la aplicación de arbitraje internacional, cabe acudir al sistema de fuentes o normativa aplicable: [Convenio de Nueva York de 1958](#) y [Convenio de Ginebra de 1961](#), ambos de carácter multilateral; Convenios bilaterales, la [Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, enmendada en 2006](#), y a nivel español la [Ley de Arbitraje de 2003](#). La Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico recomienda a todos los Estados que animen a las partes a la utilización del arbitraje para la resolución extrajudicial de controversias.

El Reglamento 44/2001 parte de la idea que en un litigio cabe que existan varios tribunales que sean competentes. En el fondo el que elige es el demandante como perjudicado en una relación contractual.

- **Foro Domicilio del Demandado**

El principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde **el demandado tiene establecido su domicilio**, cualquiera que sea su nacionalidad. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal competente. Cuando una parte no tiene un domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, para determinar si dicha persona tiene un domicilio en otro Estado miembro, el juez deberá aplicar su legislación interna.

Sin embargo, el Convenio contiene varias disposiciones que se apartan de este principio y permiten incoar los procedimientos judiciales en otro Estado contratante distinto de aquél en el que reside el demandado. Salvo excepciones, el mero hecho de que el demandado **comparezca ante el órgano jurisdiccional** da lugar a la competencia judicial de los órganos jurisdiccionales de ese Estado contratante, aún en el caso de que no sean de ordinario competentes

Conforme al [art.2 R44/2001](#) son competentes los tribunales del domicilio del demandado, distinguiendo según se trate de:

- a) persona física: según la normativa interna del país en el que se presenta la demanda (En nuestro [Art. 40 Cc](#) el domicilio equivale a la residencia habitual).
- b) personas jurídicas: El domicilio se define en función del lugar en que se encuentra el domicilio social (sede estatutaria), su administración central o su establecimiento principal (centro de la actividad).

En Internet no obstante el problema surge cuando las empresas no identifican su domicilio, si bien cabe la subsanación de esta problemática a través de mecanismos tales como firma electrónica. En España la [LSSI](#) establece la obligación de identificar su domicilio real en las páginas web.

- Foro de sumisión

Según el [artº 23 RBI](#) y 17 CB hay sumisión al tribunal elegido por las partes de modo:

1. Tácito: Se presenta la demanda en un determinado Foro y la parte contraria contesta a la misma, con lo que tácitamente está asumiendo la competencia de ese Tribunal.

2. Expreso: En el momento de la celebración del contrato las partes han acordado la sumisión a determinados tribunales.
3. También cabe la posibilidad de elegir un Tribunal online. El Art.23.2 del Reglamento 44/2001 dice que sí cabe esta opción siempre y cuando se haga de forma duradera (la opción ha de quedar guardada en un registro duradero).

- **Foro materia contractual**

Según el Art.5.1 del Reglamento 44/2001, en materia contractual se puede demandar ante el tribunal correspondiente al lugar donde hubiere sido o debiera haberse cumplido la obligación que sirve de base a la demanda.

Este Reglamento distingue entre varios tipos de contratos.

- a) Contratos de compraventa de mercancías: la obligación que sirve de base para la interposición de la demanda, es la entrega de las mercancías.
- b) Contratos prestación de servicios: la obligación que sirve de base para la interposición de la demanda, es el lugar de prestación de servicios.
- c) Otros contratos:

No cabe aplicar estas reglas en los casos de franquicia, concesión, etc donde deberemos estar al caso concreto, lugar de pago, lugar de incumplimiento de la prestación,..Tampoco cabe aplicar estas presunciones cuando las mercancías se concreten en un tercer país no miembro de la UE. Igualmente no cabe aplicar estas presunciones cuando no se hubiese especificado cual será el lugar de cumplimiento de las obligaciones

a) contratos on line que se ejecutan off-line:

b) contratos online que se ejecutan on-line: en estos supuestos es donde surge la problemática de determinación la presunción de entrega de la mercancía si esta se produce en el cyber espacio.

En la práctica, los contratos puros ejecutados on-line son escasos, ya que siempre llevan aparejadas una serie de prestaciones accesorias, por lo que se puede acudir a los criterios tradicionales de derecho Internacional Privado.

El lugar de entrega ficticia es el lugar donde esta el establecimiento del vendedor en el supuesto de compraventa ficticia a través de la red.

En los supuestos en que no se trata de obligaciones de entrega de mercancías o prestaciones de servicios, cabrá que distinguir entre dos tipos de obligaciones:

- a) Obligaciones de pago: si se incumple el pago será competente el tribunal del país en el que debería efectuarse el pago.
- b) Obligaciones no pecuniarias: será competente en el país del sujeto donde se realiza la prestación no pecuniaria.

4.1) Derecho aplicable

Respecto al derecho aplicable, hemos de atender básicamente al Convenio de Viena, siempre que las partes no hubieren descartado su aplicación conforme al Art.6. Si la transacción electrónica no se tratara de una compraventa, habría de aplicarse el Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980 que viene a establecer los siguientes criterios:

- **Autonomía de la voluntad:** Al igual que ocurría con la determinación del Foro, la elección de Ley aplicable, puede ser expresa o tácita. Así mismo, la elección puede llevarse a cabo de modo expreso on line si se ha realizado mediante soporte estable y duradero.
- **Ley del país más estrechamente vinculada con la relación contractual:** ley de la residencia habitual o sede del país del prestador característico (la prestación característica será siempre la no dineraria). Esta es una herencia del sistema angloamericano que invita al Juez a analizar caso por caso pero con ciertas presunciones.

La residencia habitual es un aspecto fáctico y fácilmente comprobable. La situación física del servidor es irrelevante para determinar la ley del contrato. Lo importante es la residencia del prestador característico que es el oferente o el exportador.

5) ELEMENTOS CONCEPTUALES DE DERECHO DEL COMERCIO ELECTRONICO

A modo de observacion general se aprecia que los elementos conceptuales a considerar son replicas en el campo juridico de piezas basicas del proceso tecnologico industrial y empresarias al servicio del comercio electronico, como no podia ser de otra manera

están del todo interrelacionados. Por lo tanto los elementos conceptuales requeridos para la formulación y aplicación de las normas jurídicas de la contratación electrónica, son muchos menos que los elementos personales, materiales e inmateriales necesarios para que el comercio electrónico se practique y desenvuelva en la realidad industrial.

Podemos diferenciar elementos distintos que a su vez pueden ser agrupados en dos grandes grupos, un primer grupo está compuesto por los elementos subjetivos del derecho del comercio electrónico: se contempla en él los distintos sujetos destinatarios de los mandatos y privilegios legales así como de los derechos y obligaciones contractualmente adquiridos en el marco jurídico del C-E. El segundo grupo lo componen los elementos objetivos; los cuales son susceptibles de empleo por los sujetos involucrados en el tráfico mercantil con la finalidad de llevarlo a término por vía electrónica.

5.1 ELEMENTOS OBJETIVOS

- **Mensaje de datos**

Desde un punto de vista objetivo el mensaje de datos constituye la pieza básica y central del CE. El mensaje de datos encuentra una definición descriptiva en el artículo 2.a) de la LMCUCE la cual ya ha sido reproducida con anterioridad. Su repetición no obstante conviene ser ofrecida acto seguido dada su importancia sistemática:

2a) Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."

Se pueden extraer varias conclusiones del texto citado:

1. Un mensaje de datos es ante todo información, es decir, información en el marco del Derecho C-E no debe reducirse a una mera declaración de ciencia o conocimiento, también incluye objetos contractuales

predominantemente inmateriales como puede ser los programas de ordenador y las creaciones intelectuales. Por lo tanto la información que sustancialmente contiene el MD constituirá una declaración de voluntad o de ciencia en función de su contenido y de la intención de quien la genera y la firma. Así la información contenida en un MD puede ser constituir la aceptación de un contrato o por el contrario un simple acuse de recibo

2. La información se caracteriza por ser objeto de tratamiento por medios electrónicos, ópticos o similares, la información constitutiva de MD debe de producirse con uno o varios de los fines simultáneos o sucesivos mencionados en el artículo 2.a) LMCUCE.

Este número cerrado de los fines u objetivos a perseguirse con el tratamiento de la información en orden a su concepción como mensaje no es requerido, por el contrario, respecto de medios soporte y técnica específicos empleados para dicho tratamiento. El principio de neutralidad tecnológica encuentra en la materia uno de sus más pertinentes campos naturales de aplicación: basta que se otorgue a la información un tratamiento que se incluya en la categoría general de tratamiento electrónico para que nos encontremos ante el mensaje de datos y no puede ser de otra manera que de no ser así quedarían numerosos tratamientos.

Para evitar dicho efecto excluyente tanto la LMCUCE como otros textos⁴ pertinentes adoptan una posición contraria al *numerus clausus* en materia de medios, soportes y técnicas de tratamiento electrónico de la información.

Esta retirada aparición de cláusulas generales permite establecer de forma categórica la concepción como MD de toda información que se genere, envíe, reciba, archive o comunique por otros medios distintos de los enumerados en el precepto transcrito siempre que, obviamente resulten de naturaleza electrónica.

- **Norma técnica de estructuración**

⁴ Esta misma posición es mantenida en la *Electronic Commerce Security Act (ECSA)* del Estado Norteamericano de Illinois cuyo artículo 5-105 contiene una definición de electrónico en los siguientes

Los MD que circulan entre ordenadores o sistemas de informacion que transmiten las voluntades negociales pueden configurarse de diversos modos y en virtud de diversos criterios.

El correo electronico es el metodo que otorga mayor libertad a los contratantes en orden a configurar su mensaje; y si configuracion se distancia minimamente de la correspondencia manual o postal. En el polo opuesto del correo electronico y de la extrema libertad de configuracion que este atribuye al iniciados de MD se encuentra el caso de lo que se ha venido a denominar intercambio electronicos de datos (electronic data interchange) EDI⁵, la libertad de configuracion del mensaje es minima y se restringe a los huecos o blancos que presente el MD, estos blancos o huecos que se pueden encontrar se requiere que sean completados para que este ultimo pueda adquirir integridad, de esta forma en el EDI no existe ni libertad de forma ni de fondo.

Dicha inexistencia se debe precisamente al hecho de que con anterioridad a la emision de MD existe lo que la definicion de EDI denomina norma tecnica de estructuracion del mensaje. Se debe igualmente al hecho juridico de que iniciador y destinatario han acordado del EDI han acordado conformar sus MD a dicha norma tecnica, las normas tecnicas de estructuracion son el equivalente funcional en el mundo del comercio electronico de los impresos y formularios del mundo manual.

La norma tecnica sin embargo, no es un elemento conceptual necesario para el desenvolvimiento y practica del CE ni supone una pieza imprescindible en el juego de su disciplina. En efecto, en la realidad del trafico no existe necesidad alguna de emplear norma tecnica de estructuracion del MD y, de hecho, gran cantidad de CE entre empresarios se produce sin empleo de esas normas, en contraposicion del Ce con consumidores donde las normas tecnicas en muchas ocasiones no son objeto de pacto entre el empresario y el consumidor sino que simplemente y a modo de complemento de las condiciones generales de contratacion empleadas por el empresario, le son impuestas al consumidor en su mas completa ignorancia

terminos generales; "includes electrical, digital, magnetic, optical, electromagnetic, or any other form of technology that entails capabilities similar to these technologies"

⁵ El articulo 2.b) LMCUCE procede a definir el EDI en los siguientes terminos: "Por intercambio electronico de datos EDI se entendera la transmision electronica de informacion de una computadora a otra, estando estructurada la informacion conforme a alguna norma tecnica convenida al efecto".

- **Firma electronica**

La firma electronica, en adelante FE, constituye probablemente el elemento conceptual objetivo del CE dotado de mayor importancia desde una perspectiva juridica, la firma electronica esta regulada en la Ley 59/2003 y por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electronicas. La firma electronica junto al cifrado o encriptado del mensaje de datos con ella firmado, componen fuera de toda duda el CE tanto desde un punto de vista material como juridico.

Conviene entrar algo mas en materia e interrogar acerca de lo que es la FE. La FE es un medio electronico para atribuir origen personal cierto a un MD y establecer o atribuir la conformidad de la persona firmante con el contenido de lo firmado, los requisitos de la firma electronica aparecen recogidos en el articulo 7.1 de la Ley modelo.

Artículo 7. Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

- a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos;
- b) y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

Puedemos por lo tanto nombrar tres funciones generales satisfechas por el medio o metodo electronico de la firma:

- funcion de identificacion y atribucion al mensaje de la informacion contenida en el mensaje, indicando el origen y la voluntad del emisor.
- funcion de privacidad, cifrado del mensaje y del nombre del firmante.
- funcion de seguridad, es decir, evidencia de la apertura o alteracion del mensaje entre el momento de su emision firmada y el de su llegada a un destinatario.

Como ejemplo de FE podemos citar las mas utilizadas y conocidas por la mayoria de nosotros y que utilizados practicamente a diario, la contraseña del correo electrnico o password , o otros metodos similares

de control de **acceso**, algo mas complejo PIN , por ejemplo de las tarjetas bancarias, y de creciente difusion comercial esta resultando el escaneo digital de la firma autografa estampada sobre una pizarra digitalizadora asi como la firma mediante lo que denomina un stylus o pluma digital tambien sobre tableta digitalizadora.

Respecto a la denominacion legal de la Fe , nos encontramos con diferentes modos de calificarla; FE refrendada, FE segura, FE avanzada o Fe certificada.La legislacion Española a optado por la via Europea de FE avanzada, en adelante FEA, este termino no es nada mas que el resultado del avance tecnologico, basicamente, se apoya en la infraestructura de Clave Publica,(Public key infrastructure) en adelante ICP, compleja y sofisticada tecnologia que permite en el estado actual de la tecnica asegurar incluso con mayores garantias que el papel y la firma autografa son del firmante.

6) Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

El anterior Real Decreto-Ley 14/1999 de Firma Electrónica, de 17 de septiembre, es la primera normativa que, con carácter general, pretendió regular la firma electrónica en España. La aprobación de este texto se adelantó a la Directiva 1999/93/CE (de 13 de diciembre del mismo año).

La norma española se basó casi exclusivamente en el texto de la Directiva, no obstante al no estar aprobada por esas fechas, el modelo que se tomó como referencia fue una versión no definitiva que posterior-mente sufrió ligeros cambios de redacción.

Tanto las incoherencias con la Directiva como su fecha de aprobación motivaron que en ámbitos comunitarios se defendiera que el Decreto-ley 14/1999 no suponía una correcta trasposición de la Directiva.

Al mismo tiempo, la copia más o menos literal que con errores se hizo de la Directiva no sirvió para regular de una forma completa y equilibrada los derechos y obligaciones de todos los agentes intervinientes en el proceso de creación y uso de la firma electrónica.

La Directiva, como norma-marco en el ámbito comunitario, tenía como objetivo el llevar a cabo una regulación de mínimos que garantizase un conjunto de obligaciones básicas para los prestadores de servicios de certificación, comunes en el territorio de la Unión Europea y que permitiesen garantizar el libre mercado interior en la prestación de estos servicios. En cambio una normativa nacional debería haber contemplado los diferentes aspectos derivados de la interacción entre prestadores de servicios, colaboradores, proveedores de tecnología, firmantes, terceros afectados por la firma, etc.

Por otra parte, El Decreto-Ley 14/1999 desarrollaba una tipología de firmas electrónicas que favorecía jurídicamente en sus efectos a aquella que teniendo la condición de firma electrónica avanzada, estuviera basada en un certificado reconocido, producida por un dispositivo seguro de creación de firma y expedido por un prestador de servicios de certificación acreditado. En la medida en que el desarrollo reglamentario del Decreto-Ley quedó interrumpido, fue imposible conseguir este tipo de firma “con garantías” y ello contribuyó a provocar un desinterés en el mercado por el uso de la firma electrónica para dar seguridad jurídica las transacciones telemáticas e, incluso, por el fomento de las propias transacciones en este medio.

La nueva Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica trata de dar solución a los anteriores problemas nutriendose de la experiencia adquirida en estos años. De igual manera, el procedimiento de elaboración de la norma, sometido a consulta pública a través de Internet durante los meses de enero y febrero de 2002 permitió el acceso a las inquietudes de los agentes implicados por parte a los Ministerios participantes en la elaboración del borrador de la norma.

a) Ambito de aplicación de la Ley 59/2003

Comparando la redacción del Decreto-ley con el texto de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica se podía observar una incoherencia entre ambas normas. Al analizar el ámbito subjetivo de aplicación, la

Directiva regula la prestación de “determinados servicios de certificación”⁶ definiendo como proveedor de tales servicios a “la entidad o persona física o jurídica que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”². Sin embargo, el RDL 14/1999 de acuerdo con su artículo 1 regulaba “la prestación al público de servicios de certificación” pero entendiendo por prestador, en su artículo 2 dedicado a definiciones, a “la persona física o jurídica que expide certificados, pudiendo prestar, además, otros servicios en relación con la firma electrónica”. Esto significaba que para la Directiva su ámbito de aplicación subjetiva abarcaba todo tipo de proveedores de software, hardware o servicios que llevaran a cabo actividades relacionadas con la firma electrónica y no sólo las entidades emisoras de certificados mientras que para el Decreto-ley español el marco se reducía exclusivamente a estas últimas.

Lo que parecía una mala trasposición de la Directiva ha sido en este sentido subsanado por la ley 59/2003 que en su artículo 2 ya define a los prestadores de servicios de certificación como “la persona física o jurídica que expide certificados electrónicos o presta otros servicios en relación con la firma electrónica”.

Por otra parte, llama la atención, otro matiz diferencial entre la directiva y la Ley 59/2003 que no puede ser considerado una mala trasposición sino más bien un aprovechamiento del margen de autonomía que la Directiva reconoce a los Estados Miembros a la hora de desarrollar sus regulaciones de desarrollo³. Mientras que la Directiva habla de un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación, el artículo 1.1 señala que “esta Ley regula la firma electrónica, su eficacia y la prestación de servicios de certificación”. No queda claro si la redacción dada por el legislador español obedece a una confusión terminológica que asimila servicios de certificación electrónica a firma electrónica o, por el contrario, en el ámbito de aplicación de la Ley se pretende abarcar cualquier servicio de certificación digital, incluyendo aquellos que pudieran no estar relacionados con los servicios de firma electrónica⁴.

⁶ Artículo 1 de la Directiva 1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999 por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica: “La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

La Directiva exige a los Estados Miembros, como mínimo, trasladar determinadas obligaciones y responsabilidades a los proveedores de servicios de certificación que expidan al público un certificado presentado como reconocido⁵ siendo optativo para los Estados el imponer otras obligaciones o requisitos a los prestadores que no expidan certificados reconocidos.

En cuanto al ámbito territorial de la ley de firma electrónica, la misma se aplicará a los prestadores de servicios de certificación establecidos en España y a los servicios de certificación que los prestadores residentes o domiciliados en otro Estado ofrezcan a través de un establecimiento permanente situado en España.

Tratándose de una norma que regula una actividad electrónica, el ámbito territorial de aplicación es siempre relevante, dadas las posibilidades de deslocalización física que ofrece Internet y otras redes de comunicación.

Por prestador establecido en España, debemos entender aquél que tenga su residencia efectiva o domicilio social en el territorio español, siempre que estos coincidan con el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios⁶.

Existirá un establecimiento permanente cuando el prestador disponga dentro del territorio español, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo en los que realice toda o parte de su actividad⁷. No obstante, la mera utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o el acceso al servicio no implicará, por sí sola, el establecimiento del prestador en España.

Por la propia naturaleza de los servicios prestados parece probable que los mismos puedan ser prestados por medios electrónicos por parte de prestadores establecidos en cualquier otro Estado del mundo a sujetos que se encuentren dentro del territorio español. Para estos supuestos habrá que analizar como se correlaciona la propia Ley 59/2003 con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI)⁸.

En este sentido, parece que, al menos una parte de la prestación de servicios de certificación podría ser a su vez un servicio de la sociedad de la información tal y como

lo define la LSSI. Esto es, “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.

No obstante, en ciertas ocasiones la actividad de registro, necesaria para la emisión de un certificado digital, requerirá la presencia física del solicitante. El artículo 13 de la Ley 59/2003 exige, para la emisión de certificados reconocidos, la identificación previa de la persona física que solicite el certificado mediante su personación ante los encargados de verificarla.

En otros casos no será necesaria esta presencia física:

- a. Cuando el certificado emitido no sea reconocido
- b. Cuando la firma en la solicitud de expedición del certificado haya sido legitimada en presencia notarial.
- c. Cuando la identidad u otras circunstancias permanentes del solicitante constaran ya al prestador de servicios de certificación en virtud de una relación preexistente, en la que ya se hubiera identificado al solicitante mediante su personación y no hubieran pasado más de 5 años.
- d. Cuando para solicitar un certificado se utilice otro vigente para cuya expedición se hubiera identificado al firmante mediante su personación y le conste al prestador que no han pasado más de 5 años desde la identificación.

Asimismo, la prestación de servicios de certificación se puede descomponer en múltiples servicios específicos que pueden ser prestados tanto al firmante como a terceros por medios telemáticos (comprobación de vigencia de certificados y servicios de validación, timestamping, archiving, ...).

El ámbito de aplicación de la LSSI no se limita a los prestadores establecidos o un establecimiento permanente en España. A los prestadores establecidos en la Unión Europea o en los países del Espacio Económico Europeo (EEE) se les aplicará la normativa española cuando el destinatario radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes:

- Derechos de propiedad intelectual o industrial.

- Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
- Actividades de seguro directo realizadas en régimen de derecho de establecimiento o en régimen de libre prestación de servicios.
- Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores.
- Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato
- Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación equivalente no solicitadas

La aplicación de la normativa española a los servicios procedentes de la Unión Europea se extiende únicamente a la regulación que dentro del territorio español se haga de las materias anteriormente enumeradas, pero no al resto para las que seguiría rigiendo la regla del “país de origen”. Por ello, en principio, parece que no resultaría de aplicación a un prestador del entorno comunitario que actuase desde su propio territorio la Ley de firma electrónica española. No obstante, la referencia en la LSSI a las obligaciones nacidas de los contratos celebrados con personas físicas que tengan la condición de consumidores podría interpretarse en el sentido de exigir al prestador comunitario que dirigiera sus servicios a estos destinatarios que trasladara a sus contratos de adhesión las garantías reconocidas por la Ley española de firma electrónica en la medida en que no existieran conforme a la normativa propia del prestador.

Por lo demás, a estos prestadores comunitarios también les serían aplicables las medidas de restricción a la libre prestación de servicios previstas en la LSSI cuando con su actividad afecten a materias especial-mente sensibles tales como:

- La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional¹⁰.
- La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

- El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- La protección de la juventud y de la infancia.

7) CONCLUSIONES

El comercio electrónico crece pero desde luego no con las vertiginosas pendientes exponenciales que tantos gráficos de previsión anunciaban para el inicio del milenio. Racionalidad y lógica económica son las palabras clave.

Como no podría ser de otra manera, evolucionan con mayor velocidad aquellos segmentos en los que el binomio rentabilidad-dificultad de desarrollo tiene un ratio más favorable. Es sencillamente un cálculo de beneficios y utilidades. Y es que no en todos los casos la facilidad de implantación es la misma. Ni tampoco el interés de las empresas. Con estas premisas los intercambios entre empresas se incrementan sobre una base sólida. Pero el comercio dirigido a los particulares no acaba de arrancar, acceso y confianza siguen siendo las claves para dar el salto. Respecto al acceso, la penetración del internet sigue creciendo, la difusión de soluciones que permiten tarifa plana, como el ADSL, es una buena noticia para el comercio electrónico. Por otra parte la generación de confianza pasa por garantizar la seguridad en los intercambios.

Cumplidos estos dos requisitos previos, para que se logre una difusión realmente generalizada es necesario que transcurra el tiempo. El tiempo suficiente como para que la tremenda revolución en los hábitos que supone el comercio electrónico cale lentamente en más y más sectores de la sociedad.

BIBLOGRAFÍA

Escobar, M. (2000) El comercio electrónico, perspectiva presente y futura en España.

AECE, Asociación Española de Comercio Electrónico (2002) Comercio electrónico en España Ventas al consumidor B2C.

Nueno, J.L Viscarri J. y Villanueva J. (2000) ¿Porque comercia tan poco el comercio electrónico? IDELCO.