



UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas

TESIS DOCTORAL

TESIS DOCTORAL

LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS USUARIOS
EL COMERCIO ELECTRÓNICO

LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS USUARIOS

DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Autor: M^a del Pino Cárdenas Negro

LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

JUNIO 2015

M^a del Pino
Cárdenas
Negro

2015

TESIS DOCTORAL

TESIS DOCTORAL

APORTACIONES AL MÉTODO DE LA CELDA
EN EL DISEÑO Y ANÁLISIS DE UN MODELO
DE MÁQUINA ROTATIVA TRIFÁSICA DE
INDUCCIÓN MAGNÉTICA





DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

TESIS DOCTORAL

LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS USUARIOS

DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Autor: M^a del Pino Cárdenas Negro

LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

JULIO 2015



PROGRAMA DE DOCTORADO

**Estatuto jurídico del acusado: derechos y obligaciones de los sujetos sospechosos
de un hecho delictivo in que exista resolución jurisdiccional de inculpación**

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

TESIS DOCTORAL

LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS USUARIOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Director: D. Pablo Saavedra Gallo

Autor: M^a del Pino Cárdenas Negro

LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

JULIO 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE INTERNET. EL COMERCIO ELECTRÓNICO.	11
1. Los orígenes de Internet	11
2. Los orígenes del comercio electrónico.....	20
3. El concepto de comercio electrónico.....	27
4. Las clases de comercio electrónico	39
CAPÍTULO II FUNDAMENTOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	45
1. Contexto general	45
1.1. El ámbito de UNCITRAL: las leyes modelo.....	52
1.2. El ámbito de Estados Unidos	56
1.3. El ámbito europeo	58
1.4. El ámbito español.....	60
2. Los principios generales del derecho del comercio electrónico	62
2.1. El principio de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos.....	67
2.2. El principio de inalteración del derecho preexistente	84
2.3. El principio de neutralidad tecnológica.....	88
2.4. El principio de buena fe y la libertad de pacto en el nuevo contexto	95
3. La contratación electrónica	100

3.1. El contrato electrónico	101
3.2. Naturaleza jurídica del contrato electrónico	112
CAPÍTULO III EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	129
1. La formación del contrato electrónico	129
1.2. La autorregulación.....	142
2. El consentimiento electrónico.....	155
2.1. La declaración de voluntad electrónica	168
2.2. El acuse de recibo	197
3. La perfección del contrato	201
3.1. Momento de la perfección del contrato electrónico	201
3.2. Lugar de celebración del contrato	214
3.3. La prueba del contrato electrónico	218
4. Los elementos subjetivos	244
4.1. El prestador de servicios de la sociedad de la información	246
4.2. El consumidor o destinatario del comercio electrónico	258
5. Contenido del contrato	277
5.1. Obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios.....	277
5.2. Obligaciones específicas de los prestadores de servicios que realizan contratación electrónica	283
5.2.1. Obligaciones previas al proceso de contratación.....	283

5.2.2. Obligaciones posteriores al proceso de contratación.....	289

CAPÍTULO IV FORMALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA 297

1. Contratación electrónica ordinaria.....	297
2. Contratación con firma electrónica.....	302

CAPÍTULO V PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO.....311

1. Principios generales de protección de los consumidores	311
1.1. El derecho a la información.....	320
1.2. El pago	331
1.3. Los envíos no solicitados	342
1.4. Las condiciones generales.....	343
2. El derecho de desistimiento: especial consideración al desistimiento contractual	345

CAPÍTULO VI LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO.....373

1. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos.....	373
1.1. La resolución judicial de los conflictos en el comercio electrónico.....	375
1.1.1. La acción de cesación.....	377
1.2. La resolución extrajudicial de los conflictos en el comercio electrónico.....	391
1.2.1. El arbitraje de consumo.....	399
1.2.2. La mediación	414

1.2.3. Los mecanismos ODR (Online Dispute Resolution)	416
1.2.3. Tratamiento europeo de los ODR	429
CONCLUSIONES	459
BIBLIOGRAFÍA	479

INTRODUCCIÓN

La revolución tecnológica en el campo de las telecomunicaciones, especialmente en el campo electrónico ha originado nuevas estructuras económicas y grandes cambios en la forma de comunicación del ser humano. Estos avances han puesto en crisis algunos de los conceptos jurídicos tradicionales y han exigido a los legisladores cambios en las estructuras jurídicas para establecer un nuevo marco en el que puedan desarrollarse las nuevas relaciones jurídicas, en concreto el comercio electrónico.

Esta nueva forma de comercio a través de Internet supone una serie de ventajas tales como la disminución de los costes comerciales, la oferta ilimitada de productos y servicios a clientes de todo el mundo, la mejora de la promoción y la nueva forma de relación ente compradores y vendedores. Las nuevas tecnologías de la información y comunicación se han implantado en el mundo jurídico, produciendo la incorporación del ámbito electrónico a los negocios jurídicos, lo que ha generado nuevas situaciones a las que el mundo del Derecho debe dar respuesta.

De ahí que los diferentes ordenamientos jurídicos hayan tenido que realizar adaptaciones legales, para dar una respuesta eficaz a los problemas que ha generado esta nueva forma de hacer negocios. En efecto, es en el ámbito del comercio electrónico donde se ha producido una mayor interacción entre los empresarios y los consumidores. La celebración de contratos electrónicos a través de Internet se ha generalizado, dando lugar a un importante crecimiento económico y a nuevas relaciones jurídicas en la Red y en este sentido, es necesario determinar los diferentes aspectos que afectan a las nuevas relaciones jurídicas para integrar esta reciente forma de comercio en las figuras tradicionales del negocio jurídico y aplicar las mismas reglas.

En lo que se refiere al impacto que ha producido Internet en esta nueva forma de contratos a través de la Red, hay que prever que las normas legales tradicionales no sean del todo aplicables a esta forma de comercio o, siendo aplicables, no regulen ciertos aspectos que deben ser considerados en el comercio electrónico.

Por otro lado, hay que señalar que el interés por abordar los diferentes aspectos que afectan a los consumidores en el campo del comercio electrónico, se debe a la importancia creciente que han ido alcanzando los medios electrónicos en este campo y a las consecuencias que de ello se derivan para el mundo jurídico, que se ha visto obligado a regular vertiginosamente la nueva forma de comercio que se desarrolla en la Red, cuyo crecimiento y desarrollo es imparable, apareciendo nuevas figuras a las que el Derecho debe dar amparo legal. Todo ello nos lleva a reflexionar sobre esta materia que, a pesar de ser reciente, deja obsoletas las normas en un período muy corto de tiempo (pues en innovaciones tecnológicas se avanza cada día), y reclama su encuadre dentro de las formas jurídicas existentes.

Así, al disponer el contenido de este estudio nos hemos decidido por incluir en el primer capítulo la referencia a los orígenes del comercio electrónico, el concepto y las clases de comercio electrónico. No se pretende hacer un relato de los orígenes de Internet o profundizar en la evolución del comercio electrónico, pues la figura que analizamos no tiene más de cinco décadas, debido a que el nacimiento de Internet se produce en la década de los sesenta, y el comienzo del comercio electrónico como tal se produce alrededor de los ochenta, época en la que surge una nueva forma de hacer negocios, que se ha ido consolidando desde el punto de vista económico y desde la vertiente de su regulación jurídica.

Más bien, nos limitaremos a describir someramente los antecedentes y la evolución de esta nueva forma de comercio, el electrónico, principalmente en España y Europa y cómo afecta al desenvolvimiento de los negocios jurídicos que se desarrollan en la Red. Pretendemos presentar los diferentes aspectos que inciden en el negocio jurídico que se desarrolla entre las partes, así como la normativa que se ha ido generando alrededor de esta nueva forma de comerciar.

Continuaremos con el segundo capítulo en el que se abordarán los principios del comercio electrónico, la definición de contrato electrónico y su naturaleza jurídica. La generalización del uso de la informática y su aceptación y difusión en la sociedad, han planteado la necesidad de dar carta de naturaleza al régimen de la contratación electrónica, ofreciendo un marco de ordenación del mercado de las

telecomunicaciones y dotando de seguridad jurídica a las nuevas relaciones que se establecen entre los prestadores de servicios y los usuarios.

Por ello, se han definido unos principios básicos en la contratación electrónica, que han demostrado su eficacia en aras a contribuir a la seguridad y a la confianza en los sistemas de comercio electrónico, y que hacen compatible la nueva realidad tecnológica con las instituciones básicas de los ordenamientos, adaptando las reglas de interpretación de las normas vigentes a las nuevas realidades tecnológicas y permitiendo la subsistencia del Derecho anterior, alterando sólo los efectos de su aplicación.

Partiremos, para concretar el objeto de nuestro estudio, de la definición de contrato electrónico que nos ofrece la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, como *“aquél 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”* y constataremos que los contratos electrónicos se encuentran sometidos a las normas generales de contratación existentes en nuestro derecho, en las que encuentran su fundamento.

Concluiremos este capítulo con una breve alusión a la naturaleza jurídica de esta figura, señalando que nos encontramos ante un negocio jurídico electrónico celebrado en Internet, que se configura como una nueva modalidad de contrato a distancia, con características especiales que la distinguen de la contratación a distancia tradicional.

Nuestra investigación se centra, en el tercer capítulo, en estudiar el régimen jurídico del comercio electrónico, dando singular importancia a la formación del contrato electrónico y a sus características esenciales y centrando nuestra reflexión en el momento y lugar de perfección del mismo, teniendo en cuenta las dificultades de garantizar la identidad de las declaraciones de voluntad emitidas a través de medios electrónicos. Dedicaremos un apartado al estudio de la prueba de los contratos electrónicos, pues los negocios jurídicos que se realizan en la Red requieren de un instrumento que otorgue credibilidad y fuerza probatoria a dichas actuaciones, y

observaremos que presentan ciertos retos, como su conservación física y la preservación de su autenticidad en el transcurso del tiempo: la seguridad técnica y la seguridad jurídica. Y aunque la LSSICE admita el soporte electrónico como prueba documental, otorga mayor seguridad a los documentos con firma electrónica. Finalizaremos dicho capítulo haciendo referencia a las obligaciones de los prestadores de servicios y la extensa normativa que se ha desarrollado al respecto.

En el cuarto capítulo nos limitaremos a relacionar las formalidades de la contratación electrónica, estableciendo las diferencias entre la contratación electrónica ordinaria y la contratación con firma electrónica y constatando, como señala la Exposición de motivos de la Ley de Firma Electrónica, que *“La firma electrónica constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas”*, por lo que esta modalidad de firma se convierte en una manifestación de la voluntad del firmante, respecto del contenido que figura en el documento al que va incorporada.

Asistiremos a ver, en el capítulo quinto, una profunda reforma de la normativa europea, que ha incidido en nuestra normativa nacional, que ha ido desde una protección genérica y dispersa de la figura de los consumidores y usuarios en sus relaciones con los empresarios, hasta normas más uniformes que tratan de proteger al consumidor, en cualesquiera situaciones de conflicto que se encuentren frente a los empresarios en general.

El auge del comercio electrónico ha generado una ingente regulación a nivel interno y a nivel europeo, dispersa y poco armonizada, por lo que iremos analizando la evolución de la normativa existente al efecto, dada la rapidez con la que se van sucediendo los avances tecnológicos, que provocan que las normas aprobadas para su regulación vayan quedando obsoletas en muy poco tiempo.

Es cierto que el comercio electrónico, fruto de la llamada “sociedad de la información”, no se regula de manera igual en todos los países, ni existe un marco jurídico uniforme que ofrezca un tratamiento igualitario de esta figura. Además, en el

mundo de las comunicaciones electrónicas, los avances son vertiginosos, por lo que se hace necesario regular de forma flexible y armonizada esta nueva forma de comercio, de manera que contemple, en la medida de lo posible, los últimos avances tecnológicos y que, respetando las singularidades de cada país, ofrezca una regulación general armonizada.

Finalizaremos esta investigación con el estudio de la resolución judicial y extrajudicial de los conflictos entre los empresarios y los consumidores, como garantía en sus relaciones jurídicas. Esto nos lleva a realizar una reflexión sobre la necesidad visible de establecer un nuevo marco legal, a nivel tanto europeo como desde la comunidad internacional, en aras a una mayor uniformidad y armonización del comercio electrónico, para conseguir el ansiado mercado único y la mejora de la protección del consumidor. Esta pretendida armonización parece ser una realidad a nivel europeo con la publicación de la Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, Directiva.

En este trabajo se ha pretendido abordar la normativa existente sobre la materia y constatar que, aunque existe una tendencia actual a la uniformidad y a la armonización, a nivel nacional, europeo e Internacional, no hay que olvidar que la tecnología es cambiante y las normas y las leyes deben adaptarse a estos cambios para proteger a los consumidores, de modo que no queden desamparados en sus relaciones entre sí, en el ámbito privado, y en caso de conflicto puedan obtener el amparo de la Justicia.

Debemos concluir señalando que el comercio electrónico es una nueva forma de hacer comercio, por lo que su regulación, si bien debe contemplar los significativos avances tecnológicos, no debe implicar un cambio en el derecho preexistente, pues los elementos esenciales del negocio jurídico: consentimiento, objeto y causa, no se ven, en principio, alterados cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE INTERNET. EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Los orígenes de Internet

A lo largo de la historia aparecen diferentes formas de comercio, que han ido evolucionando y adaptándose a los nuevos medios de comunicación, gracias al impulso de los avances tecnológicos. La ordenación del comercio desde sus orígenes ha sido objeto de una regulación minuciosa y ha dado fruto a numerosas normas, la mayoría de carácter tuitivo frente a la actuación de los profesionales, modificando los principios clásicos de la responsabilidad civil y adaptándose a las nuevas necesidades del comercio¹.

Hemos asistido a un desarrollo tecnológico sin precedentes que ha conocido su máximo impulso debido a la globalización, que representa no sólo un cambio en los anteriores modelos de comercio, sino también un reto para las instituciones del Derecho, que han de regular las nuevas formas de comercio, adaptando sus normas a la nueva realidad. Será en este marco donde se desarrolle lo que conocemos con el nombre de Comercio Electrónico².

Pero antes de centrarnos en la configuración de esta nueva forma de comercio se hace necesario remontarnos a sus orígenes. Internet nace alrededor de los años sesenta, cuando el Departamento de Defensa Norteamericano desarrolla nuevas

¹ Con la aprobación, entre otras, de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal o el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

² Un estudio sobre los orígenes de Internet, lo podemos ver en: Leiner, Barry M., Cerf, Vinton G.; Clark, David; Kahn, Robert E.; Kleinrock, Leonard; Lynch, Daniel; Postel, Jon; Roberts, Larry y Wolff, Stephen (2000). *Una historia abreviada del Internet*, [consultado el 10 de agosto de 2012] <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet#Leiner>.

tecnologías con el objetivo de conectar ordenadores distantes, de forma flexible y dinámica.

En 1957 la Unión soviética lanza al espacio el primer satélite artificial, el Sputnik, y como respuesta, los Estados Unidos crean ARPA³ con el mismo objetivo que la Unión Soviética, la lucha por la carrera espacial⁴.

Más tarde, en 1966, el Departamento de Defensa de los Estados Unidos funda DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency), cuya finalidad era potenciar la investigación científica, en conexión con varias universidades norteamericanas y algunas corporaciones privadas, que realizaban investigaciones en el desarrollo de redes y que desembocaron en la primera red sin nodos centrales⁵. Así, se creó el proyecto ARPANET cuyo objetivo era establecer una red experimental con ordenadores situados en espacios diferentes, que comunicó los ordenadores del Pentágono con los de otras instituciones que trabajaban para él⁶.

³ Proyecto ARPA (Advanced Research Project Agency), creado en 1958.

⁴ Delgado, C y García, C. (2002). Historia de Internet. En J. Cremades, R. M.A. Fernández Ordoñez y R. Illescas (coordinadores), *Régimen jurídico de Internet* (pp. 88-91). Madrid. Editorial La Ley.

⁵ Fruto de la investigación y posterior publicación de los estudios de Leonard Kleinrock, acerca de la conexión de ordenadores y conmutación de paquetes, que se proponía dividir la información en paquetes y su envío a través de un mismo circuito. Cada paquete contenía la dirección de origen, la de destino, un número de secuencia y una determinada información y, al llegar al destino, los paquetes se ordenaban según el número de secuencia, con lo que había menos posibilidades de perder datos. Si alguno de los paquetes no llegaba a su destino o llegaba defectuoso, la computadora que debía recibir la información pedía a la computadora emisora el paquete que le faltaba. Este protocolo de comunicaciones se llamó NCP (Network Control Protocol).

⁶ En esta nueva red se conectaron cuatro ordenadores de centros universitarios: la Universidad de California Los Ángeles (UCLA), la Universidad de California Santa Bárbara (UCSB), el Stanford Research Institute y la Universidad de Utah. La ARPANET original, creada en 1969, se convirtió en la Internet, basada en la idea de múltiples redes independientes: una red de arquitectura abierta.

Tras conectar los primeros ordenadores se comenzó a desarrollar el proyecto y su aplicación a nuevos usos, lo que dio lugar a nuevas conexiones y a la creación de un nuevo sistema de comunicaciones: el Protocolo NCP (Network Control Protocol).

Será en la década de los años 70, para realizar transacciones entre empresas u organismos, a raíz de la falta de estándares de información y del gran número de procesadores, sistemas operativos y protocolos instalados, cuando nace el EDI⁷, un sistema que estandariza el proceso de comercio y el seguimiento estructurado de los documentos comerciales (órdenes de compra, facturas, etc). El EDI traduce estos documentos a un lenguaje de comprensión común y los transmite a las partes utilizando enlaces de telecomunicaciones muy seguros.

Las grandes empresas que operan en esos años en Internet usan líneas telefónicas (las Vans) para llevar a cabo el intercambio de datos. Junto con los documentos electrónicos estructurados, estas redes también transmiten correo electrónico y proporcionan el acceso a bases de datos controladas. El EDI se instaura por primera vez a través de la industria automotriz, con la finalidad de agilizar los procesos de producción, ya que los proveedores estaban conectados entre sí vía EDI, intercambiando y compartiendo información, lo que generó un alto nivel de eficiencia, reduciendo considerablemente el uso de documentos en soporte papel⁸.

⁷ EDI: Intercambio Electrónico de Datos, conjunto coherente de datos, estructurados conforme a normas, para la transmisión de mensajes por medios electrónicos, es decir, estamos ante una comunicación electrónica entre dos equipos que se transfieren documentos electrónicos eliminando el uso del papel y automatizando los procesos de comercio electrónico entre empresas públicas o privadas, con la mínima intervención humana.

⁸ El intercambio electrónico de datos, el EDI⁷ constituye el antecedente más importante de lo que hoy conocemos como comercio electrónico. La Comisión Internacional dependiente de las Naciones Unidas (EDIFACT)⁸ fue la encargada del desarrollo jurídico del EDI y su misión consistió en estandarizar los mensajes de datos para que pudieran viajar en paquetes que no pudieran ser alterados y que fueran interpretados de forma unánime (facturas, órdenes de pago, documentación pública y administrativa, etc.,).

Si bien este fenómeno revolucionó el comercio, a fines de los ochenta, decae este sistema debido a su coste para las pequeñas empresas y a su limitación a intercambios realizados dentro de un mismo sector industrial. Como respuesta, aparecen las llamadas tecnologías abiertas, basadas en Internet, que extienden los beneficios del comercio electrónico a todo tipo de organizaciones y a usuarios particulares en general. Estos nuevos medios permiten intercambiar todo tipo de información (texto, gráficos, sonido, imágenes estáticas o en movimiento), apareciendo una serie de soluciones que encapsulan EDI en TCP/IP⁹, lo que permite su utilización en Internet, y que reciben el nombre de “EDIWeb”¹⁰.

En 1973 se crea la Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication (SWIFT), cuya misión era crear un enlace de comunicaciones, un lenguaje común y el procesamiento de datos compartido a nivel mundial para las transacciones

⁹ La idea de las redes de arquitectura abierta la introdujo en 1972 Kahn como parte del programa de radiopaquetes, aunque posteriormente se convirtió en un programa independiente llamado “Internetting”. Kahn se planteó desarrollar una nueva versión del protocolo que podría cubrir las necesidades de un entorno de redes de arquitectura abierta. Este protocolo se llamaría más adelante Protocolo de Control de Transmisión/Protocolo de Internet (TCP/IP). Este Protocolo TCP encapsula EDI, divide la información en paquetes y los numera, a la vez que incorpora datos para la transmisión y posterior decodificación de los paquetes. A su vez, el protocolo Internet (IP) se encarga de etiquetar cada paquete con una dirección única (número/ dirección IP), así la información puede ser enviada, por medio de los dispositivos llamados routers (enrutadores) a cualquier parte del mundo.

¹⁰ La evolución de las transacciones normalizadas llevó a dos estándares: El ANSI X-12, que en 1970 fue el que se adoptó en la industria americana como resultado de la unificación de criterios. En este sistema el intercambio de datos se podía realizar solamente entre empresas cuyos sistemas fueran compatibles; y el EDIFACT, que es desarrollado en el continente Europeo y se convierte posteriormente en el estándar internacional, a pesar de que algunos grupos de empresas siguen usando sus propios EDI. El mismo año en que aparece EDIFACT, EAN Internacional (organismo que promueve el código de barras a nivel internacional) desarrolló un lenguaje común universal como base de un EDI sin fronteras: el estándar EANCOM, como alternativa al desarrollo de estándares EDI particulares, cuyo desarrollo ha sido imparable, siendo adoptado por naciones que no habían desarrollado ningún proyecto EDI (países sudamericanos como Argentina, Perú, Brasil, Chile; asiáticos como China, India, Japón, Tailandia y algunos europeos como Portugal o Italia).

financieras internacionales. Se crean numerosas redes locales que primero prestan sus servicios en línea (principalmente correo, consulta a bancos de datos y foros de discusión)¹¹, aunque terminan cambiando y convirtiéndose en proveedores de Internet (ISP, Internet Service Provider), dejando atrás sus propios protocolos y medios de acceso y migrando a TCP/IP. Todas estas redes autónomas iban creando rutas de acceso entre ellas, hasta conformar lo que hoy conocemos como el comercio en línea o comercio electrónico.

En estos años aparece también un sistema de hipertexto compartido (primer esbozo de la WWW World Wide Web) creado por un grupo de físicos encabezados por Tim Berners-Lee, cuya finalidad primera era poner en comunicación a los científicos¹², pero que generalizó su uso y fue determinante en la apertura de Internet a toda la sociedad, pues desarrolló las bases del lenguaje de marcación de hipertextos (HTML), que permite relacionar frases o elementos de un documento con otros¹³. La World Wide Web (o malla mundial WWW) se convierte en una plataforma global de documentos enlazados, conocidos como páginas web, susceptibles de múltiples

¹¹ BitNet, FidoNet, BIX son algunas de las empresas que nacieron como Bulletin Board Systems (BBS) y que cruzaron las propias fronteras. Un ejemplo conocido es el caso de CompuServe, que alcanzó una importancia inusitada pero que no quiso adherirse al sistema existente y terminó por ser un proveedor de servicios más.

¹² Tim Berners-Lee y Rober Cailliau crean el lenguaje HTML en el que se basa la web. Las razones que argumentaron era que necesitaban intercambiar información en tiempo real con otros físicos de otras partes del mundo. Berners pretendía que al accionar una nota a pie de página o una referencia a un texto, el ordenador los dirigiera al texto fuente de la cita o a la referencia. Este proyecto creció al comprobar la utilidad del mismo para relacionar partes completas de estudios, gráficos, dibujos, archivos de imagen y sonido, lo que culmina con la creación del sistema de *navegación a saltos*.

¹³ En 1975 Bill Gates funda, junto a Paul Allen, Microsoft, abriendo en noviembre de 1978 la primera oficina internacional en Japón, bajo el nombre de "ASCII Microsoft" (actualmente conocida como Microsoft Japón). El primer sistema operativo que la compañía lanzó al público fue una variante de Unix en el año 1979, que había sido adquirido de AT&T mediante una licencia de distribución y al que llamaron Xenix, que posteriormente se adaptó para microprocesadores, bajo el nombre de SCO UNIX.

combinaciones de texto, imagen, sonido, etc.,. Para interconectar esta información se usa el lenguaje HTML y un protocolo de transmisión de ficheros de hipertexto (HTTP) que se utiliza para la comunicación entre los navegadores y los servidores, lo que supuso un gran avance en las comunicaciones.

A principios de los 80 la red ARPANET, desconectada ya de su origen militar, conectaba toda una serie de ordenadores que usaban como lenguaje de comunicación la familia de protocolos TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol)¹⁴. En esta década se crea por primera vez un programa de correo electrónico para enviar mensajes entre redes distribuidas¹⁵, que se convirtió en una de las herramientas más empleadas en las redes constituidas por ARPANET¹⁶. En estos momentos, la intención era conectar nuevas redes de ordenadores, aumentando cada año el tamaño de la Red¹⁷, y aunque ARPANET desapareció en 1989, muchas instituciones habían creado sus propias redes para comunicarse entre sí y el número de servidores en la red alcanzaba los 100.000¹⁸.

¹⁴ Un extenso e interesante estudio sobre los orígenes de Internet y de estos protocolos se encuentra en: De Andrés Blasco, J. ¿Qué es Internet?, (2005) cap. 1. En García Mexía, P. *Principios de Derecho de Internet*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición [consultado el 11 de octubre de 2012] <http://www.tirantonline.com/showDocument.do?docid=719601&op=substring&sp=principios%20de%20derecho%20de%20internet&cont=1&mbdg=tip.1>

¹⁵ En 1972 dentro de la International Computer Communication Conference se organiza una demostración de ARPANET en la que se incluye un programa de correo electrónico desarrollado por Ray Tomlinson.

¹⁶ Del Águila, A. R. (2001) Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital, México, Editorial Alfaomega, p. 150.

¹⁷ Delgado C y García Rubio, C, (2002) Historia de Internet en *Régimen jurídico de Internet*, Editorial La Ley, Madrid, p. 95.

¹⁸ Este tema es tratado ampliamente por Vasquez E. y Berrocal J. (2000), en Comercio Electrónico. Materiales para el análisis. Madrid: Ministerio de Fomento, Ministerio de Ciencia y Tecnología (Serie Monografías).

Posteriormente, surgen nuevas redes independientes como la CSNET (Computer Science Network) y la MILNET (red militar del departamento de defensa)¹⁹ que utilizaron igualmente los protocolos TCP/IP para interconectar sus equipos. Estas tres redes ARPANET, CSNET y MILNET se interconectaron, naciendo así la red de redes: INTERNET²⁰. De esta forma, los investigadores del MIT sentaron las bases del futuro Protocolo de Transmisión de Ficheros (FTP), para transmitir archivos por Internet²¹.

Será en 1980, en una reunión de grupo de CSNET (Canal de Investigación Científica en Computación), cuando se decida que el acceso a CSNET fuera libre para todos los investigadores y que fuera autosuficiente financieramente. Para llevar a cabo este proyecto, se proveyó de acceso telefónico al e-mail y se incluyó la implementación del primer servidor de nombres de dominio (DNS Domain Name System) en la Universidad de Wisconsin, que facilitó el transporte de correspondencia²². Así, se crea el primer sistema para conferenciar y enviar correo

¹⁹ Nueva red del Departamento de defensa, separada de la red Arpanet.

²⁰ En 1986 nació la red NSFNET (National Science Foundation) para poder facilitar el acceso de toda la comunidad científica a cinco grandes centros de supercomputerización.

²¹ El gran problema era la falta de un protocolo uniforme que pudiera conectar diferentes redes de conmutación de paquetes interconectadas. Por ello se crea un programa llamado Internetting (origen de Internet), del que nace en 1974 el llamado Transmisión Control Protocol (TCP) renombrado posteriormente como Transmisión Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP). Desde principios de los 80, Internet continuó creciendo más allá de sus raíces originales, se originó una gran comunidad de usuarios y se produjo un aumento en las actividades comerciales. Esto, unido a la necesidad de que el proceso de crecimiento de Internet fuese justo y abierto, llevó a la formación de la Internet Society en 1991, bajo los auspicios de la Corporation for National Research Initiatives (CNRI) de Kahn y el liderazgo de Cerf. El gran desarrollo de la World Wide Web crea un nuevo grupo de investigadores de redes y desarrolladores, liderado por Tim Berners-Lee (el inventor de WWW) y Al Vezza.

²² En 1990 este sistema vino a sustituir al antiguo método UNIX.

(Canal de Usuarios de Unix: Unix User Network o USENET)²³.

A finales de los ochenta se reorganiza USENET y se desarrolla otro importante canal de ventas: BITNET (Because It's Time Network), iniciado como un canal cooperativo en la Universidad de la Ciudad de Nueva York, para el correo electrónico y para distribuir la información²⁴. También se crea en Europa EUNET (European Academic and Research Network) que conecta a cuatro países (Holanda, Dinamarca, Suecia y Reino Unido) para poner en contacto a universidades y centros de investigación de estos países²⁵.

A principios de los noventa, se producen varios hitos fundamentales en el desarrollo de Internet y del futuro del comercio electrónico: Microsoft lanza la primera versión para minoristas de su sistema operativo Microsoft Windows, que popularizó la Interfaz Gráfica y consigue que en 1992 haya un millón de servidores en línea; se conectan a la red el Banco Mundial y la Organización de las Naciones Unidas; aparecen los primeros Centros Comerciales Virtuales y los primeros bancos que ofrecen sus servicios en línea²⁶, a la vez que se desarrolla el correo electrónico, usando la línea telefónica, dirigido a usuarios preferentemente representados por

²³ USENET es un ejemplo de una arquitectura cliente-servidor iniciado en 1979 por Steve Bellovin, para conectarse y facilitar la comunicación entre la Universidad de Carolina del Norte y la Universidad de Duke. Se trata de un modelo de aplicación distribuida, en el que las tareas se reparten entre los proveedores de recursos o servicios (servidores), y los demandantes de estos recursos (clientes). El usuario se conecta a un ordenador, que a su vez se conecta a otro ordenador que ha recibido la correspondencia de USENET de los horas, días o semanas anteriores. El usuario elige, a través del encabezado de la correspondencia, el grupo que le interesa y envía un comando requiriendo el texto completo del artículo al ordenador principal, que envía el artículo solicitado.

²⁴ En 1976 la reina Isabel II de Inglaterra manda su primer mensaje de correo electrónico.

²⁵ Delgado Kloos, C y García Rubio, C, (2002) Historia de Internet, cit, pp. 94-95.

²⁶ Openbank fue el primer banco español en realizar operaciones por Internet, y el primer banco en línea creado en España.

empresas y particulares²⁷.

En 1992 se crea la Internet Society (ISOC²⁸), organismo de opinión internacional, sin ánimo de lucro, que integraba a todas las empresas y organizaciones implicadas en construir la red, centrado en consensuar las acciones acerca del uso y extensión de Internet. A partir de este momento se produce un fenómeno de crecimiento de Internet, no sólo a nivel científico y comercial, sino que se incorporan los particulares que, hasta ese momento, sólo podían acceder a la red a través de los centros conectados directamente a Internet, pero no desde sus hogares (a través de la línea telefónica).

Será en estos años cuando se origine la gran expansión de Internet²⁹, el mercado cambiará su configuración para conformarse a un mercado global y las empresas se instalarán en la red ofreciendo sus servicios, sentando las bases de lo que será el nuevo comercio: el e-commerce. Como consecuencia, se generaliza el uso de buscadores, las listas de distribución, el audio y el vídeo y las comunicaciones interactivas, todo ello utilizando el servicio de navegadores que integran en un solo producto todos los servicios de Internet³⁰.

Asimismo, se produce la concentración de recursos de diferentes sectores

²⁷ Meraz, A. I. (2006) Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional, Madrid [consultado el 15 de noviembre de 2012] <http://www.ucm.es/BUCM/tesis/der/ucm-t29290.pdf>. En el mismo sentido, Neilson, J. (2009) Comercio electrónico. Editorial El Cid Editor.

²⁸ Sobre el ISOC, vid Elías Fusté, A., (2002) Instituciones en internet ICANN e ISOC, en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid, Editorial La Ley, pp. 113-117.

²⁹ En 1994, el número de hosts (ordenadores madre que dan acceso a los usuarios finales) conectados era de más tres millones, habiéndose llegado a enlazar 25.000 redes de 146 países.

³⁰ De Andrés Blasco, J. (2005) ¿Qué es Internet?, cap. 1. En: García Mexía, P. *Principios de Derecho de Internet*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.

económicos, como el informático, la industria del entretenimiento o los medios de comunicación, lo que conlleva a una reestructuración de las empresas, a la realización de alianzas a escala continental y mundial y a la concentración de medios técnicos, económicos y de información, en manos de las grandes empresas que van a influir en la escena política, social, cultural y económica³¹.

Internet es uno de los escenarios que han provocado una mayor revolución en la humanidad. Las telecomunicaciones a través de Internet suponen una nueva visión de las relaciones internacionales (transfronterizas) lo que ha supuesto una disminución de los costes comerciales, la mejora de la promoción y una nueva forma de relación ente compradores y vendedores.

2. Los orígenes del comercio electrónico

Hemos pasado de la industria tradicional, local, centrada en la economía nacional a un sistema de mercado global, que ha venido a transformar el escenario del comercio, en el que se opera fuera de los límites nacionales³². El mercado de capitales ha contribuido al factor de la globalización; están globalizadas las políticas económicas de prácticamente todos los países; las alianzas económicas trascienden las fronteras de las economías nacionales y el valor de las acciones y la capitalización del mercado, se imponen como medidas para cuantificar la actuación empresarial³³.

Desde sus orígenes, el comercio ha tenido sus propias características, hasta llegar a

³¹ Ortiz Brú, C., (2006) La política europea en materia de telecomunicaciones: hacia la nueva sociedad de la información. Noticias Jurídicas. [consultado el 25 de septiembre de 2012] <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho-Informatico/200606-956112510651521.html>

³² Briz, J.; Laso, I. (2001) *Mercado global en Internet: características y estrategias. Internet y Comercio Electrónico*. 2ª edición, Madrid: ESIC, p. 41.

³³ Briz, J.; Laso, I. (2001) *Mercado global en Internet: características y estrategias. Internet y Comercio Electrónico*, cit. p. 59.

la aparición del fenómeno de la globalización que, junto a los avances en la tecnología de la información y de las comunicaciones, han dado nueva forma al comercio tradicional³⁴.

En un primer momento, se concibe el comercio electrónico como una forma de facilitar las transacciones comerciales electrónicamente, (envío electrónico de documentos: pedidos de compra o facturas). Posteriormente, se comienza a utilizar la red para la compra de bienes y servicios, a través de la World Wide Web, utilizando tarjetas de compra electrónica y con servicios de pago electrónico. Hasta la generalización de la actividad comercial a través de la red, la contratación de bienes y servicios se realizaba de forma oral o escrita entre partes presentes o representadas; el comercio electrónico no emplea estas formas y se produce entre personas distantes la una de la otra geográficamente y que, en ocasiones, están en otros países, lo que ha provocado en los últimos años que el comercio electrónico haya crecido exponencialmente al número de ordenadores en cada hogar³⁵.

³⁴ En los orígenes del comercio electrónico se encuentran las empresas comerciales como Montgomery Ward y Sears, que iniciaron la venta por catálogo en los Estados Unidos en los años veinte, permitiéndoles llegar a millones de personas, sobre todo en zonas rurales, que podían escoger los productos desde sus hogares, sin necesidad de la presencia de un vendedor. Posteriormente, con el auge de la televisión, se imponen las “televentas”, una modalidad del comercio por catálogo que permitía, mediante imágenes, resaltar las características de los bienes o servicios que ofrecían.

³⁵ En el año 2000, debido al desplome del Nasdaq y la situación de crisis que se ha vivido en los años siguientes, y a pesar de las voces críticas al negocio del comercio electrónico, hoy en día las principales consultoras a nivel mundial coinciden en las expectativas positivas de crecimiento del comercio electrónico en los próximos años, aunque existan discrepancias de las proyecciones (según el Informe de Telefónica sobre la Sociedad de la Información en España, 2012), debido en gran parte a la falta de control que representa todo lo relacionado con Internet. No obstante, en España, (a raíz de los estudios existentes del mercado español de comercio electrónico realizados por entidades como la Asociación Española de Comercio Electrónico, la Asociación Española de Investigación de los Medios de Comunicación, o la Fundación Retevisión) se observa un elevado índice de desarrollo y satisfacción del cliente, comparado con el resto de Europa. En el Estudio sobre Comercio Electrónico

Así, en el año 2013 existían cerca de 2.400 millones de internautas, clientes potenciales del comercio electrónico, lo que representa algo más de un tercio de la población mundial³⁶. Actualmente, el comercio electrónico se ha convertido en el mayor medio de compra y venta entre empresas y entre empresas y consumidores³⁷ y constituye un nuevo soporte para la actividad comercial. Las redes mundiales de información y telecomunicación están cambiando al mundo; los nuevos modelos de comunicación a través de Internet, hacen posible la transformación de las comunicaciones mundiales, generando nuevos modelos de negocio y transformando el empleo y la calidad de vida de los países³⁸.

Internet permite el intercambio de información entre los usuarios conectados y brinda

B2C 2013, Edición 2014 elaborado por el equipo de Estudios del ONTSI (observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información) del Ministerio de Industria, energía y turismo, se señala que: *“El comercio electrónico B2C en España viene caracterizándose año tras año por un continuo crecimiento. De este modo, la cifra estimada de volumen total del B2C aumentó un 18% respecto al año anterior, alcanzando en términos absolutos los 14.610 millones de euros. Por su parte, el crecimiento del número de internautas compradores, ha pasado de 15,2 millones en 2012 a 17,2 millones en 2013, con un incremento del 14% en valores absolutos, jugando un papel importante en el aumento del volumen de compra del B2C”* El estudio sigue con un informe sobre el perfil del comprador en Internet y sus características, así como las características de la compra y sus incidencias.

³⁶ <http://www.internetworldstats.com>

³⁷ Durante el año 2014 el comercio electrónico en España ha crecido exponencialmente. Según el 14º informe de Telefónica “La Sociedad de la Información en España”, estamos ante una nueva era la de la Economía digital y el reto fundamental de la Administración Pública española se concreta en *la definición de un marco normativo estable y adecuado para poder afrontar con éxito la evolución hacia la nueva economía digital, en un entorno cambiante y dinámico, provocado por una tecnología que no cesa en su afán de innovación.*

³⁸ Los usuarios de Internet no se limitan a compartir información de forma pasiva sino que adoptan un papel activo en la generación de contenidos para su posterior difusión, creando opiniones y compartiéndolas con otros usuarios de todo el mundo a través de las redes sociales como Facebook, Twitter, Youtube, WhatsApp, Line, LinkedIn, etc.,.

una oportunidad única para productores y consumidores o usuarios. Ofrece un nuevo mercado en el que los productores, proveedores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios pueden satisfacer sus necesidades. Las empresas usan Internet como un nuevo canal de ventas, sustituyendo los canales tradicionales y consiguiendo una reducción de los costes. Así, el comercio electrónico se convierte en una herramienta fundamental en las relaciones económicas y uno de los principales motores del avance económico mundial.

La nueva forma de contratación, a través de medios electrónicos, permite la realización de negocios jurídicos en los que se intercambian bienes y servicios de cualquier clase, a través de redes electrónicas o informáticas, que constituyen un nuevo mercado virtual³⁹. Será un nuevo canal de contacto con los clientes por parte de las empresas, que va a producir enormes ventajas para ambos, ya que permitirá que los clientes accedan a una mejor información, para tener mejores oportunidades en la adquisición de bienes y servicios que satisfagan sus necesidades y permitirá a las empresas optimizar y ampliar sus clientes, su oferta de productos y servicios, minimizando sus costes, aumentando la rentabilidad y adquirir una mayor cuota de mercado⁴⁰.

En efecto, en el comercio electrónico se superan las limitaciones del sistema tradicional de venta, como es el caso de la transición de las ventas por teléfono a las ventas por Internet o la sustitución de las ventas por catálogo por las ventas directas a través de la red; se minimizan los costes y se mejoran las formas de interacción con el consumidor. La creación de las grandes redes de comunicación, (las llamadas autopistas de la información) ha originado esa nueva forma de hacer negocios denominada comercio electrónico.

³⁹ Vega, J. A. (2005) *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*. Editorial Reus. Zaragoza, p. 36.

⁴⁰ Ontiveros Baeza, E., (2001) *La economía en la red. Nueva economía, nuevas finanzas*. Editorial Taurus. Madrid, p. 84.

El desarrollo de la tecnología ha propiciado un cambio en los hábitos de los consumidores y de las empresas y representa un reto para las instituciones de derecho que tendrán que tratar de adecuar sus normas al nuevo escenario y desarrollar nuevas habilidades⁴¹, puesto que Internet ha generado una nueva economía (la Economía digital), que ha producido un fuerte impacto en la vida política, social y económica de los países más industrializados⁴².

La rapidez en las transacciones, la disponibilidad horaria, la firma electrónica, su utilización a través de diferentes tipos de terminales (tecnología móvil, tablets, etc.) la compra de ocio en la red (música, juegos, programas de TV, cine, viajes, etc.), las nuevas formas de trabajo y los avances en los sistemas de seguridad, hacen que este comercio cobre un importante auge⁴³.

⁴¹ Fernández Esteban M.L. en *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*. Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 20 señala que “los nuevos medios de comunicación electrónicos modifican radicalmente el intercambio de información que deja de ser dependiente del tipo de transporte para ser un proceso en el que la información se mueve a la velocidad de la luz. Las redes telemáticas permiten que mucha información que era previamente inaccesible y sin valor debido a que estaba en un lugar remoto, se convierta en útil y valiosa a través de la Red. Así, el acceso a bases de datos remotas y la transmisión de datos, sonidos e imágenes en tiempo real a cualquier parte del planeta, son ya hechos consumados. Del mismo modo, personas con las cuales se podía mantener una relación a distancia pueden ser ahora compañeros de trabajo que interactúan de un modo eficaz.”

⁴² La era digital tiene una característica fundamental, su carácter universal y la utilización de un lenguaje común. En la sociedad actual, es imprescindible contar con el acceso automático a información remota mediante un lenguaje universal, que permita traducir toda la información disponible, de cualquier naturaleza (imagen en movimiento, voz o datos), para su transmisión a través de los canales de comunicación interpersonal o de masas. Estamos ante un lenguaje binario, que traduce a uno y ceros cualquier información (ya sean imágenes, datos o voz) y que ya utilizan todos los sistemas informáticos del mundo. Vid, Ortiz Brú, C., *La política europea en materia de telecomunicaciones: hacia la nueva sociedad de la información*. 2006. Noticias Jurídicas. [consultado el 28 de septiembre de 2012] <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho-Informatico/200606-956112510651521.html>

⁴³ “El comercio electrónico favorece también a los consumidores, que, al poder comparar

No existe ningún otro canal de venta con mayor potencial que el medio online⁴⁴. De ahí que el Derecho deba regular el funcionamiento del nuevo modelo de negocio, para dotar de seguridad jurídica a las transacciones comerciales.

Es claro que el comercio electrónico requiere un alto nivel de seguridad para su buen funcionamiento. Sin embargo, la desbordada expansión de Internet que desencadenó en la llamada “nueva economía”⁴⁵, junto al fracaso de las expectativas

instantáneamente entre una amplia variedad de ofertas, gozan de mayor capacidad de elección, tienen a su alcance productos cada vez más especializados, y se pueden beneficiar de una bajada de los precios a medida que desciendan los costes generales y los de infraestructuras materiales (como edificios y almacenes)” en Martínez Nadal, A., (2000) Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación, segunda edición, Madrid, pp. 31-32.

⁴⁴ Según el Boletín Informativo del INE de enero de 2014, “*en el año 2013 el 69,8% de los hogares españoles (casi 11,1 millones de viviendas) ya tiene acceso a Internet, tres puntos más que en 2012. Los usuarios utilizan Internet sobre todo para leer o descargar prensa o revistas de actualidad, siendo ya el 70,2% los que han decidido leer las noticias online en los últimos tres meses. Asimismo el buscar información sobre bienes y servicios y sobre educación son los servicios más comunes utilizados por los internautas en los últimos tres meses. En el año 2013 el comercio por Internet en España ha aumentado, siendo ya cerca de 11 millones de personas las que han realizado algún tipo de compra a través de la web en los últimos 12 meses. Esto supone el 31,5% de la población total. Entre las causas por las que los consumidores prefieren comprar online el 78,0% argumenta la comodidad de este servicio, el 73,2% argumenta la posibilidad de encontrar ofertas y artículos a un mejor precio y el 65,5%, el ahorro de tiempo al no tener que desplazarse físicamente. La comunidad autónoma que más utiliza este tipo de comercio es el País Vasco con un 41,1%; la que menos lo utiliza es Canarias (20,7%) [consultado el 20 de septiembre de 2014].*

http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INECifrasINE_C&cid=1259943296411&p=1254735116567&pagename=ProductosYServicios/INECifrasINE_C/PYSDetalleCifrasINE

⁴⁵ El término nueva economía fue acuñado a finales de los noventa para describir la evolución económica, en los Estados Unidos y otros países desarrollados, de una economía basada principalmente en la fabricación y la industria, a una economía basada en el conocimiento, debido a los nuevos progresos en tecnología y a la globalización económica. Domingo Solans, E., en la Conferencia inaugural del curso “*Comunicación y empresa en la era digital*”, organizado por la Fundación General de la Universidad de Málaga el 26 de marzo de 2001 señaló que “*el concepto de*

de negocio generadas en los últimos años y el pinchazo de la llamada burbuja económica, han acabado por traer la desconfianza a la red y, por ende, la desconfianza en el comercio electrónico.

Paralelas al avance tecnológico se han ido desarrollando técnicas de ataque cada vez más variadas y sofisticadas⁴⁶ que requieren un mayor esfuerzo para solventar los problemas de seguridad de la red. La firma digital junto con los certificados digitales utilizados por los proveedores de servicios (bancos, administración...) para asegurar la identidad de las personas que acceden a sus servicios, han supuesto un avance significativo en el aumento de la seguridad⁴⁷. En definitiva hay que señalar que si bien este nuevo sistema de contratación ha alcanzado un desarrollo imparable y será la fórmula más demandada en un futuro próximo, habrá que garantizar que el acceso y la seguridad no sean un obstáculo para ello⁴⁸.

nueva economía tiene que ver con una causa (innovación tecnológica), con una correa de transmisión (métodos de organización, productividad, etc.) y con un resultado final (más crecimiento sostenido con estabilidad durante más tiempo)” [consultado el 27 de octubre de 2012] <http://www.ecb.int/press/key/date/2001/html/sp010326.es.html>.

⁴⁶ Desde los ejércitos de “hackers y crackers (personas que se infiltran en un sistema informático con el fin de eludir o desactivar las medidas de seguridad, el “spam” (correo basura), las irrupciones de los “buffer overflow”(gusanos informáticos, desbordamiento de buffer), los nuevos virus , etc.

⁴⁷ De Andrés Blasco, J. ¿Qué es Internet?, cap. 1. En: García Mexía, P. *Principios de Derecho de Internet*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005.

⁴⁸ Según el Informe de Telefónica sobre la sociedad de la información 2014, la preocupación por la privacidad se ha convertido en un punto de inflexión en la opinión pública, principalmente después de algunos sucesos relevantes como robo de contraseñas, de contenidos de móviles, o hechos como el caso Edward Snowden (que en 2013 hizo públicos, a través de los periódicos The Guardian y The Washington Post, documentos secretos sobre varios programas de vigilancia masiva de las comunicaciones en Internet) han creado una conciencia ciudadana sobre la vulnerabilidad de las comunicaciones y de los contenidos que se circulan y se almacenan en la Red. En este sentido, las principales empresas (Google, Apple, Yahoo o Facebook) han ofrecido sistemas de encriptación de los mensajes de correo para evitar que se pueda utilizar información sensible, que almacenan.

3. El concepto de comercio electrónico

Antes de adentrarnos en el tema objeto de nuestro estudio, hemos de detenernos, si bien no en profundidad, en la delimitación del concepto de lo que se conoce como comercio electrónico, para posteriormente abordar los aspectos fundamentales de su naturaleza y régimen jurídico. Hemos constatado que la era de la información ha creado un nuevo escenario social y que hay que buscar el equilibrio entre las modernas actividades económicas y los tradicionales valores sociales, para poder enfrentar esos cambios. El comercio electrónico implica un nuevo modelo de relación empresarial, basada en interacciones electrónicas, que sustituye los requisitos de presencia física de los sistemas tradicionales⁴⁹.

En este sentido, el concepto de comercio electrónico no sólo se limita a la compra y venta de bienes o servicios, sino que comprende también la utilización de la red para otras actividades como la comunicación, la búsqueda de información, la atención posventa al cliente, la colaboración entre empresas con negocios comunes, etc⁵⁰, pues las tecnologías de la información y de la comunicación (las TIC) han transformado la economía global y han evidenciado el nacimiento de una nueva política económica global (la economía digital) que ha provocado un crecimiento de las transacciones comerciales realizadas a través de medios electrónicos⁵¹. En

⁴⁹ Tradicionalmente, la actividad comercial ha sido regulada por el derecho mercantil, rama del Derecho que ha sido definida por el profesor Uría como: “*Derecho ordenador de la actividad económica constitutiva de empresa*”, o “*Derecho ordenador de la organización y de la actividad profesional de los empresarios en el mercado*”, Uría González, R. Menéndez Menéndez, A., Rojo Fernández-Río, A.J., (dirección), María Luisa Aparicio González (coordinación). Vol. 1, Lección 1. Editorial: Thomson Reuters-Civitas, 2012, 10ª Edición.

⁵⁰ Desde este punto de vista Rodrigo González, O., (2010) *Comercio electrónico*. Editorial Anaya multimedia, Madrid, p. 114, define el comercio electrónico como “*la realización de la actividad de intercambio a través de medios electrónicos o la realización de actividad comercial de intercambio asistida por las telecomunicaciones y herramientas basadas en ellas*”.

⁵¹ Un interesante enfoque sobre la nueva economía puede verse en: Ontiveros Baeza, E., (2001) *La economía en la red. Nueva economía, nuevas finanzas*, cit., “*la Economía en la red es el resultado de*

efecto, los cambios que han provocado en la sociedad las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, exigen una adaptación continua de la legislación, para crear el marco legal que permita actualizar la normativa existente o crear nuevas normas para adaptar dichos cambios a la realidad⁵². El uso de estos medios exige un replanteamiento de los derechos nacionales e internacionales para adaptar sus legislaciones a los avances tecnológicos⁵³, pues asistimos, en la era actual, a un

la convergencia de dos atributos que incorporan las tecnologías de la información y de la comunicación y que contribuyen a generar una verdadera discontinuidad en la forma de hacer las cosas, también la actividad económica. El primer atributo tiene que ver con la capacidad de computación hoy disponible y a precios decrecientes y el segundo atributo es la conectividad, es la posibilidad de vincular en una red, cada vez más amplia, agentes económicos distintos. Esas dos posibilidades traspasando fronteras y con costes relativamente muy bajos (costes decrecientes) ha alterado una parte de los subsistemas de las actividades empresariales (desde el marketing hasta la logística, pasando por las finanzas). Se podría decir, por tanto, que la nueva Economía en la Red es la que explota, en términos de mayor productividad, capacidad de computación y conectividad, y concede posibilidades a que nuevos países, apenas desarrollados puedan hacer su irrupción en la Economía sin grandes costes.

⁵² Sánchez Calero, F., (2001) Prólogo al texto *Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica*, de Huerta Viesca, M. I. y Rodríguez Ruiz, D., Ed. Aranzadi, Elcano, Navarra, p. 13.

⁵³ Entre la normativa básica en la materia, además de la Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley diversas Directivas comunitarias; el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación; la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico); la Directiva 1999/93/CE de Parlamento Europeo y Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario

fenómeno crucial de desarrollo tecnológico que ha favorecido un nuevo contexto económico, social, y jurídico, conocido con el nombre de sociedad de la información⁵⁴. Al hablar de comercio electrónico, nos referimos al comercio que se desarrolla por medios electrónicos, por lo que no se puede hablar de un nuevo comercio, sino de *una nueva forma de realizar el comercio tradicional, utilizando los medios que las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las TIC, ponen a nuestro alcance en el ámbito comercial*⁵⁵.

para la firma electrónica (derogada por el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014); el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información; la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

⁵⁴ Es esclarecedor en este estudio conocer los datos sobre la evolución del comercio electrónico en España, en sus diferentes sectores, que ofrece el Libro Blanco del comercio electrónico 2012, elaborado por la Asociación Española de Economía Digital (Adigital), con el apoyo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. En esta obra se ofrece una definición de comercio electrónico como “la compra-venta de productos y servicios a través de sistemas electrónicos, principalmente Internet”. En cuanto al concepto de sociedad de la información, Menéndez Mato, J.C. observa que este término aparece por primera vez en Japón a principios de los años 70, destacando en la historia del mismo el Informe Al Gore de 1993 y el Informe Bangemann europeo de 1994 en *El contrato vía Internet*. Editorial Bosch. Barcelona 2005, pp. 101-123.

⁵⁵ Arias Pou, M. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit., p. 41, señala que “es importante comenzar el estudio del comercio electrónico teniendo clara la idea de que el derecho regulador del comercio electrónico es el derecho que regula el comercio tradicional y además el derecho que regula las especialidades del medio utilizado para ese comercio, el medio electrónico. El desarrollo del comercio por medios electrónicos es lo que le hace caracterizarse de «electrónico» y una primera matización que debemos realizar al respecto es que electrónico no es equivalente única y exclusivamente a Internet, esto es, todo el comercio que se desarrolla utilizando Internet como medio, es comercio electrónico, pero no todo comercio electrónico es comercio por Internet. Cualquier acto de comercio en el que interviene un medio electrónico es comercio electrónico. Son muchos los años,

No podemos olvidar los orígenes estadounidenses de Internet y, por tanto, del Comercio Electrónico⁵⁶. En 1995, el Federal Networking Council (FNC)⁵⁷, da una definición de Internet como un Sistema Global de Información, que está relacionado lógicamente por un único espacio de direcciones global, basado en el protocolo de Internet (IP) o en sus extensiones, que es capaz de soportar comunicaciones usando el conjunto de protocolos TCP/IP o sus extensiones u otros protocolos compatibles con IP, y emplea, provee o hace accesible, privada o públicamente, servicios de alto nivel en capas de comunicaciones y otras infraestructuras relacionadas.

anteriores a la creación de la Red de redes, en los que se ha estado desarrollando comercio por medios electrónicos. Lo que ocurre es que la creación de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información ofrece innumerables ventajas para la vida económica y social, suponiendo, al mismo tiempo, la introducción de algunas incertidumbres jurídicas que pueden obstaculizar su desarrollo.

Por esto, es necesario establecer un marco jurídico adecuado que permita generar la confianza necesaria para el empleo por la sociedad de los nuevos medios a su servicio. Así lo justifica la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en su Exposición de Motivos... Un abono transporte es un ticket o título de transporte con una banda magnética que, cuando se introduce en una máquina de autobús, metro o tren, nos reconoce nuestro derecho a viajar durante un tiempo determinado en un medio de transporte concreto. El uso de estos abonos implica una relación contractual entre el usuario y el empresario de los transportes y es una forma de contratación electrónica. La compra de entradas de cine o teatro por Internet para retirarlas luego con la tarjeta de pago en los cajeros habilitados al efecto o en la taquilla del cine o del teatro es comercio electrónico... Insistimos en la idea de que, desde el punto de vista jurídico, al comercio electrónico le resultan aplicables las mismas reglas que al comercio tradicional y, además, un conjunto de reglas especiales derivadas de las particularidades del medio utilizado para el comercio que es el medio electrónico”.

⁵⁶ Son los Estados Unidos los pioneros en el desarrollo de Internet, en la creación de diversos organismos reguladores de la materia así como en la elaboración de las más importantes disposiciones jurídicas sobre la materia.

⁵⁷ Organismo que representa agencias federales americanas, como la NASA y la National Science Foundation

El término comercio electrónico ofrece numerosas definiciones, aunque la mayoría coinciden en que se trata de cualquier transacción comercial, en la que las partes interactúan electrónicamente⁵⁸.

En la noción de comercio electrónico encuentran cabida diferentes figuras jurídicas (como pueden ser la compraventa, el suministro, las relaciones de servicio y de colaboración interempresariales) y múltiples actos y negocios con o sin significación jurídica (como el pago, el marketing, las técnicas de venta, etc.), lo que plantea cierta dificultad a la hora de determinar este concepto⁵⁹. Y aunque el comercio electrónico no es el único servicio que ofrece la sociedad de la información, podemos decir que sí es el más importante. En este comercio la figura más

⁵⁸ El profesor Echebarría Sáenz señala que la Directiva 31/2000 de 8 de junio, *“ha preferido denominarse relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y en particular del comercio electrónico en el mercado interior, concepto más bien difuso y que, como se puede ver, es susceptible de englobar múltiples actividades desarrolladas en la red, con y sin contenido económico o comercial”*. De este modo, *“el concepto de servicios de la sociedad de la información tiende a dilatarse hasta convertirse en un término omnicompresivo”* y puede decirse que *“en términos prácticos, con la excepción de la utilización del correo electrónico sin fines comerciales y de las funciones de navegación básicas, cualquier actividad que se realizara en la red y en la que se ofreciera, transmitiera, almacenara o buscara con carácter general un contenido informativo, convertiría a un individuo en «prestador de servicios”* en Echebarría Sáenz J. A. “Introducción. El comercio electrónico en la sociedad de servicios de la información”, en Echebarría Sáenz, (coordinador) *El Comercio Electrónico*, Madrid, 2001, pp. 24-25.

⁵⁹ Para el profesor Dávila el comercio electrónico comprende *“tanto la compra de productos o servicios por Internet, como la transferencia electrónica de datos entre operadores de un sector en un mercado, o el intercambio de cantidades o activos entre entidades financieras, o la consulta de información, con fines comerciales, aun determinado servicio, o un sinfín de actividades de similares características realizadas por medios electrónicos; pero, para no perdernos en ambigüedades, entenderemos, en un sentido amplio, que es comercio toda aquella actividad que tenga por objeto o fin realizar una operación comercial y que es electrónico cuando ese comercio se lleva a cabo utilizando la herramienta electrónica, de forma que tenga o pueda tener alguna influencia en la consecución del fin comercial, o en el resultado de la actividad que se está desarrollando”*. Dávila & Dávila, *Factbook Comercio Electrónico*, Navarra, 2001, p. 45.

importante es el consumidor y su protección se concibe como un medio para favorecer e impulsar la contratación electrónica, ofreciendo un clima de seguridad y confianza para el impulso de la misma⁶⁰.

Podemos señalar que al comercio electrónico se le ha considerado como un *tipo de comercio basado en la interacción entre el consumidor y el vendedor/productor a través de nuevas tecnologías, tales como Internet/WAP/TV Web, o lo que venga*⁶¹, o como *las transacciones comerciales electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación (correo electrónico, u otras aplicaciones de Internet, como la WWW)*⁶².

De entre las muchas definiciones que podemos encontrar, podemos destacar las que nos ofrecen autores como el profesor Paz-Ares (2000), quien define el comercio electrónico como “*el intercambio de bienes y servicios realizado mediante una red de*

⁶⁰ En este sentido, Blasco Gascó, F.P., (2005) *Contratación y nuevas tecnologías* en Cuadernos de derecho judicial nº 20, p. 17, señala que el prestador de servicios deberá guiar al consumidor en todo el proceso de contratación, indicándole los pasos que debe dar y la forma de corregir los errores posibles en la introducción de los datos, así como confirmar la aceptación una vez recibida.

⁶¹ Burgos, D. y De-León L., (2001) *Comercio electrónico, publicidad y marketing en Internet*, Ed. McGraw Hill, Madrid, p. 3.

⁶² Domínguez Luelmo, A. (2000) *Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico*, RCDI, nº 660, Jul.-Ago, p. 2328. El profesor Domínguez Luelmo, considera que se puede entender el comercio electrónico como “*las transacciones comerciales electrónicas (compraventas y prestaciones de servicios), así como las negociaciones previas y ulteriores a las mismas*”, Domínguez Luelmo A., (2007) *La contratación electrónica con consumidores*, en Mata y Martín, R.M. (dirección) *Los Medios electrónicos de pago. Problemas jurídicos*. Granada, Editorial Comares, p. 71; Para los autores Gómez Vieites y Veloso Espiñeira, se puede definir el comercio electrónico como “*la automatización mediante las tecnologías de información de los intercambios de información asociados a la compra de bienes y servicios y el pago de los mismos*”, en Gómez Vieites, Á y Veloso Espiñeira, M., *Economía digital y comercio electrónico*. Santiago de Compostela: Editorial Escuela de Negocios Caixa Nova- Tórculo Ediciones, S.L., p. 77.

*comunicación computerizada*⁶³. Por su parte, la profesora Martínez Nadal (2000), señala que, *“en un sentido estricto, el comercio electrónico debe circunscribirse a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, a la compraventa de bienes o prestación de servicios, así como las negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales (por ejemplo los pagos electrónicos), desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación (como el correo electrónico, o el World Wide Web, ambas aplicaciones de Internet, o el EDI-Electronic Data Interchange, en su vertiente comercial)”*⁶⁴.

Michael Armstrong, Presidente Ejecutivo de AT&T, ofrece una definición de comercio electrónico al que define como *“cualquier transacción a través de Internet que comprenda bienes, servicios o información, o cualquier función intermedia que ayude a llevar a cabo esas transacciones”*⁶⁵.

Como señala Arias Pou (2006), si tenemos en cuenta que el derecho regulador del comercio electrónico es el derecho que regula el comercio tradicional, podemos señalar que *el comercio electrónico es una actividad económica que se desarrolla por medios electrónicos y a la que se van a aplicar las normas del comercio tradicional, teniendo en cuenta las normas específicas del medio en el que se desarrolla, dado que lo que caracteriza a este comercio es precisamente que se*

⁶³ Paz-Ares, C., (2000) *El comercio electrónico (Una breve reflexión de política legislativa)*, en Derecho de Internet, la contratación Electrónica y Firma Digital, Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M., coordinadores, Navarra, p. 85.

⁶⁴ Martínez Nadal, A., (2000) Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación, 2ª edición, Madrid, pp. 31-32.

⁶⁵ Armstrong, C. Michael, (2000) The Internet and E-Commerce (Briefing the President Papers, No. 4). Washington, D.C.: Internet Policy Institute, March [consultado el 10 de abril de 2013]

http://www.internetpolicy.org/briefing/3_00.html.

*desarrolla por medios electrónicos*⁶⁶.

Botana García (2014), ofrece la siguiente definición: “*se entiende por comercio electrónico todo intercambio de datos por medio electrónicos, esté relacionado o no con la actividad comercial en sentido estricto. De forma más estricta, debería circunscribirse a las transacciones comerciales electrónicas, es decir, compraventas de bienes o servicios, así como las actividades y negociaciones previas y otras actividades ulteriores relacionadas con las mismas, aunque no sean estrictamente contractuales, desarrolladas a través de los mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación*”⁶⁷.

Para la Comisión Europea, el comercio electrónico consiste en realizar electrónicamente transacciones comerciales. Comprende actividades muy diversas, y abarca a la vez productos y servicios, actividades tradicionales y nuevas actividades⁶⁸. En efecto, el Comercio Electrónico abarca cualquier forma de transacción comercial o de negocios que se transmite electrónicamente, usando las redes de telecomunicación, cualquiera que sea el medio de pago utilizado, lo que engloba el intercambio de bienes, servicios e información electrónica, además de las actividades de promoción y publicidad de productos y servicios, campañas de

⁶⁶ Arias Pou, M. (2006) *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, Editorial La Ley, Madrid. p. 2.

⁶⁷ Botana García, G., (2014) *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, Actualidad Civil, Editorial La Ley, Madrid, p. 4.

⁶⁸ Según el Informe sobre el comercio electrónico en España a través de entidades de medios de pago, elaborado por la Asociación Española de Comercio Electrónico y Marketing Relacional (AECER), en el primer trimestre de 2011, el comercio electrónico en España alcanzó un volumen de negocio de 2.055,4 millones de euros, lo que supone un 23,1% más que en el mismo trimestre de 2010; con un total de 30,2 millones de operaciones, distribuidas principalmente entre: las agencias de viajes y operadores turísticos (12,4%), el transporte aéreo (12,2%), el marketing directo (6,3%), el transporte terrestre de viajeros (6,1%), los juegos de azar y apuestas (4,9%), los espectáculos artísticos, deportivos y recreativos (4,1%), la educación (3,7%), las prendas de vestir (3,5%), la publicidad (3,0%) y, por último, los ordenadores y programas informáticos (2,4%).

imagen de las empresas, marketing en general, facilitación de los contactos entre los agentes de comercio, soporte post-venta, seguimiento e investigación de mercados, concursos electrónicos y soporte para compartir negocios⁶⁹.

Por otra parte, el comercio electrónico es conocido como e-commerce, término en inglés, término que no debemos confundir con el e-business, con un significado más amplio ya que abarca las operaciones de e-commerce, así como la organización del negocio en general, mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación⁷⁰. El concepto de e-business se utilizaba en los años setenta de manera frecuente en las redes financieras que utilizaban soluciones de hardware y software de carácter privado, pero será en el año 1997 cuando la empresa IBM lo utilice por vez primera en su primera campaña sobre el e business y lo define como “una manera segura, flexible e integrada de brindar un valor diferenciado combinando los sistemas y los procesos que rigen las operaciones de negocios básicas con la simplicidad y el alcance que hace posible la tecnología de Internet”⁷¹. Una de las áreas del e-business y, tal vez, la más importante es el e-commerce (comercio electrónico) y que consiste, básicamente, en vender productos por la Web. De esta manera, puede conceptuarse el comercio electrónico como el comprensivo de las transacciones comerciales electrónicas, abarcando también las negociaciones previas y posteriores relacionadas con dichas operaciones, y que son practicadas por medio de los soportes proporcionados por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación⁷².

⁶⁹ Martínez Nadal, A. (2001) *Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación*. Editorial Civitas, Colección Estudios Jurídicos nº 40, 3ª edición, Madrid, p. 10.

⁷⁰ De la Garza, M. (2000) *Internet y comercio electrónico*, en Internet: el medio inteligente, Editorial Compañía Editorial Continental, México, p. 229.

⁷¹ Amor, D. (2000) *La Revolución E-business*, Editorial Prentice Hall, Buenos Aires, p. 7.

⁷² La Ley 34/2002, del 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, que resulta de la transposición al Ordenamiento jurídico español de la Directiva

Finalmente, hemos de señalar la definición que ofrece la Organización Mundial del Comercio, en el Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, apartado 1.3⁷³

2000/31/CE de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, recoge un concepto amplio de servicios de la sociedad de la información, entendiéndolo como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”; pero “comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

Así, en el Anexo A de la Ley se establece lo que se entiende por Servicios de la sociedad de la información o servicios: *todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario*. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios.

Enumera, entre otros, los servicios que considera servicios de la sociedad de la información, siempre que representen una actividad económica. Son los siguientes: La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales; la gestión de compras en la red por grupos de personas; el envío de comunicaciones comerciales; el suministro de información por vía telemática; o el vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

En la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información se encuentra, en su artículo 1.2) una definición de servicios de la sociedad de la información, como todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.

⁷³ En la Declaración sobre el Comercio Electrónico Mundial adoptada por los Ministros en el segundo período de sesiones de la Conferencia Ministerial, se insta al Consejo General a que establezca un programa de trabajo amplio para examinar todas las cuestiones relacionadas con el comercio electrónico mundial que afectan al comercio, teniendo en cuenta las necesidades económicas, financieras y de desarrollo de los países en desarrollo, y que informe al tercer período de sesiones sobre los progresos alcanzados en el programa de trabajo, con recomendaciones sobre posibles

cuando dice que “se entiende por la expresión *comercio electrónico*, la producción, distribución, comercialización, venta y entrega de bienes y servicios por medios electrónicos”. Existen otras definiciones de comercio electrónico, pero no es objeto de este estudio ofrecer todas las nociones de esta figura, porque su explicación abarcaría una gran parte del espacio de este trabajo⁷⁴.

Una vez que hemos ofrecido un elenco de definiciones acerca del concepto de comercio electrónico, no debemos olvidar que a este tipo de comercio le resultan aplicables las mismas reglas que al comercio tradicional, pero además se le van a aplicar un conjunto de reglas especiales en función de las especificidades del medio utilizado.

La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico (LSSICE), en su Exposición de Motivos señala que “*la instauración de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de información, así como su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo. Pero la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio*”⁷⁵.

medidas. Así, en el programa de trabajo adoptado por el Consejo General el 25 de septiembre de 1998 se ofrece esta definición de comercio electrónico.

⁷⁴ Se empieza a hablar de comercio electrónico como un nuevo sector del Derecho “con terminología propia, conceptos peculiares y características especiales” en palabras de Jiménez de Parga, R. “El comercio electrónico (¿seguridad jurídica?) en Derecho de los negocios, nº 118-119, julio-agosto, 2000, pp.6-10.

⁷⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Como señala Cremades⁷⁶, *“el propósito de la LSSI no parece ser otro que el de facilitar un suplemento a la legislación ya existente, pero limitado al uso de los medios electrónicos para determinado tipo de transacciones, sin cambiar el Derecho sustantivo que rige las mismas”*.

En este sentido, la nueva forma de hacer negocios a través de medios electrónicos ha supuesto un cambio en las relaciones jurídicas mercantiles tradicionales y las declaraciones de voluntad emitidas a través de la red, que producen consecuencias jurídicas, constituyen un escenario que es necesario estudiar, para adecuar las categorías jurídicas a los nuevos planteamientos electrónicos y a sus exigencias, dándoles un nuevo enfoque.

Los actos de comercio y los contratos que se llevan a cabo a través de Internet, difieren en esencia de la forma tradicional de hacer negocios y de formalizar los contratos ya que, en este caso, falta la presencia física de las partes contratantes, es decir, aquellos contratos celebrados a través de Internet, habitualmente entre un empresario y un consumidor, y donde las partes no se conocen previamente ni existe entre ellas una previa relación contractual⁷⁷.

En palabras de Barriuso, *la contratación y los actos jurídicos en general, realizados a través de la electrónica, la informática y la telemática, determinan el nacimiento de derechos y obligaciones, tanto personales como patrimoniales, de una determinada forma y manera, que requieren la adecuada atención del jurista en orden a su regulación, control y previsión de sus consecuencias*⁷⁸.

⁷⁶ Cremades García, J. (2003) La Nueva ley de Internet (Comentarios a la ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico) Editorial La Ley. Madrid, p. 77.

⁷⁷ Sanz Viola, A. (2001) Contratación electrónica. Actualidad Civil, Sección Doctrina, Ref. XXVII, tomo 2, Editorial a Ley, p. 1.

⁷⁸ Barriuso Ruiz, C.. (2002) *La contratación electrónica*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid.

4. Las clases de comercio electrónico

Del conjunto de las definiciones que se ofrecen de comercio electrónico, se deducen diferentes tipos de transacciones que dan lugar a varios modelos de comercio electrónico, atendiendo a diferentes criterios⁷⁹. Así, podemos diferenciar varias categorías de comercio electrónico⁸⁰, teniendo en cuenta las diferentes figuras que operan en el comercio electrónico.

De esta forma, el empresario que opera a través de Internet y que se conoce con el nombre de prestador de servicios de la sociedad de la información, es la primera figura o sujeto que interviene en el comercio electrónico. La LSSICE define al prestador de servicios como “la persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información” y define al servicio de la sociedad de la información como “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

El segundo sujeto es el consumidor, que es el destinatario del servicio de la sociedad de la información y al que la LSSICE, en su Exposición de motivos, ofrece protección, exigiendo al prestador de servicios una serie de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet, favoreciendo, de esta forma, la celebración de contratos por vía electrónica. La Ley define al destinatario del servicio como “la persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.

El tercer sujeto que interviene en este comercio puede ser la Administración Pública, siempre que su actividad tenga carácter económico y quede fuera del cumplimiento

⁷⁹ Botana García, G., (2001) *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Capítulo I, “Noción del comercio electrónico”. Editorial La Ley. Madrid, pp. 61 y ss.

⁸⁰ Arias Pou, M. (2006) *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit. p.44 y 45.

de sus funciones públicas, ya que, sólo en este sentido, le será de aplicación la LSSICE⁸¹.

Pues bien, atendiendo al criterio de los posibles sujetos que intervienen en el mismo, podemos distinguir las siguientes relaciones:

- Empresa-empresa (Business to business) conocidos por las siglas E-a-E o B2B. Se trata del comercio electrónico que se produce entre diferentes empresarios. Las transacciones electrónicas entre empresarios se realiza a través de el Intercambio Electrónico de Datos sobre redes privadas EDI, que consiste en la transmisión estructurada de datos entre organizaciones por medios electrónicos, utilizado para transferir documentos electrónicos o datos de negocios de un sistema de computadoras a otro (albaranes, facturas, órdenes de compra, etc, se transmite de un ordenador a otro acortando los plazos y evitando los errores de la comunicación escrita). Actualmente se está produciendo una migración desde los sistemas de comercio electrónico basados en EDI a Internet⁸².
- Empresa-consumidor final (Business to consumers) conocidos por las siglas E-a-C- o B2C. se refiere al comercio electrónico entre empresarios y consumidores. Suele asociarse esta categoría al concepto genérico de

⁸¹ Por ejemplo, la venta de libros turísticos por una entidad pública dependiente de un Ayuntamiento.

⁸² Rodrigo González, O., (2010) *Comercio electrónico*, cit, p. 117 expone otras soluciones compatibles con EDI, tales como BizLayer: sistema para la creación, distribución, gestión de facturas electrónicas a través de la red Internet. EDIWIN: permite la integración con la mayoría de los sitios web del mercado y de los ERP (enterprise resource planning) que son sistemas de información que integran y manejan muchos de los negocios asociados con las operaciones de producción y de los aspectos de distribución de una compañía en la producción de bienes o servicios. MIC2000ERP+: aplicación cliente/servidor que pretende dar una solución eficaz para el control y la administración del principal activo de toda empresa: la información. Openxpertya: software libre destinado a cubrir ampliamente, todas aquellas necesidades de gestión que una empresa de tamaño medio o grande podría tener. SERESNET: portal de promoción del comercio electrónico entre las pymes y las grandes empresas del sector de la distribución y otras soluciones como MsM.

comercio electrónico.

- Consumidor-consumidor (Consumers to consumers) conocidos por las siglas C2C. En este caso, el comercio se produce entre los propios consumidores quienes actúan como vendedores y compradores a través de una plataforma de intercambio. El modelo más extendido en esta categoría son las subastas.
- Empresa y Administración (Business to Administrations conocidos por las siglas B2A⁸³. Internet se utiliza por las administraciones públicas que, de esta forma, actúan como agentes reguladores y promotores del comercio electrónico y también como usuarios del mismo.
- M-commerce. En la actualidad asistimos a una verdadera revolución en el comercio electrónico a través del móvil. En este caso, los intercambios comerciales se realizan a través de dispositivos de mano inalámbricos, como los teléfonos móviles, las tabletas, las PDA, etc⁸⁴. En los primeros años de

⁸³ Según datos del sitio "Internet World Stats", el mundo alberga más de siete mil millones de personas (7.264.623.793) y más de mil millones de individuos tienen acceso a Internet. En el año 2.000, el número de personas con acceso a Internet era de 360.985.492 y actualmente es de 3.079.339.857. Teniendo en cuenta estos datos, se puede señalar que la penetración de Internet en el total de la población global es del 42,4%. La Unión Europea posee una población estimada de 827.566.464 millones de personas, el número de usuarios de Internet es aproximadamente de 582.441.059, por lo que la penetración de Internet alcanza al 70,4% de los individuos, lo que muestra que más de la mitad de los habitantes de países miembros de la Unión Europea, están conectados a la red. Fuente: Internet usage statistics. World Internet Users. Diciembre de 2014. [Consultado el 08 de julio de 2015] <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

⁸⁴ En 2013, la mayor parte de las compras online la realizan personas de entre 35 y 44 años (29,4%) y los jóvenes entre 25 y 34 años (28%). En contraste solo el 1,9% de ellas tiene entre 65 y 74 años. Con respecto al nivel de estudios, el 42% de las personas que compran por Internet tiene estudios superiores, el 27,3% ha terminado educación secundaria y el 12,6% esta actualmente estudiando. Aumenta el número de internautas que adquieren productos o servicios a través de dispositivos móviles (mCommerce), alcanzándose los 4,4 millones de personas, lo que representa una subida del 13,8% respecto del año 2012 y al 25,6% de los internautas compradores. El 68,1% de quienes utilizaron móviles o tabletas para realizar compras consideran que estos dispositivos son adecuados para hacerlo, mientras que para un 6,3% no lo son por la mayor dificultad para la navegación (61,8%), porque no se incluyen todas las opciones de la página web (39,1%) o por la mala visualización

desarrollo de los smartphones, el M.commerce se realizaba básicamente para recargar tarjetas prepago, descargar juegos, descargar tonos y fondos de pantalla y música. Actualmente se utiliza para la venta de productos y servicios, como las reservas (billetes, hoteles, teatro, cine, etc.), los servicios financieros (banca on line), los servicios de acceso a información (bolsa, prensa, deportes, el tiempo, noticias, etc.), las ciudades inteligentes (Smart cities) y otros servicios (loterías, parking, revistas, restaurantes, etc.) y la administración pública (pago de tributos), etc⁸⁵.

Atendiendo al objeto, es decir, a la forma de ejecución de la operación comercial y su grado de complejidad, podemos diferenciar entre:

- Comercio electrónico directo, es decir aquél en el que toda la operación comercial se desarrolla por medios electrónicos (compra de un libro electrónico, billete electrónico, música, vídeos, se contrata, se paga y se recibe por medios electrónicos). Se trata de la compra de un bien inmaterial,

(36,8%). Entre los artículos comprados en mCommerce destacan los productos físicos (61,8%), contenidos digitales (58,1%) y servicios como el transporte, entradas para eventos o seguros (53,8%), y al igual que en el eCommerce, entre los compradores predominan los hombres (60,7%) de 35 a 49 años (41,2%).

En cuanto al uso de aplicaciones móviles, el 32,2% de los internautas compradores online que utilizan una tableta o el teléfono móvil, han adquirido alguna app de pago en la Red, siendo las que mayor éxito han tenido, las correspondientes a mensajería (47,2%), juegos (30,9%) y entretenimiento (30,1%). El móvil es el principal destino (66,9%), mientras que un 10,4% de internautas compraron apps para su tableta y el 22,7% lo hicieron para ambos dispositivos. Por otra parte, el 11,9% de los internautas compradores, están suscritos a algún servicio de contenidos digitales predominando la música, el vídeo y la prensa. El PC sigue siendo el medio preferido de consulta seguido del móvil, la tableta y el Smart TV (fuentes: RED.es; INE.es).

⁸⁵ Rodrigo González, O., (2010) *Comercio electrónico*, cit, p. 126.

contenido en soporte digital cuya entrega y pago se efectúan on line⁸⁶, por lo que el consumidor puede adquirir bienes y pagarlos sin necesidad de desplazarse físicamente⁸⁷.

- Comercio electrónico indirecto, en el que no toda la operación comercial se desarrolla por medios electrónicos, sino que habrá que acudir a otros medios para poder concluir la operación comercial (compra de un libro, en soporte papel, se contrata y se puede pagar por medios electrónicos, pero va a requerir de la entrega física del bien contratado)⁸⁸. En estos casos, la compra de bienes o la contratación de servicios se realiza por vía electrónica, mientras que la entrega de los mismos o la prestación de los servicios se efectúa por los medios tradicionales (correo postal, mensajería y los medios de transporte tradicionales (marítimo, aéreo, terrestre), fuera de línea, puesto que su entrega o su prestación no pueden realizarse por la Red⁸⁹.

⁸⁶ Illescas Ortiz, R., (2009) Derecho de la contratación electrónica. 2ª edición, Civitas Ediciones, S. L. Madrid, p. 23.

⁸⁷ Vid. Madrid Parra, A., (2003) Seguridad en el comercio electrónico, en Orduña Moreno, F.J. (dirección). Contratación y comercio electrónico. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, p.144.

⁸⁸ Como señala De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 823, “*El comercio electrónico indirecto comprende las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, es decir, en soporte material, de modo que la entrega del producto o la prestación del servicio no puede tener lugar en línea, por lo que la ejecución de esa obligación habrá de desarrollarse típicamente en las mismas circunstancias que son propias de ese tipo de contratos en el comercio fuera de la Red. Por su parte, el comercio electrónico directo engloba aquellos contratos electrónicos relativos a la entrega o la puesta a disposición a través de la Red de bienes sin soporte físico o información digital o la prestación de servicios en línea*”.

⁸⁹ Del Peso Navarro, E., Servicios de la sociedad de la información. Comercio electrónico y protección de datos. Madrid: Ediciones Díaz de Santos, S.A., 2003, p. 22.

Se pueden distinguir otras categorías como la que diferencia, atendiendo al régimen jurídico aplicable, entre Comercio electrónico nacional, como aquél que tiene lugar dentro de nuestras fronteras y Comercio electrónico internacional, que tiene lugar fuera de nuestras fronteras, pudiendo diferenciar, centrándonos en una perspectiva europea, entre comercio electrónico intracomunitario y extracomunitario. También se habla de comercio electrónico abierto y cerrado, en función de que su actividad se desarrolle en redes abiertas como Internet y el segundo en redes cerradas a determinados usuarios, que previamente han estipulado la realización de operaciones comerciales a través de una red en la que han sido previamente habilitados (comercio electrónico entre empresas).

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Contexto general

El impacto de las nuevas tecnologías en el ámbito del Derecho es un tema complejo, pues afecta a diferentes aspectos de relevancia jurídica, como la jerarquía de las normas, la soberanía de los Estados, la legalidad de las nuevas formas de contratación, la seguridad jurídica, los problemas de competencia y otros.

Al hablar de comercio electrónico hacemos referencia a una nueva forma de hacer comercio, a través de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, que debe estar regulada por el Derecho. La creación de Internet, como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información, hace necesario establecer un marco jurídico adecuado que permita generar confianza hacia el nuevo sistema de comercio.

En este apartado, pretendemos estudiar la proyección de Internet sobre el mundo del Derecho, conocer sus características, sus medios, sus reglas y cómo afectan al perfil de las reglas e instituciones jurídicas existentes.

Además de ser una fuente de información, Internet es un espacio en el que se realizan toda clase de transacciones comerciales; se realizan operaciones financieras, se llevan a cabo contratos y se distribuyen determinados servicios por la red, además de convertirse en un medio de fomento de las relaciones personales. La complejidad de las operaciones de generación, almacenamiento, transmisión y recepción de información es inmensa⁹⁰.

⁹⁰ Los servicios de comunicación como el correo electrónico, los chats, la transferencia de ficheros y el acceso a fuentes de información, así como las redes sociales.

Las ventajas del nuevo sistema de contratación son evidentes⁹¹. Para las empresas conlleva un abaratamiento de los costes de distribución, facilita la contratación a domicilio, permite dar rapidez al desarrollo de las operaciones comerciales y se adapta perfectamente a la progresiva internacionalización del comercio en general⁹².

Para los destinatarios de los servicios, ofrece la posibilidad de una mayor libertad de elección al disponer de una amplia gama de ofertas simultáneas y la falta de límites geográficos y temporales les permite contratar cualquier día del año en cualquier momento y desde cualquier lugar, lo que favorece una reducción de los costes de las operaciones y, por tanto, de los precios de los productos o servicios⁹³, la inmediatez de la comunicación, la utilización abierta e ilimitada de los servicios y aplicaciones que la conforman, la descentralización y la autorregulación.

⁹¹ Miranda Serrano, L.M., (2006) hace referencia a las ventajas de la contratación a distancia en *La contratación a distancia (y electrónica)* en AA.VV. La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores. Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 286-287, señalando que las ventajas son, por un lado, una reducción de los costes de producción para los empresarios y profesionales y, por otro, la reducción de los costes de información (inversiones de tiempo y desplazamiento que han de efectuarse por el cliente en buscar el producto o servicio que desean y al empresario que debe proporcionárselo), para los consumidores. También alude al aumento de la capacidad de elección del consumidor, al poder comparar de manera prácticamente instantánea diversas ofertas comerciales y, finalmente, les permite beneficiarse de un abaratamiento de los precios derivados de la reducción de los costes empresariales de producción. En el mismo sentido, Fernández Pérez, N. (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 16 y ss.

⁹² A estas ventajas de carácter general, se unen con carácter más específico otras, como la deslocalización de la empresa y la posibilidad de realizar publicidad directa de los bienes y servicios a través de la propia página web. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997) Ventas a distancia, en AA.VV. Comentarios a las Leyes de Ordenación del comercio minorista, p. 663.

⁹³ Actualmente, la contratación a distancia está ganando terreno en el sector de los servicios financieros. Ejemplo de ello son la nueva banca on line.

No obstante, como en cualquier operación económica, también existen una serie de riesgos derivados de la técnica de contratación⁹⁴, como la mayor posibilidad de incumplimiento en el caso de productos o servicios defectuosos o que no coincidan con el contratado, la falta de información o la información errónea⁹⁵, la falta de reflexión a la hora de celebrar el contrato, al efectuarse fuera de los canales habituales de contratación del mismo o la deslocalización de la empresa a la hora de ejercer los derechos. En definitiva, las nuevas tecnologías se han convertido en instrumentos de desarrollo del comercio electrónico, por lo que la confianza y la seguridad jurídica para realizar cualquier tipo de transacciones en el espacio virtual, debe contar con las mismas garantías de seguridad que en el espacio real⁹⁶.

Porque ciertamente, el uso masivo de Internet provoca numerosos problemas de seguridad (uso indebido, violación de la privacidad, suplantación de identidad, espionaje y otros) que, a pesar de los protocolos de seguridad establecidos en la red, han seguido aumentando conforme va creciendo Internet.

En España, el comercio electrónico ha experimentado unas tasas de crecimiento muy elevadas y también es cada vez más alto el grado de satisfacción de los usuarios⁹⁷. Según el Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,

⁹⁴ Como inconvenientes, señala Bercovitz Rodríguez-Cano, R, cit., p. 663, entre otros, los costes derivados de la inversión tecnológica, la falta de estándares consolidados y la proliferación de aplicaciones y protocolos de comercio electrónico incompatibles y, el temor ante el desconocimiento de la implantación y funcionamiento de esta nueva forma de hacer negocios.

⁹⁵ El conocimiento del producto o servicio solicitado se produce a través de las indicaciones que del mismo ofrece el empresario, que pueden ser falsas o incompletas.

⁹⁶ Domínguez, Cabrera, M.P., (2003-04) en *El perfeccionamiento del contrato electrónico en la Ley de Servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, nº 8/9.

⁹⁷ El sector de las tecnologías de la Información y de la Comunicación ha tenido ha crecido a un ritmo sin precedentes en la industria, incluso en los momentos de crisis. En 2015, según el Informe de Telefónica sobre la Sociedad de la Información en España 2014, se observa que el tráfico en la

sobre el comercio electrónico en España a través de entidades de medios de pago⁹⁸, “en el primer trimestre de 2014, el comercio electrónico en España alcanzó un volumen de negocio de 3.578,7 millones de euros, lo que supone un 26,8% más que en el mismo trimestre de 2013; con un total de 58,9 millones de operaciones”⁹⁹.

banda ancha móvil aumenta casi un 50% en el último año y el número de usuarios lo hace en más del 20%, gracias a la popularización del uso del smartphone.

En España, 4 de cada 5 usuarios de teléfono móvil han adoptado este dispositivo, lo que nos coloca como el país más adelantado de entre los 5 grandes de Europa. Asimismo, durante 2014 se constata cómo el proceso de modernización de las infraestructuras de banda ancha fija es ya una realidad. Así, el número de usuarios de fibra hasta el hogar crece hasta alcanzar más de 100.000 nuevas altas al mes, con una cuota de más del 10%. Los usuarios no sólo aspiran a tener mayor velocidad de conexión, sino que desean estar conectados en todo momento, en todo lugar y con un ancho de banda suficiente para la actividad que se encuentran desarrollando. Esto supone para los operadores el reto de ofrecer el mayor número de tecnologías de acceso de forma integrada a sus clientes, lo que ha llevado a la comercialización de más de 7,1 millones de paquetes convergentes en menos de dos años. Como resultado, se observa un impulso de los movimientos de consolidación en el mercado español. Los servicios multimedia han cobrado este año un papel destacado, y el ocio ha pasado a ser el motivo principal de conectarse a Internet para una mayoría de internautas. Los hogares con Smart TV han aumentado un 34% y el número de paquetes que incluyen servicios de vídeo se ha multiplicado por más de 4, con nuevas funcionalidades, como el multiview (múltiples cámaras) o el servicio de grabación en la nube. En el ámbito de las empresas, la tecnología está planteando nuevos desafíos en las áreas de IT, ya que tan solo el 26% de las empresas considera que su infraestructura tecnológica está preparada para el futuro. En cuanto al cloud computing, 2 de cada 3 pequeñas empresas conocen el concepto, aunque lo utiliza un segmento reducido. Otro reto es el de buscar soluciones de seguridad ante nuevos fenómenos como el BYOA (Bring Your Own Application), que supone que los empleados usan aplicaciones propias en los medios de la empresa, fenómeno que ya afecta al 70% de las compañías.

⁹⁸ Informe sobre el comercio electrónico en España a través de entidades de medios de pago (I Trimestre 2014). [consultado el 5 de mayo de 2014]

http://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/Comercio_electronico_I_14.pdf

⁹⁹ El montante económico generado en el primer trimestre se distribuyó principalmente entre las siguientes diez ramas de actividad: las agencias de viajes y operadores turísticos (15,1%), el

El éxito del comercio electrónico, según Paz-Ares (2000) se fundamenta en dos ejes principalmente: la accesibilidad (Internet es accesible desde cualquier hogar) y el abaratamiento de los costes (la tecnología que se utiliza en las transacciones económicas es barata, basta un ordenador y una conexión a Internet). El abaratamiento de los costes transaccionales choca con el problema de la incertidumbre del ciberespacio y los problemas de seguridad y son estos elementos los que han dejado patente la necesidad de una intervención normativa que regule la contratación electrónica¹⁰⁰.

Es opinión compartida de empresas y de consumidores, que entre los problemas jurídicos más destacados podemos señalar la falta de legislación adecuada y los problemas de seguridad jurídica, lo que representa una traba importante para el desarrollo del comercio electrónico¹⁰¹. Al desarrollarse en un medio especial, Internet, el comercio electrónico ofrece particularidades que dificultan la aplicación de las normas tradicionales sobre este comercio. El desarrollo tecnológico influye de forma determinante en los negocios y en la formación y perfección de los contratos, lo que posibilita la aparición de nuevos problemas jurídicos que no tienen parangón en el comercio tradicional.

transporte aéreo (9,7%), el marketing directo (5,4%), las prendas de vestir (5,0%), el transporte terrestre de viajeros (4,4%), otro comercio especializado en alimentación (3,1%), los espectáculos artísticos, deportivos y recreativos (3,0%), la publicidad (2,9%), juegos de azar y apuestas (2,8%), y por último, los hoteles y alojamientos similares (2,5%).

¹⁰⁰ Paz-Ares, C. (2000) El comercio electrónico. Una breve reflexión de política legislativa, p. 85 en Mateu de Ros, *Derecho de Internet. La contratación electrónica y firma digital*, cit.

¹⁰¹ La falta de legislación adecuada y los problemas de seguridad jurídica, encriptación o confianza, los problemas de territorialidad y las dificultades para resolver los conflictos entre proveedor y cliente, se encuentran entre los problemas jurídicos destacados, en Hernández Jiménez, F. (2005) El Derecho de Internet en *Principios de Derecho de Internet*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid 2ª edición, pp.16 y ss.

El auge de las nuevas tecnologías de la información afecta, de modo significativo, a todas las ramas jurídicas, como ocurre en el Derecho Penal, que ha tenido que adecuar sus tipos penales, para tipificar las conductas que se ejecutaban por medios electrónicos, como los daños ocasionados por medio de virus informáticos, los delitos por la pornografía infantil en Internet, la violación del correo electrónico, violación de la intimidad y otros¹⁰².

Esta situación ha motivado la formulación de un conjunto de normas encaminadas a la protección de tales bienes jurídicos (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal). Las nuevas tecnologías han incidido también en el ámbito del Derecho Laboral, mediante la aparición de nuevas formas de trabajo (el teletrabajo). Asimismo, debido al carácter internacional del comercio electrónico, el Derecho Internacional Privado se ha visto afectado con los problemas propios de sus competencias.

En definitiva, el comercio electrónico, ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico una verdadera revolución, lo que ha generado la necesidad de regular temas como la contratación electrónica y la protección del consumidor, en el consumo que realiza mediante el uso de las nuevas tecnologías.

En efecto, en la nueva forma de contratación aparecen numerosas cuestiones de validez, forma, prueba y perfección de los contratos, así como problemas de confianza, autenticación, jurisdicción aplicable, delimitación de responsabilidades, que no siempre encuentran una respuesta jurídica adecuada en la normativa

¹⁰² Las nuevas tecnologías de la información y comunicación, Internet, generaron nuevas formas de violación de la intimidad, a partir de la creación de bases de datos que permitían reunir mucha información sobre las personas, permitiendo crear perfiles completos que permitían conocer sus hábitos de consumo, su nivel de ingresos, sus gastos, etc. En este sentido, el ordenamiento jurídico español ha tenido que modificarse para responder con eficacia a la realidad y a los problemas que ha supuesto, en el ámbito penal, el uso de las nuevas tecnologías de la información.

tradicional¹⁰³. Por ello, para que sea posible el desarrollo del comercio electrónico, será necesario garantizar unos niveles de seguridad suficientes y dotar de confianza, para realizar transacciones a través de medios electrónicos, a los actores del mismo. La ausencia de contacto físico entre las partes, así como de soporte físico documental, la necesidad de identificar con seguridad a los firmantes y la seguridad de que los datos recibidos no han sido manipulados, son cuestiones a las que será necesario dar una respuesta por parte del derecho¹⁰⁴.

De ahí que sea necesario establecer un marco jurídico adecuado a las nuevas transacciones económicas que se desarrollan en Internet, dotando de confianza y seguridad a este sector, siempre teniendo en cuenta la dificultad de armonizar la protección de los consumidores y usuarios con el desarrollo inusitado del comercio electrónico.

Para Parra (2000)¹⁰⁵, *“la sostenibilidad del crecimiento del comercio electrónico depende de factores como la protección al consumidor, la privacidad de los datos, la propiedad intelectual, los aspectos fiscales y la seguridad en las transacciones”*. Por ello, señala que los gobiernos debían proveer un entorno legal sobre el que apoyarse, tanto las empresas como los usuarios, a la hora de realizar sus transacciones comerciales a través de la red.

Según Paz-Ares, tres son los ámbitos de referencia en los que se ha desarrollado una normativa reguladora del comercio electrónico: el ámbito de UNCITRAL, el ámbito de EE.UU. y el ámbito europeo.

¹⁰³ Como es el caso de la nueva forma de contacto entre los proveedores de bienes y servicios y los consumidores.

¹⁰⁴ Hernández Jiménez, F. El Derecho de Internet, cit. cap. 9.

¹⁰⁵ Parra, M. El comercio electrónico en Estados Unidos. Boletín económico de ICE nº 2673 del 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2000.

1.1. El ámbito de UNCITRAL: las leyes modelo

En el ámbito internacional numerosas organizaciones intergubernamentales y privadas han mostrado su preocupación por la regulación del comercio electrónico y han adoptado instrumentos con voluntad uniformadora, como los convenios internacionales. No obstante, debido a las necesidades del tráfico y a la rapidez con la que evolucionan los medios tecnológicos se ha hecho necesario buscar otros instrumentos más flexibles que sirvan de referencia a los legisladores estatales aunque carentes de eficacia obligatoria, como son las Leyes Modelo¹⁰⁶. En este sentido es preciso destacar la elaboración de Leyes Modelo en el ámbito del comercio electrónico.

En palabras de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su abreviatura inglesa UNCITRAL): *“el comercio acelera el crecimiento, mejora el nivel de vida, crea nuevas oportunidades”*. La CNUDMI observó que un número creciente de transacciones comerciales internacionales se realizaban por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación, habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usaban métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel.

Por ello, solicitaron a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que, cuando conviniera, adoptasen medidas para garantizar la seguridad jurídica, en el contexto de la utilización más amplia posible del procesamiento automático de datos en el comercio internacional. Se propuso elaborar una Ley Modelo que facilitase el uso del comercio internacional y fuese aceptada para Estados que tuviesen sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes.

¹⁰⁶ De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de internet, Editorial Civitas, Madrid 2011, 4ª edición, p. 804.

Así se aprueba la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico* de 16 de diciembre de 1996¹⁰⁷. Como señala De Miguel (2011), “*la Ley Modelo de comercio electrónico fue elaborada con el objetivo de facilitar la armonización de las legislaciones nacionales, eliminando la inseguridad jurídica en relación con el empleo de medios electrónicos para la contratación en redes cerradas y en otros entornos digitales*”¹⁰⁸.

Esta Ley pretende crear un marco normativo uniforme, para Estados con sistema jurídicos, económicos y sociales diferentes, que facilite el uso del comercio electrónico, equiparando el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica, para fomentar la eficacia en el comercio internacional.

¹⁰⁷ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL) elaboró una Ley Modelo sobre comercio electrónico añadiendo una guía para su incorporación al derecho interno, que fue adoptada mediante la Resolución 51/162 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1996, en su 29º período de sesiones, después de examinar las observaciones de los gobiernos y de las organizaciones interesadas y de recomendar a todos los Estados que a la hora de promulgar o revisar sus leyes, considerasen de manera favorable la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, dada la necesidad de que el derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información, sustitutivos de los que utilizan papel, sea uniforme. Esta Ley tiene por objeto facilitar el uso de medios modernos de comunicación y de almacenamiento de información. La Ley, en su artículo primero declara aplicable esta Ley a “*todo tipo de información en forma de mensaje de datos utilizada en el contexto de actividades comerciales*”. Aclara asimismo lo que se entiende por mensaje de datos, cuando señala que se trata de “*la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, óptimos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el telex o el telefax*”. Añade en el apartado a) del artículo 2, que “*no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos*”. Texto íntegro de la Ley modelo en Naciones Unidas (UNCITRAL): “Ley Modelo sobre comercio electrónico con la guía para su incorporación al derecho interno con la adición del artículo 5 bis tal como fue aprobado en 1998”, <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

¹⁰⁸ De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de internet, 4ª edición, cit. p. 805.

El recurso a los modernos medios de comunicación, se había difundido rápidamente en los negocios internacionales y su crecimiento iba en función del nivel de acceso a Internet. La finalidad de la Ley Modelo era ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitieran un desarrollo más seguro del comercio electrónico.

La Ley Modelo sobre comercio electrónico contempla el cumplimiento de los requisitos de firma electrónica. Esta Ley fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico y en ella se establecieron normas para la formación y la validez de los contratos concertados por medios electrónicos.

Para facilitar el cumplimiento de los requisitos de firma en el entorno electrónico, se aprueba por la CNUDMI la Ley Modelo de firma electrónica¹⁰⁹, cuyo artículo 1 delimita su ámbito de aplicación *en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales*. Y aunque en principio no contempla su aplicación a las relaciones de consumo sí se refiere a ellas cuando señala que *no derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor*.

¹⁰⁹ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL) elaboró una Ley Modelo sobre firmas electrónicas añadiendo una guía para su incorporación al derecho interno, que fue adoptada mediante la Resolución 56/80 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001, en su 85º período de sesiones. Esta Ley reconoce *la gran utilidad de las nuevas tecnologías de identificación personal utilizadas en el comercio electrónico, generalmente conocidas como firmas electrónicas, con miras a fomentar la confianza en las firmas electrónicas para que surtan efectos jurídicos cuando sean el equivalente funcional de las firmas manuales*.

La influencia de las Leyes modelo ha sido muy importante en la legislación de muchos países, como los países iberoamericanos en los que, en el ámbito de la contratación electrónica, se han limitado a incorporar el contenido de las mismas o en los EE.UU. cuya Uniform Electronic Transactions (UETA) ha estado condicionada por dichas leyes. Por el contrario, en la Unión Europea no ha tenido tanta influencia. Aunque las dos Leyes Modelo aspiraban a convertirse en el marco regulador del comercio electrónico y de las firmas electrónicas, su pretensión era muy difícil cuando se quiere aplicar a los diferentes Estados, con sistemas jurídicos muy diversos y niveles de desarrollo económico diferente. De ahí que, a pesar de ser un importante marco de referencia, no son instrumentos adecuados para ser incorporados literalmente a las legislaciones estatales, más bien servirán de apoyo al legislador nacional para elaborar sus propias normas reguladoras¹¹⁰.

Más tarde, la CNUDMI aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales¹¹¹. Esta norma va referida únicamente a la esfera de las comunicaciones electrónicas en relación con la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados. También excluye de su ámbito de aplicación los contratos de consumo. La Convención mantiene el criterio de las Leyes Modelos cuando señala, en su artículo 8 que *“no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”*.

La Convención no regula el régimen sustantivo de los contratos, pues respeta las diversas soluciones de las legislaciones nacionales, sino que se limita a ofrecer criterios para la concreción de determinadas cuestiones, como el lugar y el tiempo de celebración del contrato, la obligación de información, la puesta a disposición de las condiciones generales, etc.,.

¹¹⁰ De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de Internet, 4ª edición cit. pp. 806-807.

¹¹¹ Aprobada por la Asamblea General el 23 de noviembre de 2005, mediante Resolución 60/21.

En definitiva, la CNUDMI pretendía adoptar un convenio internacional dado que éste ofrecía una mayor seguridad jurídica, al ser un instrumento vinculante directamente aplicable, frente a las Leyes modelo, pero pese a su validez como instrumento marco para las legislaciones nacionales, la Convención no ha tenido el alcance esperado¹¹².

1.2. El ámbito de Estados Unidos

En el ámbito estadounidense es donde se origina Internet y, por tanto, ellos son los pioneros del comercio electrónico y donde más desarrollo ha tenido esta nueva forma de comercio. Estados Unidos es el país puntero en número de transacciones a través de Internet, debido a una serie de factores como la moneda común, un mercado homogéneo y flexible a la hora de iniciar una actividad empresarial y los bajos costes de acceso a las telecomunicaciones¹¹³.

Es preciso destacar varios hitos en la construcción del sistema normativo sobre el comercio electrónico y las firmas electrónicas: en 1990 se publica las ABA Model Rules¹¹⁴, un conjunto de reglas de origen privado que dan lugar a estudios sobre el EDI (Electronic Data Interchange, en español: Intercambio Electrónico de Datos) y a diferentes acuerdos de intercambio que, entre otros objetivos, pretendía conciliar los intereses de las partes que intervienen en las relaciones comerciales.

¹¹² En julio de 2015 sólo habían ratificado la Convención 7 países.

¹¹³ Paz-Ares, C. (2000) El comercio electrónico. Una breve reflexión de política legislativa, en Mateu de Ros, *Derecho de Internet. La contratación electrónica y firma digital*. Editorial Aranzadi, p. 89.

¹¹⁴ El American Bar Association es la Asociación de Abogados y Jueces Estadounidenses, conocida por sus siglas como el ABA. Dicha organización, fundada el 21 de agosto de 1878, es la asociación profesional voluntaria más grande del mundo y cuenta con más de 400.000 miembros, 32 secciones y divisiones, y más de 850 empleados. En total, acapara más de 2.200 entidades a nivel nacional. Sus actividades principales son el establecimiento de estándares académicos para escuelas de derecho, y la formulación de un código ético modelo para el ejercicio de la abogacía.

Por otra parte, en 1993 el gobierno de los EE.UU. pone en marcha el proyecto Clipper, una iniciativa criptográfica para dotar de seguridad a las comunicaciones¹¹⁵. Las primeras iniciativas legislativas en materia de firma electrónica en EE.UU. dan lugar a la aprobación de la primera ley de firma digital en el mundo: la Utah Digital Signature Act, de mayo de 1995, cuyo objetivo era facilitar, mediante mensajes electrónicos y firmas digitales, las transacciones, dotándolas de seguridad y eliminando los posibles fraudes¹¹⁶. Esta Ley vino a establecer normas uniformes relativas a la autenticación y fiabilidad de los mensajes de datos, en coordinación con otros Estados. Ante la falta de aplicabilidad práctica de esta Ley, otros estados desarrollaron sus propias leyes modelo para la firma digital, lo que llevó a la NCCSL (Conferencia Nacional de Comisionados para la Unificación de las Transacciones Electrónicas) a aprobar en 1999 la Ley uniforme sobre transacciones electrónicas (Uniform Electronic Transactions Act UETA) que otorgaba validez a las firmas y documentos electrónicos, sin favorecer ninguna tecnología en particular ni exigir licencias a las entidades de certificación.

Posteriormente, en 1996, se publica la Digital Signature Guidelines, que se convierte en la ley de referencia de la firma digital, para los legisladores de los Estados Unidos. A pesar de que cada Estado tiene sus propias peculiaridades, se ha creado una autoridad de certificación (Federal Bridge Certification Authority) cuyo propósito es constituir una PKI¹¹⁷ federal americana que permita a las agencias federales realizar transacciones electrónicas entre ellas, con otros niveles de gobierno, sectores

¹¹⁵ El proyecto Clipper se basaba en dos elementos, el chip cifrador a prueba de manipulación (Escrowed Encryption Standard EES) y el sistema para compartir las claves secretas de los chips (Key Escrow System KES).

¹¹⁶ Rincón Cárdenas, E. Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet, Editorial Centro Editorial Universidad del Rosario. 1ª edición, Bogotá 2006.

¹¹⁷ Infraestructura de clave publica (Public Key Infrastructure): combinación de hardware y software, políticas y procedimientos de seguridad, que permiten la ejecución con garantías de operaciones criptográficas como el cifrado, la firma digital o el no repudio de transacciones electrónicas.

privados y el público en general.

En el año 2000 se promulga la Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Nacional e Internacional (E-SIGN Electronic Signatures in Global and National Commerce Act) que otorga reconocimiento legal a la forma electrónica que, al igual que la UETA, no favorece ninguna tecnología específica de autenticación, ni exige licencia a las entidades de certificación, aunque va a ser una ley transitoria en el caso de los Estados que aprueben la UETA.

1.3. El ámbito europeo

La Unión Europea ha buscado contribuir al objetivo común en el ámbito de la contratación electrónica, de eliminar las disparidades existentes en las legislaciones nacionales, favoreciendo la armonización de las legislaciones de los Estados miembros. El marco regulador de la contratación electrónica de la Unión Europea se encuentra en dos directivas: la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico y la Directiva 1999/93/CE sobre un marco comunitario para la firma electrónica.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Pretende proteger intereses generales y eliminar disparidades en la jurisprudencia de los Estados miembros, creando una situación de seguridad para favorecer la confianza de consumidores y empresas.

La Directiva busca la armonización de las legislaciones de los Estados miembros y tiene como objetivo contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, mediante la creación de un marco jurídico coherente, que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información a nivel europeo, velando por garantizar la seguridad de los consumidores y de las empresas que prestan sus servicios. Para ello, señala que, además de la regulación específica, todo el comercio electrónico que se realice y tenga como destinatarios finales a los consumidores, deberá cumplir con toda la legislación vigente en materia de protección de los consumidores.

Por su parte, la Directiva 1999/93/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, creó un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación, para garantizar un adecuado funcionamiento del mercado comunitario. La Directiva señaló la necesidad de buscar acuerdos transfronterizos para garantizar la interoperabilidad a nivel mundial y mantener un marco jurídico coherente para aumentar la confianza en las nuevas tecnologías. Plantea la importancia de conseguir un equilibrio entre las necesidades de los consumidores, de las empresas y de la propia administración, garantizando la admisibilidad de la firma electrónica como prueba en procedimientos judiciales de los estados miembros.

Esta Directiva actualmente ha sido derogada por el Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior. El Reglamento 910/2014 contiene una importante transformación del régimen anterior.

En su Considerando 49 señala que *“El presente Reglamento debe establecer el principio de que no se deben denegar los efectos jurídicos de una firma electrónica por el mero hecho de ser una firma electrónica o porque no cumpla todos los requisitos de la firma electrónica cualificada. Sin embargo, corresponde a las legislaciones nacionales determinar los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los Estados miembros, salvo para los requisitos establecidos en el presente Reglamento según los cuales una firma electrónica cualificada debe tener el efecto jurídico equivalente a una firma manuscrita”*.

Introduce como mecanismo de seguridad no sólo la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido (en el Reglamento se habla de “firma electrónica cualificada”) sino los sellos electrónicos señalando en su Considerando 58 que *“Cuando una transacción exija un sello electrónico cualificado de una persona jurídica, debe ser igualmente aceptable una firma electrónica cualificada del representante autorizado de la persona jurídica”*. Añadiendo en el Considerando 59 que *“Los sellos electrónicos deben servir como prueba de que un documento*

electrónico ha sido expedido por una persona jurídica, aportando certeza sobre el origen y la integridad del documento". No obstante, aunque admite la posibilidad de que cualquier sello electrónico tenga efectos jurídicos, sólo atribuye efectos específicos a los sellos electrónicos cualificados. También regula los "certificados cualificados de autenticación de sitios web" destinados a proporcionar un conjunto mínimo de información fiable sobre el sitio web y sobre su titular, de gran importancia para favorecer la confianza en el comercio electrónico y la seguridad respecto de las transacciones por medios electrónicos.

Este Reglamento establece un marco global que garantice transacciones electrónicas seguras, eliminando las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica utilizados en los Estados miembros para autenticar al menos en los servicios públicos. Lo que pretende es garantizar que sean posibles la identificación y la autenticación electrónicas seguras, para el acceso a los servicios transfronterizos en línea ofrecidos por los Estados miembros.

En materia de identificación electrónica el Reglamento establece la importancia de asegurar la interoperabilidad transfronteriza en el seno de la UE de las identificaciones nacionales, así como el reconocimiento y aceptación mutuos entre los Estados miembros de los medios de identificación electrónica.

1.4. El ámbito español

En España, el nivel de tratamiento y desarrollo de la figura del comercio electrónico ha venido condicionado por la incorporación de la normativa comunitaria. La incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, se produce con la aprobación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), que va a aplicar a las actividades realizadas por medios electrónicos las normas, tanto generales como especiales, que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no estén cubiertos por dicha regulación.

La LSSICE incorpora los principios generales de la Directiva y regula determinados aspectos no contemplados por la Directiva, como la forma y prueba de los contratos electrónicos, la intervención de terceros de confianza, la determinación de la Ley aplicable y lugar de celebración del contrato¹¹⁸.

El resto de normas reguladoras de la contratación electrónica españolas se encuentra dispersa. Así, las normas específicas que regulan la contratación con consumidores se encuentran recogidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), que incorpora en lo que respecta a la protección de los consumidores el contenido de la Directiva 97/ relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

Las normas referentes a la comercialización a distancia de servicios financieros se recogen en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (LCDSF), que incorpora los principios de la Directiva 2002/65/CE sobre comercialización a distancia de servicios financieros que, entre otros elementos, impone obligaciones de información que se deben proporcionar a los consumidores cuando utilizan técnicas de contratación a distancia, regulando también el derecho de desistimiento de los consumidores¹¹⁹. Respecto al empleo condiciones generales de la contratación se aprueba la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC), que se aplica a todos los contratos celebrados mediante condiciones generales.

Por otra parte, la normativa que regulaba las relaciones jurídicas con consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios, que se recogía en la Ley del

¹¹⁸ De Miguel Asensio, P.A., *Derecho privado de Internet*, 4ª edición, cit., p. 818.

¹¹⁹ Al respecto, ver Illescas Ortíz, R., La Ley 22/2007 sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la dogmática contractual electrónica, en *Revista de la Contratación Electrónica* nº 84, pp. 1-15.

comercio minorista ha pasado a ser regulada por la LGDCU, quedando vigente aquella para la regulación de las relaciones empresariales.

En cuanto a la firma electrónica también se observa la influencia de la normativa comunitaria. La Directiva sobre firma electrónica fue incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la aprobación del Real Decreto-Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, que venía a regular el uso de la firma electrónica y la prestación de los servicios de certificación, destinados a facilitar la confianza de los usuarios en la realización de transacciones en redes abiertas. Posteriormente, se aprueba la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que viene a actualizar el marco del Real decreto sobre firma electrónica¹²⁰.

Finalmente, habrá que citar la propuesta de Código Mercantil de España, cuyo Capítulo I del Título II va referido a la contratación electrónica, que consagra los principios de equivalencia funcional, neutralidad tecnológica, inalteración del derecho preexistente, libertad de pacto y buena fe. Las normas que se contienen en el Código son producto de la puesta al día de diversas disposiciones dispersas en el ordenamiento español. Al mismo tiempo, se ha inspirado en las Leyes Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre contratación y firmas electrónicas, siendo estrictamente respetuoso con el contenido de las Directivas europeas en la materia¹²¹.

2. Los principios generales del derecho del comercio electrónico

La generalización de los sistemas informáticos y su aceptación y difusión en la sociedad, supusieron la consolidación de la sociedad de la información, lo que planteó la necesidad de dar carta de naturaleza al régimen de la contratación electrónica. Había que regular el uso de la red, que hasta entonces funcionaba como un foro de proyección internacional, en el que cualquiera podía comunicarse, al margen de la intervención estatal y ofrecer un marco de ordenación del mercado de

¹²⁰ De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. pp. 817-820.

¹²¹ Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de mayo de 2014.

las telecomunicaciones. No sólo había que diseñar la regulación de la red, sino los efectos jurídicos de su empleo, además de dotar de seguridad jurídica a las nuevas relaciones que se establecían entre los usuarios¹²².

En este sentido, se hacía necesario definir unos principios básicos en la contratación electrónica, que situaran correctamente, en el ámbito jurídico, el uso de Internet¹²³. Así, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aprobó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996, en la que se formulaban por vez primera los principios del comercio electrónico¹²⁴, principios que han demostrado su eficacia en aras a contribuir a la seguridad y a la confianza en los sistemas de comercio electrónico¹²⁵. Al hablar de los principios del comercio electrónico nos referimos a una serie de principios fundamentales que deberán ser asimilados por los derechos nacionales, para que adecuen sus

¹²² Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 69 y ss.

¹²³ Para el estudio de esta materia se nos hace imprescindible partir de la exposición del profesor Illescas, R. (2009) *Derecho de la contratación electrónica*, 2ª edición, Civitas Ediciones, S. L. Madrid, p. 33 y siguientes. Ver también, De Miguel Asensio, P.A., *Derecho privado de Internet*, 4.ª edición, Madrid. *Derecho patrimonial y tecnología*, dirección A. Madrid Parra, (2007) coordinación M.J. Guerrero Lebrón, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 61-74.

¹²⁴ Los principios que se formulan en la Ley inspiraron otros textos legales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas, de 2001 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005.

¹²⁵ Como se señala en la Guía para la incorporación de la Ley, *“La finalidad de la Ley Modelo es la de ofrecer al legislador nacional un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan eliminar algunos de esos obstáculos jurídicos con miras a crear un marco jurídico que permita un desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el nombre de “comercio electrónico”. Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico”*.

preceptos a las especialidades que ofrecen las nuevas formas de relación y de comunicación, basadas en los intercambios electrónicos¹²⁶.

Estos principios contribuyen a hacer compatible la nueva realidad tecnológica con las instituciones básicas de los ordenamientos, sin necesidad de dictar nuevas reglas de interpretación de las normas vigentes, sino adaptando las mismas a estas realidades y permitiendo la subsistencia del Derecho anterior, alterando sólo los efectos de su aplicación¹²⁷.

Como señala Pendón (2009), *con la expresión principios del comercio electrónico se hace referencia a algunos principios fundamentales de carácter universal —en la medida en que podrían ser formulados y asumidos en sus términos básicos por la generalidad de los ordenamientos— que deben tenerse en cuenta cuando se dictan, se interpretan o se aplican normas referidas a la contratación electrónica o normas clásicas, cuya aplicación pueda ser reclamada en relaciones de esa naturaleza (en realidad, condicionadas por el recurso a medios y sistemas de información)*¹²⁸.

¹²⁶ Hemos de tomar como punto de partida la exposición del profesor Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit. pp. 33 y ss, cuyo estudio nos ofrece una visión imprescindible para entender esta materia. En el mismo sentido, Pérez de Madrid Carreras, V., (2007) "Notariado, nuevas tecnologías y Derecho mercantil", en AA.VV., Derecho patrimonial y tecnología, director A. Madrid Parra, coordinador M.^a J. Guerrero Lebrón, Madrid-Barcelona, pp. 513-536. También Pendón, M. A., *La perfección del contrato en derecho privado*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹²⁷ Pendón Meléndez, M. A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 69, estima que el fenómeno electrónico ha penetrado en la sociedad, al margen de la todavía pendiente reforma jurídica que vaticinaban algunos autores, *lo que evidencia que la especialidad normativa reclamada desde esos planteamientos no era imprescindible, al menos en los términos en que se trazaron. Aunque inicialmente esa postura era, probablemente, incluso necesaria, hoy en día se aprecia claramente excesiva, máxime si consideramos la escasa demanda social de revisión normativa en ese punto y constatamos que el Ordenamiento no ha precisado las reformas y los replanteamientos con la intensidad con la que se auguraban.*

¹²⁸ Ciertamente, si se asimilan estos principios por los derechos nacionales, éstos podrán adecuar sus preceptos a las especialidades que ofrecen las nuevas formas de contratación electrónica. De ahí

En efecto, los principios de la contratación electrónica, una vez consolidados deberán informar todo el Ordenamiento, integrándose en el mismo, contribuyendo a la interpretación de las relaciones y normas que se vean afectadas por los avances técnicos y electrónicos y proyectándose sobre las que se dicten en el futuro¹²⁹.

Siguiendo al profesor Illescas (2009)¹³⁰, el comercio electrónico se concibe como un nuevo soporte para el intercambio de bienes y servicios, que ha generado un nuevo lugar de encuentro de ofertas y aceptaciones de voluntades negociales y el Derecho debe regular la posición jurídica de las personas que operan en este nuevo modelo, señalando las reglas o principios fundamentales del derecho del comercio electrónico, que le doten de seguridad jurídica¹³¹.

que señale este autor que *“la finalidad de estos principios es la de contribuir a compatibilizar la situación tecnológica actual y sus particulares exigencias y posibilidades con las instituciones básicas de los ordenamientos, cuyos preceptos han sido generalmente formulados al margen de aquéllas novedades”*. Se trata no de sustituir las normas actuales por otras nuevas, sino de interpretar las normas vigentes con arreglo a la nueva situación de la contratación electrónica, lo que ofrece la posibilidad de subsistencia del Derecho anterior en sus términos literales, alterando sólo los efectos de su aplicación (el supuesto de hecho regulado y, con ello, su consecuencia). Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 111.

¹²⁹ En palabras de Pendón, *“aunque esos principios han sido formulados a partir del comercio electrónico, en realidad implican una reflexión que trasciende de ese pretendido sector del Derecho (las relaciones entre particulares celebradas a través de medios electrónicos) o disciplina (para algunos) y reclaman su aplicación al conjunto del Ordenamiento, para el que resultan útiles (y precisos), desempeñando funciones similares a las de las normas sobre interpretación de las leyes (artículo 3.º C. de com.) o las de los contratos (artículos 1.281 y ss. C.c. y artículo 57 C. de com.)...los principios del comercio electrónico superan el ámbito estricto de la contratación privada y se aplican también a otros aspectos de esa especial actividad profesional; en realidad, pues, a todo el Comercio”*. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 70.

¹³⁰ Illescas, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 37.

¹³¹ Un interesante artículo sobre los retos del comercio electrónico y la necesidad de su regulación puede verse en Boss. A, "Searching for Security in the Law of Electronic Commerce" *Nova Law Review* 23.2 (1999): 589.

Estos principios fundamentales del derecho del comercio electrónico son los siguientes: la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, la exigencia de la buena fe y la reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto¹³².

Aunque se formulen de forma separada, no hemos de perder de vista que están intensamente relacionados¹³³. En efecto, los principios del comercio electrónico están tan relacionados que cada uno de ellos sólo se explica con el concurso de los otros¹³⁴.

http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=amelia_boss.

¹³² Al enumerar los principios, el profesor Illescas, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit, p. 37, señala que estos han quedado sometidos, con el paso del tiempo, a una cierta erosión, dado que han sido objeto de excepciones que, en su opinión, vienen a confirmar las reglas enunciadas, poniendo como ejemplo la regla sobre la libertad de pactos, válida para el comercio manual, pero que puede padecer excepciones en muchos ordenamientos.

¹³³ Según Pendón Meléndez, M.A. (2009) podemos “*en última instancia subsumirlos todos en el principio de neutralidad tecnológica*”, en *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 70.

¹³⁴ Illescas Ortiz, R., en Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica”. *Revista de Contratación Electrónica*, 2002, nº 27, comentando el Proyecto de Ley de la LSSICE, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, valoraba la acogida de los principios de comercio electrónico y señalaba que “*la claridad con la que hoy se aprecia en la futura norma la consagración apreciablemente explícita -y su actuación práctica a lo largo de los diversos preceptos- de principios básicos que disciplinan la relación contractual electrónica es digna de elogio: la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los actos de papel, por así decir, la neutralidad tecnológica generalmente observada, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos son reglas básicas en la materia, todas las cuales aparecen recogidas y observadas generalmente por el Proyecto*”.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996¹³⁵, es el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional y constituyen los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico.

Uno de los mayores impedimentos para el desarrollo del comercio electrónico se basaba en los requisitos legales que impone el empleo de la documentación tradicional, con soporte de papel. Por ello, en la Ley modelo se contemplaba la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos, ampliando el alcance de conceptos como los de “escrito”, “firma” y “original”, con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática.

Un somero análisis de los principios del derecho del comercio electrónico, nos ayudará a entender su funcionamiento como actividad transfronteriza y transcomunitaria, que constituye una manifestación del fenómeno de la globalización.

2.1. El principio de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos

El primer principio al que vamos a hacer referencia es el principio de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos, frente a los actos jurídicos manuales u

¹³⁵ Naciones Unidas, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico 1996. En la preparación de la Ley Modelo se partió del supuesto de que el proyecto de Ley Modelo iría acompañado de una guía. Por ejemplo, se decidió que ciertas cuestiones no serían resueltas en el texto de la Ley Modelo, sino en la guía que había de orientar a los Estados en la incorporación de su régimen al derecho interno. En el preámbulo de la Ley se señala que *“la Ley tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos, ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico, superando los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato, equiparando el trato dado a la información sobre papel, al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional”*.

orales, que constituye el núcleo del Derecho del comercio electrónico¹³⁶. En efecto, este principio, como señala Illescas (2009) *permite la aplicación práctica del principio de inalteración del derecho preexistente y encuentra su fundamento en el principio de neutralidad tecnológica*. Las normas concebidas bajo la existencia de los actos jurídicos escritos, no pueden excluir las nuevas realidades tecnológicas, tan sólo deberán adaptarse al nuevo soporte, aplicando el mismo fundamento a las circunstancias actuales¹³⁷.

Este criterio de la equivalencia funcional, consiste en establecer la equivalencia entre los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un documento, escrito y autógrafo, y los objetivos y funciones de un mensaje utilizando las técnicas electrónicas. En definitiva, se plantea que si un documento de papel tiene las funciones de ser un documento legible para todos, asegurar su inalterabilidad en el tiempo, permitir su reproducción y la autenticación de los datos en él consignados a través de la firma, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en muchos casos, mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, siempre que se cumplan determinados requisitos técnicos y jurídicos¹³⁸.

¹³⁶ Así lo señala Illescas, *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit, p. 39.

¹³⁷ Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 71, señala que “*la equivalencia funcional no significa igualar instituciones, modelos o prácticas; se trata de encontrar los elementos comunes de los institutos que se analizan, para comprobar si las funciones requeridas en un concreto ámbito para alguno de tales institutos, pueden ser asumidas (colmadas las necesidades) para las posibilidades que ofrece el otro. La incorrecta valoración del principio de equivalencia funcional y, con ello, su aplicación precipitada y parcial, conlleva a simplificar en exceso, y con ausencia del rigor requerido, la interpretación de los preceptos y la aplicación de los mismos*”.

¹³⁸ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996.

En palabras de Illescas (2009), *“la equivalencia funcional implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos, una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto¹³⁹: los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración, deben de producirse con independencia del soporte escrito o electrónico en el que la declaración conste”*.

Así, el significado de la equivalencia funcional se puede resumir señalando que: *“la función jurídica que, en toda su extensión, cumple la instrumentación escrita y autógrafa –o eventualmente su expresión oral- respecto de cualquier acto jurídico, la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado¹⁴⁰”*. Es decir, no discriminar los mensajes de datos electrónicos, frente a las declaraciones de voluntad emitidas de forma verbal, gestual o escrita por un individuo.

Por otra parte, como bien dice la Guía para la incorporación de la LMUCE¹⁴¹, *“el documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y*

¹³⁹ Illescas, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 41.

¹⁴⁰ Illescas Ortiz, R., *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 42.

¹⁴¹ Cfr. Naciones Unidas, La Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico. Guía para su incorporación al Derecho Interno 1996, con el nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998, pág. 21.

rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Ahora bien, la adopción de este criterio del equivalente funcional, no debe dar lugar a que se impongan normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico, (con el consiguiente costo) que las aplicables a la documentación consignada sobre papel”.

Esta regla de la equivalencia funcional no sólo se ha consagrado desde el punto de vista de la legislación, sino también ha quedado consagrada, de forma explícita, a nivel contractual¹⁴², a falta de disposición expresa. Asimismo, se puede contemplar una consagración de la regla a nivel implícito, cuando se pueda deducir, de la conducta de las partes, la conformidad con la utilización de los medios electrónicos en sus relaciones negociales, sin necesidad de pacto expreso, como lo indica el artículo 8.2 de la CNUUCECI¹⁴³.

El principio de equivalencia funcional, se formula, por vez primera, en la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente de 1995¹⁴⁴ (en adelante CNUUCECI) y se incorpora a la Ley Modelo

¹⁴² Como se afirma en el Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en su 41º período de sesiones (16 de junio a 3 de julio de 2008) por el que se aprueba el Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente Marítimo, el 11 de diciembre de 2008, en su capítulo 3, artículo 8.a al señalar que *“todo lo que deba figurar en un documento de transporte, con arreglo a lo previsto en el presente Convenio, podrá ser consignado en un documento electrónico de transporte, siempre y cuando la emisión y el subsiguiente empleo del documento electrónico de transporte, se haga con el consentimiento del porteador y del cargador”*

¹⁴³ Que señala que *“nada de lo dispuesto en la presente Convención, hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta”*.

¹⁴⁴ Resolución aprobada en el quincuagésimo período de sesiones de la Asamblea General, que en su artículo 11.2 señala que *“la promesa podrá disponer, o el garante/emisor y el beneficiario podrán convenir en otra parte, que la devolución al garante/emisor del documento que contenga la promesa,*

sobre Comercio electrónico en 1996¹⁴⁵ (en adelante LMUCE), quedando explicitado su contenido en la Guía para su incorporación al derecho interno de 1996, con un nuevo artículo 5 bis aprobado en 1998¹⁴⁶.

De esta forma, la consagración legislativa del principio de equivalencia funcional queda patente en la LMUCE, cuando señala, en su artículo 5, que: *“no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información, por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”*. También en el texto de la Convención de 2005 CNUUCECI, en el artículo 8.1 donde encontramos el reconocimiento explícito de este principio al expresar que *“no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato, por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”*.

Los términos de ambos preceptos requieren de una aclaración, en cuanto a lo que debemos entender por “información” y por “mensaje de datos”. Como bien aclara Illescas (2009), el término información abarca todo lo que se transmite por vía

o algún trámite funcionalmente equivalente a esa devolución de haberse emitido la promesa en forma que no sea sobre papel, será necesaria para la extinción del derecho a reclamar el pago, por sí misma o conjuntamente con uno de los hechos mencionados...”

¹⁴⁵ El 12 de junio de 1996 la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) aprobó en Nueva York, en su 29º período de sesiones, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, junto con la Guía para la Incorporación de dicha Ley al Derecho interno, cuyo objeto es facilitar a los órganos ejecutivos y legislativos de los Estados la debida información explicativa que les ayude en la aplicación de la Ley en sus ordenamientos internos.

¹⁴⁶ Durante la preparación de la ley modelo UNCITRAL se hizo hincapié en llamar la atención sobre la importancia de los escritos consignados sobre papel y se argumentaban varias razones, como la constancia de la existencia de la intención de las partes de comprometerse, la existencia de un documento que fuera legible, inalterable y que se pudiera reproducir indefinidamente, la posibilidad de la autenticación mediante la firma del documento de los datos en él consignados, la prueba de la intención del autor del escrito en un soporte material que se pueda conservar, facilitar la presentación del documento escrito ante las autoridades públicas y los tribunales, así como determinar el nacimiento derechos o de obligaciones jurídicas cuya validez dependiera de un escrito.

electrónica (textos, imágenes, sonidos, etc.) mientras que el término mensaje de datos se refiere a 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”*.

Estamos ante una información tratada electrónicamente, que contiene verdaderas declaraciones de voluntad y que debe ser equiparada al documento escrito o verbal, en todos sus efectos jurídicos, sin ningún tipo de discriminación por el soporte que la contenga¹⁴⁷.

La aplicación de este principio exigirá una labor de interpretación, que partirá, por un lado, de la búsqueda del fundamento de la exigencia de la forma escrita en cada disposición, a los efectos de concederle la eficacia jurídica de que se trate y, de otro lado, de encontrar las mismas funciones en los instrumentos que ofrecen las nuevas técnicas de la contratación electrónica, valorando si el documento electrónico cumple con las mismas exigencias legales que el documento escrito, pues *en la medida en que se considere que ambos instrumentos asumen las mismas funciones, resultará la equivalencia con independencia del medio empleado*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., pág. 41 señala que hay que diferenciar la faceta positiva (el principio de equivalencia funcional mismo) y la faceta negativa (la no discriminación) en el mismo principio, teniendo en cuenta, como señala Pendón, que en los presupuestos de este principio subyace el de neutralidad tecnológica, Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 70.

¹⁴⁸ Pendón opina, en este sentido, lo siguiente: *“Ello, naturalmente, sin que la elección de cualquiera de las posibilidades técnicas con las que se pueda contar en cada caso, suponga la discriminación respecto de las otras ni, por ello, suponga la elección o el apoyo de cualquiera de las posibilidades; en cierta medida, por lo tanto, dentro de los límites previamente establecidos por los principios de la neutralidad tecnológica y de no discriminación, en los términos ya apuntados. El resultado de la aplicación de este principio, por tanto, dependerá de cada caso: habrá que determinar el fundamento de la exigencia de las fórmulas escritas (u orales) en la norma y, en su caso, valorar el cumplimiento de las mismas por un medio electrónico que se considere equivalente. En estos momentos iniciales*

Por otra parte, en el artículo 5 bis se señala que *no se negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información, por la sola razón de que no esté contenida en el mensaje de datos, que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión*¹⁴⁹. Esta extensión del texto a la incorporación en forma de remisión, pretende transmitir el mismo valor jurídico del mensaje de datos a cualquier otra información que no se exprese en el mismo, sino a la que se haga una mera referencia.

Por tanto, la equivalencia funcional, podrá extenderse a los documentos a los que se remite el propio mensaje de datos, garantizando la equivalencia cuando en el mensaje de datos no se reproduzca íntegramente el contenido de otros mensajes, porque se mencionan en el mensaje principal. En este sentido, la Guía ofrece algunos ejemplos de la incorporación por remisión, como es el caso del párrafo 46-5, que establece que *“si bien el comercio electrónico se basa principalmente en el mecanismo de la incorporación por remisión, el acceso al texto íntegro de la*

de consolidación de las prácticas electrónicas y de continuos avances tecnológicos resulta una labor muy compleja, porque no se trata de establecer una suerte de equivalencia absoluta entre los medios de comunicación, transmisión y conservación de la información electrónicos y los tradicionales, sino de obtener resultados en cada caso”, Pendón Meléndez, M.A., en *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 71.

¹⁴⁹ El artículo 5 bis fue aprobado por la Comisión en su 31º período de sesiones, en junio de 1998. Su finalidad, como señala la Guía para la incorporación de la LMUCE, es orientar acerca de la forma en que la legislación, cuyo objetivo es facilitar la utilización del comercio electrónico, puede regular una situación en la que tal vez sea necesario reconocer determinadas condiciones, aunque no se expresen íntegramente, sino que exista una mera remisión a ellos en el mensaje de datos, otorgándoles el mismo grado de validez jurídica, que si figurasen íntegramente en el texto del mensaje de datos. Este reconocimiento es aceptable conforme a la legislación de muchos Estados, cuando se trata de comunicaciones escritas convencionales, por lo general en el contexto de ciertas normas de derecho que establecen salvaguardias, por ejemplo normas de protección del consumidor. La expresión “incorporación por remisión” se utiliza a menudo como fórmula concisa, para describir situaciones en las que un documento se refiere de manera genérica a disposiciones que se detallan en otro lugar, en vez de reproducirlas íntegramente.

información a la que se remite puede mejorarse notablemente mediante la utilización de comunicaciones electrónicas; u otros ejemplos como que pueden incluirse en un mensaje localizadores uniformes de recursos, que dirijan al lector al documento de remisión. Dichos localizadores, pueden proporcionar hiperenlaces, que permitan al lector simplemente situar un mecanismo señalizador (como un ratón), sobre una palabra clave vinculada con un localizador uniforme de recursos. Aparecería entonces el texto de referencia. Al evaluar las posibilidades de acceso al texto de referencia, deben tenerse en cuenta, entre otros factores, la disponibilidad (horas de funcionamiento del fondo en el que se encuentra la información y facilidad de acceso a éste); el costo del acceso; la integridad (verificación del contenido, autenticación del remitente, y mecanismos para la corrección de errores de comunicación), y la posibilidad de que dichas condiciones estén sujetas a posteriores modificaciones (notificación de actualizaciones; notificación de la política de modificaciones)”.

La propia Guía aclara que “no debe interpretarse el artículo 5 bis en el sentido de que crea un régimen jurídico específico, para la incorporación por remisión en el ámbito electrónico. Conviene, más bien, entender que el artículo 5 bis, al establecer un principio de no discriminación, permite que las reglas internas aplicables a la incorporación por remisión con soporte de papel, sean igualmente aplicables a la incorporación por remisión con fines de comercio electrónico”¹⁵⁰.

En definitiva, la Guía pretende garantizar, tanto el principio de equivalencia como el de no discriminación de las reglas nacionales aplicables a la incorporación por remisión, cuando se trate de operaciones electrónicas. Se trataba, en el momento en que se aprueba la Ley y posteriormente la Guía, de otorgar certeza jurídica al sistema. Sin embargo, pese a la labor de interpretación realizada por la Guía,

¹⁵⁰ Así, la Guía en la página 36 señala algunos ejemplos al respecto, cuando dice: “por ejemplo, en una serie de jurisdicciones, las normas de derecho imperativo existentes, sólo reconocen la incorporación por remisión si se cumplen las tres condiciones siguientes: a) la cláusula de remisión se inserta en el mensaje de datos; b) el documento de referencia, y concretamente sus condiciones generales, son conocidos realmente por la parte contra la que pueda esgrimirse el documento de referencia, y c) el documento de referencia es aceptado, además de ser conocido, por dicha parte”.

también se contempla en el párrafo 46-2 que, a pesar de que la estructura de las comunicaciones electrónicas exige el intercambio de grandes cantidades de mensajes, que contienen remisiones a información que puede obtenerse en otro lugar, *“no debe someterse a los usuarios de las comunicaciones electrónicas, a la engorrosa obligación de sobrecargar sus mensajes de datos con abundante texto, si pueden aprovechar fuentes externas de información, como bases de datos, glosarios o listas de códigos, y utilizar abreviaturas, códigos y otras remisiones a dicha información”*¹⁵¹.

Siguiendo la misma línea, podemos ver que la LMUCE considera que la regla de la equivalencia entre documento escrito y documento electrónico, se encuentra formulada en el artículo 6, cuando señala: *“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”*. Así lo reconoce también la LMUFE respecto de la firma electrónica, en su artículo 6, al establecer que *“cuando la ley exija la firma de una persona, ese requisito quedará cumplido en relación con un mensaje de datos si se utiliza una firma electrónica que, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo aplicable, sea fiable y resulte igualmente apropiada para los fines con los cuales se generó o comunicó ese mensaje”*. Finalmente, el reconocimiento de la equivalencia funcional

¹⁵¹ Gran parte de las aportaciones doctrinales de los últimos años supusieron nuevos planteamientos, que exigían una reflexión sobre las nuevas tecnologías y su incardinación en el resto de las instituciones de nuestro Ordenamiento. Este trabajo de interpretación, necesario en el momento inicial de aparición del fenómeno electrónico, no propició, en opinión de Pendón, un análisis final de las consecuencias del empleo de una técnica concreta, por lo que *“continúa faltando una reflexión suficiente acerca de tal incardinación y, sobre todo, sobre la incidencia que las técnicas de las comunicaciones ejercen en las instituciones jurídicas más clásicas y el replanteamiento de las mismas, que estas novedades exigirían”*. En el mismo sentido, Vázquez García, "La contratación en Internet. Innovación tecnológica y contratación. La forma de los contratos. Contratación informática. Comercio Electrónico", en La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en UIMP, dir. J.L. Perales Sanz, Madrid, 2002, pp. 129-145.

afecta a la fuerza probatoria de los datos y así lo vemos en el artículo 9 de la LMUCE cuando admite, en su párrafo 2º, que “*toda información presentada en forma de mensaje de datos, gozará de la debida fuerza probatoria*”.

Por otra parte, hay que hacer referencia a la existencia de ciertas excepciones al principio de equivalencia funcional¹⁵², pues como señala la LSSICE, la equivalencia sólo alcanza al documento escrito privado, por lo que quedará fuera de esta regla el documento público o notarial¹⁵³. Además, en algunos casos, será la propia legislación la que excluya su aplicación, habilitando la posibilidad de su exclusión en supuestos concretos¹⁵⁴.

Analizando nuestra legislación, el principio de equivalencia funcional queda reflejado en la LSSICE, en la que podemos detectar varias aplicaciones concretas del mismo. Como señala Barral (2006)¹⁵⁵, podemos hablar de tres principios de equivalencia

¹⁵² Illescas, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*. op. cit., p. 46 y ss.

¹⁵³ En nuestro derecho, la LSSICE, en su artículo 23.4 lo señala expresamente cuando dice que “*los contratos, negocios o actos jurídicos, en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica*”.

¹⁵⁴ Así, la LSSICE, en su artículo 23.4 excluye de su regulación a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. En el mismo sentido, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) señala, en su artículo 9, que los Estados miembros podrán no aplicar el apartado 1, referido a la posibilidad de celebrar contratos electrónicos, a determinados contratos como los de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria, los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública, los contratos de crédito y caución y los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones.

¹⁵⁵ Barral Viñals, I., (2006) *La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional* en Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor

funcional: el principio de equivalencia funcional de la forma o del documento escrito, el principio de equivalencia funcional de la firma electrónica a la firma manuscrita y el principio de equivalencia funcional de la forma escrita pública.

Respecto al principio de equivalencia funcional de la forma o del documento escrito con el documento electrónico, esta regla señala cuándo deben considerarse cumplidos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, en orden a establecer el momento de prestación del consentimiento y, por ende, de perfección del contrato electrónico¹⁵⁶.

Este principio, que hace referencia a la forma escrita, y que se refiere al reconocimiento de la validez de las declaraciones de voluntad que se emitan por medios electrónicos, está reconocido en el artículo 23.3 de la LSSICE, que recoge la equivalencia entre el contrato por escrito y el contrato en un soporte electrónico. La LSSICE da nueva redacción al artículo 1.262 del Código Civil, en lo que atañe a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, en cuyo caso considera que *hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*. En el mismo sentido, modifica el artículo 54 del Código de Comercio, señalando que “*en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*”¹⁵⁷.

En cuanto a la forma de manifestar el consentimiento, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Ley 7/1996, de 15 de enero, exigía que el consentimiento se

Mariano Alonso Pérez / coord. por Eugenio Llamas Pombo, Vol. 1, p. 112.

¹⁵⁶ Un amplio estudio sobre el principio de equivalencia funcional lo podemos ver en Barral Viñals, I., (2006) *La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional*, cit. pp. 107-124. También, Maluquer de Motes, C.J., Codificación, persona y negocio jurídico, Barcelona, 2002, págs. 312 y ss.

¹⁵⁷ Al respecto, ver Rubio Jimeno, G. La regulación del comercio electrónico. Totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista, Barral coordinación, Editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid 2003, p. 51.

tuviese por expresado tanto si se hacía de forma expresa, como si se prestara de forma tácita, siempre que revelase de modo inequívoco la voluntad de contratar y así lo manifestaba cuando imponía, en su artículo 41, la necesidad de consentimiento expreso¹⁵⁸.

Por su parte, la LSSICE reconoce la aceptación tácita, cuando impone a los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en su artículo 27, una serie de deberes de información en la fase previa a la contratación. Es claro que la información previa es uno de los principios tuitivos fundamentales del Derecho de consumo, que permiten que el consumidor que contrata por Internet se forme una idea correcta del producto o servicio que pretende contratar.

La Ley admite las declaraciones de voluntad tácitas por medios electrónicos al regular un tipo de contratos electrónicos en los que el consentimiento se presta de forma tácita y sin intervención humana, es decir, «mediante dispositivos automáticos»¹⁵⁹. Es decir, la LSSICE establece la equivalencia funcional cuando, en su artículo 23.3, señala que la exigencia de forma escrita se entenderá satisfecha, si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico, limitándose a exigir que la información se contenga en un soporte electrónico, sin que haga referencia a la exigencia de la perdurabilidad de la misma.

¹⁵⁸ Artículo 41 del texto original de 1996.

¹⁵⁹ Como señala Barral, *estamos en el caso de los llamados click wrap agreements o point-and-click agreements, en los que el aceptante de la oferta no emite una declaración expresa de querer contratar, pero realiza un acto material del que cabe deducir su voluntad de aceptar*. Estos click wrap agreements basan su validez en el acto de pulsar el botón de aceptación por parte del usuario, Barral Viñals, I., (2006) *La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional*, cit. p. 107-124. En el mismo sentido, la Ley Modelo de la UNCITRAL admite la aceptación tácita en su artículo 11. No obstante, habrá que dejar fuera de la consideración de consentimiento expreso a la simple activación de un hipervínculo pues, en este caso, no existe voluntad de contratar sino voluntad de conocer el contenido que se encuentra en él.

Respecto a los requisitos de forma del contrato, en el artículo 27 del Anteproyecto de Ley de Contratación Electrónica, se consideraba que la forma escrita ad probationem, se entendía cumplida siempre que los mensajes electrónicos, que habían dado lugar a la contratación, fueran archivados y se mantuvieran accesibles para su consulta posterior. En el mismo sentido se manifestaba el artículo 6.6 de la Ley Modelo UNCITRAL, que señalaba que el requisito de la forma escrita se cumple, siempre que la información contenida en el mensaje electrónico sea accesible de forma que se pueda utilizar en sucesivas consultas. Ambos preceptos se refieren a la necesidad de que la información contractual se contenga en un soporte electrónico duradero y así se contemplaba también en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación¹⁶⁰.

En este tema, Domínguez Luelmo (2000)¹⁶¹ señala que la regulación de la forma escrita en los contratos electrónicos, se define por su perdurabilidad y no por su constancia en soporte papel, ya que ambos tipos de documento reproducen una serie de caracteres escritos, que representan su voluntad, pero sólo los documentos electrónicos duraderos tienen el carácter de forma escrita. Por tanto, no tendrán esa consideración las ventanas de diálogo de las páginas web abiertas por el consumidor, en las que encuentra por escrito toda la información legal. Es decir, que,

¹⁶⁰ Artículo 3 de la Ley, que señala que *“celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado”*. En este mismo artículo aclara que por soporte duradero se entiende *“cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico”*. Ley actualmente derogada.

¹⁶¹ Domínguez Luelmo, A. (2000) Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico», RCDI, número 660, p. 2333.

según este autor, será la perdurabilidad de la información la que determine que estamos ante un documento electrónico escrito.

La segunda cuestión a destacar, en referencia al principio de equivalencia funcional, es la equivalencia entre la firma electrónica y la firma manuscrita, que afecta especialmente a la seguridad en las transacciones que se realizan a través de la red. La firma electrónica se ha convertido en uno de los temas centrales del sistema de la contratación electrónica. Ello ha llevado a una amplia y profunda revisión del fundamento de la firma manuscrita, sus funciones, el significado de su exigencia en las normas y su eficacia en el ámbito de la contratación¹⁶².

La regulación de la firma electrónica se encuentra en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (en adelante LFE), cuyo objetivo era fomentar la rápida incorporación de las nuevas tecnologías de seguridad de las comunicaciones electrónicas, en la actividad de las empresas, los ciudadanos y las Administraciones públicas, estableciendo un marco jurídico adecuado para la realización, de forma segura, de transacciones electrónicas en redes abiertas. La LFE reconoce que, mediante la técnica de la criptografía de clave asimétrica, se puede garantizar la identidad del emisor y la integridad del mensaje¹⁶³.

¹⁶² Como señala Pendón *“en la medida en que buena parte de la eventual actividad de contratación electrónica se ha planteado, probablemente, por razones de índole doctrinal, sobre la base del concepto de documento y de documento electrónico y las exigencias de aquél, que había que satisfacer con las funciones susceptibles de asumir por éste, la firma electrónica se ha convertido, en muchas ocasiones, en la pieza clave del sistema de la contratación electrónica, al menos en el plano conceptual”*, Pendón Meléndez, M.A., en *La perfección del contrato en derecho privado*, cit, p. 70.

¹⁶³ La criptografía asimétrica es un método criptográfico que usa un par de claves para el envío de mensajes. Una clave es pública y se puede entregar a cualquier persona, la otra clave es privada y el propietario debe guardarla, de modo que nadie tenga acceso a ella. Además, los métodos criptográficos garantizan que esa pareja de claves sólo se puede generar una vez, de modo que se puede asumir que no es posible que dos personas hayan obtenido casualmente la misma pareja de claves. Con este sistema se logra la confidencialidad del envío del mensaje que nadie, salvo el destinatario, puede descifrar y la identificación y autenticación del remitente.

No obstante, la Ley va a diferenciar entre la firma electrónica simple, la cual se limita a la identificación del firmante, manifestando la autenticidad del sujeto que firma¹⁶⁴, mediante cualquier mecanismo (contraseña, firma escaneada); la firma electrónica avanzada (FEA) que permite identificar al sujeto que la firma y detectar cualquier modificación ulterior de los datos de la firma¹⁶⁵ por lo que se va a garantizar la identidad del firmante y su vinculación con la firma, así como la integridad del mensaje; y la firma electrónica reconocida (FER), aquella firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

De los dos supuestos primeros, no se puede deducir el principio de equivalencia funcional con la firma manuscrita, pues el proceso técnico de creación de la firma electrónica carece de las garantías que ofrecen los certificados reconocidos. En el caso de la firma electrónica reconocida, la LSSICE señala, en su artículo 3.4, que “tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”. Por ello, sólo cuando hablamos de la firma electrónica reconocida, recogida en el artículo 3.3 de la LFE, podemos aplicar el principio de equivalencia funcional de la firma electrónica con la firma manuscrita¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Según el artículo 3.1 de la LFE, “la firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”.

¹⁶⁵ Según el artículo 3.2 de la LFE, “la firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control”.

¹⁶⁶ Por su parte, el artículo 3.3 de la LFE señala que “la firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”.

Ciertamente, la firma reconocida es una firma avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, que según el artículo 24 de la LFE, es un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma, que ofrece una serie de garantías¹⁶⁷. Mediante este sistema se pretende garantizar el uso único de la firma por su titular, el secreto de la misma y evitar, en la medida de lo posible, las falsificaciones, por lo que queda avalada mediante este mecanismo técnico, la identificación del firmante y la integridad del mensaje, mediante la intervención de un tercero de confianza que lo acredita, por el sistema del certificado reconocido.

Hay que señalar que, con el sistema de firma electrónica reconocida, se puede garantizar que el mensaje no se ha alterado, pero no queda del todo garantizada la identidad del firmante, ya que, a pesar de que el sujeto tenga la clave privada, no hay garantías de que ese código de acceso no sea utilizado por otra persona (porque el titular del código se lo ha cedido voluntariamente o lo ha extraviado o se lo han sustraído o copiado) que pasaría a ser el firmante del documento electrónico. En este caso no se podría detectar ninguna alteración en el mecanismo y, sin embargo, la firma no habría sido realizada por el verdadero titular de la misma¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Las garantías que debe ofrecer un dispositivo de firma seguro son: que los datos utilizados para la generación de firma puedan producirse sólo una vez y asegure razonablemente su secreto, que exista una seguridad razonable de que los datos utilizados para la generación de firma, no pueden ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y de que la firma está protegida contra la falsificación con la tecnología existente en cada momento, que los datos de creación de firma puedan ser protegidos de forma fiable por el firmante, contra su utilización por terceros y que el dispositivo utilizado no altere los datos o el documento que deba firmarse, ni impida que éste se muestre al firmante antes del proceso de firma.

¹⁶⁸ García Más, F. J. (2010) Especial consideración del documento electrónico en el art. 3 (La Ley 1935/2003) de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. La modificación de la Ley 56/2007 (La Ley 13215/2007). Actualidad Civil, nº 10, Quincena del 16 al 31 Mayo, p. 1124, tomo 1, Editorial La Ley. En el mismo sentido, Barral Viñals, I., (2006) *La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional*, cit, p. 121.

A pesar de lo dicho, la intervención de un prestador de servicios de certificación que garantice la integridad del mensaje electrónico y la identidad del sujeto, otorga a la declaración de voluntad contenida en el mensaje, las condiciones de seguridad necesarias para afirmar la conformidad del sujeto sobre dicha declaración de voluntad, efectuada mediante el uso de la firma electrónica reconocida. Y en este sentido podemos decir que la firma electrónica pasa a tener efectos declarativos.

Finalmente, hay que hacer referencia al tercer principio de equivalencia funcional: el de la forma pública. La Ley del notariado señala que los instrumentos públicos no perderán dicho carácter, por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del Notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes¹⁶⁹. En definitiva, si el Notario cumple con los requisitos legales sobre el contenido del instrumento, es decir, da fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes y cumple con los requisitos sobre el uso de la firma electrónica reconocida, estaremos ante un documento público electrónico que, como señala el propio artículo 17 bis, gozará de fe pública y su contenido se presumirá veraz e íntegro.

Actualmente no existe duda acerca de la plena validez de los contratos electrónicos y tanto en la normativa comunitaria como en la nacional, podemos observar el cumplimiento del principio de equivalencia funcional, en virtud del cual podemos decir que cumple la misma función, a efectos jurídicos, un acto jurídico instrumentado de forma escrita que si estuviera instrumentado a través de vías electrónicas, salvo aquellos actos jurídicos para los que se exige la intervención de fedatario público o la inscripción en un registro público¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Artículo 17 bis, añadido por la Disposición Transitoria undécima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁷⁰ Fernández Pérez, N. *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 10.

2.2. El principio de inalteración del derecho preexistente

El segundo principio general del derecho electrónico, es la inalteración del preexistente derecho de obligaciones y contratos privados. Ya hemos señalado, que la electrónica no es un nuevo derecho que regula las transacciones económicas, sino un nuevo soporte o un nuevo medio de transmisión de las voluntades negociales¹⁷¹. Por tanto, la regulación de las relaciones que generan obligaciones entre las partes, contraídas por vía electrónica, no generan necesariamente un cambio en el derecho preexistente respecto a la perfección, ejecución y consumación de dichos contratos, en el ámbito del derecho privado¹⁷².

Este principio conforma el presupuesto de los demás principios y viene a aclarar que, los cambios que se producen en las relaciones personales, debido a los avances técnicos, no requieren una revisión profunda del régimen vigente de las obligaciones y contratos, pues el régimen que se contiene en nuestra legislación privada es suficiente para asumir dichas novedades¹⁷³. Con el reconocimiento de este principio, se pretende circunscribir las nuevas normas a los aspectos electrónicos de las relaciones negociales, sin alterar el derecho aplicable a dichas relaciones, con independencia del soporte a través del cual se contraen¹⁷⁴.

¹⁷¹ Illescas Ortiz, R. Derecho de la contratación electrónica, op. cit, p. 49.

¹⁷² Pérez Marzabál. Acerca de la contratación electrónica y el comercio electrónico. Diario La Ley, N° 5897, Sección Tribuna, 20 Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D-260, Editorial La Ley. En este sentido se pronuncia la LSSICE, en su artículo 23.1 cuando dice que *“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”*. Podemos deducir, de la lectura de este artículo, que no estamos ante la creación de un nuevo derecho, pues los contratos celebrados por esta vía producen los mismos efectos jurídicos que los contratos tradicionales y les serán aplicables las mismas normas jurídicas de derecho común que a estos últimos.

¹⁷³ Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, op. cit., p. 72.

¹⁷⁴ Fernández Fernández, R., (2001) Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en

El principio de inalteración del derecho preexistente, tiene su punto de partida en la constatación de que la electrónica ha ofrecido nuevos soportes para la comunicación y la transmisión de voluntades negociales y ese enfoque será el que presida los nuevos textos que regulan la cuestión de la proyección de la electrónica sobre la contratación¹⁷⁵. El nuevo soporte electrónico no exige cambios normativos en materia de contratación, al menos en lo que respecta a la celebración, la perfección y la ejecución de los contratos privados, a pesar de que se hará necesario establecer ciertas especialidades que, adaptando el sistema, garanticen la seguridad del mismo¹⁷⁶.

Por tanto, las reglas generales del derecho contractual, tanto aquellas vigentes antes de la entrada en vigor de la LSSICE, como las que se dictaron posteriormente, resultan plenamente aplicables a la contratación electrónica. Así, si analizamos el artículo 15.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM), que señala que *“la oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario”*, vemos que la disciplina del comercio electrónico no pretende modificar su contenido, sino regular aquellas particularidades que se puedan suscitar, cuando la llegada de la oferta se produzca por vía electrónica¹⁷⁷.

Es cierto que la utilización de Internet para celebrar contratos, ha favorecido un cambio en el derecho anterior aplicable a los mismos, dada la rapidez de las transacciones comerciales, lo que ha propiciado un crecimiento exponencial de este

Internet, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona, p. 15.

¹⁷⁵ En este sentido, puede verse la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005.

¹⁷⁶ Ejemplo de esta adaptación, ha sido la adopción del sistema de firma electrónica, que ha exigido normas especiales pero que comparte fundamento con el sistema de la firma manuscrita.

¹⁷⁷ El carácter internacional de la Convención, no excluye la proyección de sus principios también a los ordenamientos nacionales.

tipo de contratación¹⁷⁸, pero ello no conlleva la necesidad de modificar las reglas generales de los contratos, para adaptarlas al nuevo soporte electrónico, como igualmente ocurre con otros muchos aspectos del Ordenamiento, que pudieran verse afectados por algunas de las especialidades de las nuevas tecnologías de la telecomunicación¹⁷⁹.

El derecho de las obligaciones y los contratos es anterior al comercio electrónico, por lo que, sólo cuando sea necesario, porque las nuevas técnicas puedan alterar el marco de las relaciones entre las personas, se deberán adaptar las reglas existentes o proceder a su derogación por una nueva norma, que regule mejor la materia. Hay que tener en cuenta que, como señala Pendón (2009), *la finalidad de este principio es la de aclarar que el comercio electrónico no debería suponer, en principio, una alteración sustancial de tales reglas, porque los fundamentos del negocio jurídico no se encuentran esencialmente alterados, por la irrupción de las nuevas técnicas de comunicación o de “soporte y medio de transmisión de voluntades negociales”*.

Si bien hay que decir que las nuevas relaciones negociales no exigen cambios normativos en materia de contratación, es cierto que habrá que adaptar el sistema normativo, para garantizar la seguridad de las transacciones electrónicas. En ese sentido, se señala que la eficacia del principio de inalteración del preexistente derecho de obligaciones y contratos privados, trasciende de los límites del derecho de obligaciones y contratos y obliga a la revisión de otros aspectos del Ordenamiento, que pudieran verse afectados por algunas de las especialidades establecidas por las nuevas tecnologías de la telecomunicación (así, a los efectos de prueba —constitución, conservación y aportación de las mismas—, de custodia de

¹⁷⁸ Ejemplos de modificación del derecho preexistente, los podemos observar en la nueva normativa concursal, que ha sido objeto de algunas modificaciones posteriores, ante el empuje económico de los mecanismos electrónicos de liquidación, pago y compensación, cuando uno de los partícipes en el sistema electrónico es declarado en concurso de acreedores.

¹⁷⁹ Como es el caso de los efectos de la aportación de la prueba, la custodia de documentos, la seguridad en el cumplimiento de determinadas obligaciones.

documentos, de celeridad en el cumplimiento de determinadas obligaciones, etc.)¹⁸⁰. En este sentido, la revisión de determinadas disposiciones, para adecuarlas a las exigencias actuales de la contratación electrónica, requiere una labor de interpretación de las mismas, conforme a los criterios tradicionales de interpretación de las normas jurídicas, que ha de tener en cuenta el criterio de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, como señala el artículo 3.º del Código civil, es decir en la sociedad de la información¹⁸¹.

Hemos de concluir señalando que el principio de inalteración del derecho preexistente está íntimamente relacionado con el principio de equivalencia funcional. Como se ha señalado, el núcleo del Derecho del comercio electrónico, se constituye sobre la base de la sólida afirmación de la regla de la equivalencia funcional¹⁸². En efecto, *la equivalencia funcional permite la aplicación práctica del principio de inalteración del derecho preexistente y encuentra su fundamento en el principio de neutralidad tecnológica, porque no puede mantenerse el sistema, si las normas que fueron concebidas bajo circunstancias técnicas distintas, condicionan las nuevas realidades tecnológicas; el análisis histórico de las normas, permite determinar esas circunstancias técnicas del momento de redacción del precepto y las circunstancias sociales cuya regulación pretendía*¹⁸³.

¹⁸⁰ Así, por ejemplo, se ha hecho necesaria la reflexión sobre los fundamentos de la firma y las circunstancias de su empleo, adoptándose el sistema de firma electrónica, Cfr. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p.71. En el mismo sentido Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 51-53

¹⁸¹ Illescas Ortiz, R, Los principios de la contratación electrónica revisados, en Madrid Parra, A. *Derecho patrimonial y tecnología*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 21 y ss.

¹⁸² Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 39.

¹⁸³ Cfr. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 71. Un interesante análisis sobre la firma electrónica, sobre la base de la eficacia del principio de equivalencia funcional, podemos verlo en Cruz Rivero, D., Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita, RCE núm. 60, 2005, pp. 3-121.

2.3. El principio de neutralidad tecnológica

Otro de los principios enumerados en la Ley modelo, es el principio de neutralidad tecnológica. La formulación de este principio se contiene en la Guía para la incorporación al Derecho interno, que acompaña a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996. En esta Guía, se señala que *“en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”*¹⁸⁴.

La Guía pretende dejar constancia de que los medios técnicos, que se contemplan en la Ley Modelo, no suponen una lista exhaustiva de técnicas de comunicación, pues las mismas variarán en función del desarrollo tecnológico. Lo que busca la Guía, es que no se cuestione la aplicación de la Ley modelo cada vez que se desarrollen nuevos sistemas de comunicación¹⁸⁵.

Si se aplica el principio de neutralidad tecnológica en el desarrollo normativo del comercio electrónico, se garantizará la futura aplicación de la Ley de Comercio Electrónico a las tecnologías futuras, manteniendo la certidumbre en la regulación de las nuevas formas de comercio electrónico, basadas en el progreso tecnológico¹⁸⁶.

¹⁸⁴ En la Guía para la incorporación de la LMUCE se señala como parte de los objetivos de la Ley que *“el recurso a los modernos medios de comunicación, tales como el correo electrónico y el intercambio electrónico de datos (EDI), se ha difundido con notable rapidez en la negociación de las operaciones comerciales internacionales y cabe prever que el empleo de esas vías de comunicación sea cada vez mayor, a medida que se vaya difundiendo el acceso a ciertos soportes técnicos como la Internet y otras grandes vías de información transmitida en forma electrónica. Los principios plasmados en el régimen de la Ley Modelo ayudarán además a los usuarios del comercio electrónico a encontrar las soluciones contractuales requeridas para superar ciertos obstáculos jurídicos que dificulten ese empleo cada vez mayor del comercio electrónico”*.

¹⁸⁵ Cfr. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 73.

¹⁸⁶ En la Guía para la incorporación de la LMUCE, en el epígrafe 8, se contempla la interpretación del alcance del principio de neutralidad tecnológica, cuando señala que *“conviene destacar que si bien es cierto que al redactarse la Ley Modelo se tuvo siempre presente las técnicas más modernas de*

De otra parte, en el Preámbulo de la Convención de la CNUDMI, sobre Comunicaciones Electrónicas, se acoge este principio, si bien no de forma expresa, al estimar que *“las normas uniformes deben respetar el derecho de las partes de escoger medios y tecnologías apropiados, teniendo en cuenta los principios de neutralidad tecnológica y equivalencia funcional, siempre y cuando los métodos escogidos por las partes cumplan el propósito de las normas jurídicas pertinentes”*¹⁸⁷.

En efecto, en la LMUCE el principio de neutralidad tecnológica se acepta sin excepciones doctrinales o legislativas. Así, en la Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la CNUUCECI, en el artículo 9, se afirma este principio y lo califica

comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax. En algunos casos, un mensaje en formato numérico expedido inicialmente en forma de mensaje EDI normalizado será transformado, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido a través de una terminal informática o en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI”.

Continúa diciendo que *“una de las características del comercio electrónico es que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación en una terminal informática constituye el rasgo diferencial básico respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel. Todos estos supuestos están previstos por la Ley Modelo, que responde así a la necesidad en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico de poder contar con un régimen coherente que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”.*

¹⁸⁷ Preámbulo de la Convención, párrafo 5º. Este texto resulta esencial para la interpretación del resto del articulado, como señala el Informe de la Secretaría de la CNUDMI en su apartado 44 donde señala que *“el preámbulo tiene la finalidad de exponer los principios generales en los que se basa la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas y que, en virtud del artículo 5, pueden utilizarse para colmar las lagunas que se descubran en ella”.*

de “principio primordial”¹⁸⁸, que supone la no discriminación de ninguna técnica presente o futura de transmisión o archivo de información¹⁸⁹ y se señalan sus manifestaciones en el articulado de la nueva Convención¹⁹⁰.

Se trataba de dejar claro que las técnicas de comunicación contempladas en la Ley Modelo no eran una lista cerrada, pues estas técnicas variarán con el paso del tiempo, como consecuencia del desarrollo tecnológico y la consolidación de las mismas a nivel social. Es decir, la finalidad de estas técnicas es impedir que, ante el desarrollo de nuevas técnicas de comunicación, se establezca la necesidad de reformar la propia Ley Modelo y, en su caso, las normas de los correspondientes

¹⁸⁸ En la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, se aclara el contenido del artículo 9, en el sentido de entender que *“ante el ritmo de las innovaciones tecnológicas, la Convención prevé criterios para el reconocimiento jurídico de las firmas electrónicas independientemente de la tecnología empleada, por ejemplo, las firmas digitales o numéricas basadas en criptografía asimétrica; los dispositivos biométricos (que permiten la identificación de personas mediante sus características físicas, ya sea manualmente o por la geometría de la cara, la lectura de huellas digitales, el reconocimiento de la voz o el escáner de la retina, etc.); la criptografía simétrica, la utilización de PIN (números de identificación personal); la utilización de “muestras” (“tokens”) con el fin de autenticar comunicaciones electrónicas mediante una carta inteligente (smart) u otro dispositivo en poder del signatario; versiones digitalizadas de firmas manuscritas; dinámica de firmas; y otros métodos, como la técnica de pulsar en una “OK-box”.*

¹⁸⁹ Cfr. Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas..., cit., p. 29.

¹⁹⁰ Como señala Pendón Meléndez, M.A., en *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 73, básicamente desde dos frentes: desde la redacción de la Convención, que establecía la necesidad de utilizar una terminología nueva “encaminada a evitar toda referencia a medios técnicos concretos de transmisión o archivo de información” y la proyección material de la Convención, que implicaba de un lado, la no discriminación de ninguna técnica, presente o futura y de otro, la neutralidad de los medios, es decir, que la Convención pretende abarcar todas las situaciones de hecho en que la información se genera, archiva o transmite en forma de comunicaciones electrónicas, independientemente de la tecnología o del medio que se haya utilizado y que las reglas de la Convención son reglas “neutrales”.

ordenamientos nacionales. La correcta aplicación del principio de neutralidad tecnológica garantizaría la futura aplicación de la Ley de Comercio Electrónico de la CNUDMI a las tecnologías futuras y así lo señala la Guía en su epígrafe número 8.¹⁹¹

En España, se formula por vez primera este principio en la Ley de 24 de julio de 1973, reformadora de algunos artículos del Código de Comercio de 1885, referidos a la obligación de contabilidad de los empresarios¹⁹².

¹⁹¹ Cfr. Guía para la incorporación de la LMUCE, cit. epígrafe 8, donde señala que: “*conviene destacar que si bien es cierto que al redactarse la Ley Modelo se tuvo siempre presente las técnicas más modernas de comunicación, tales como el EDI y el correo electrónico, los principios en los que se inspira, así como sus disposiciones, son igualmente aplicables a otras técnicas de comunicación menos avanzadas, como el fax. En algunos casos, un mensaje en formato numérico, expedido inicialmente en forma de mensaje EDI normalizado, será transformado, en algún punto de la cadena de transmisión entre el expedidor y el destinatario, en un mensaje télex expedido a través de una terminal informática o en un fax recibido por la impresora informática del destinatario. Un mensaje de datos puede nacer en forma de una comunicación verbal y ser recibido en forma de fax, o puede nacer en forma de fax, que se entrega al destinatario en forma de mensaje EDI.*”

Una de las características del comercio electrónico es la de que supone el empleo de mensajes programables, cuya programación, en una terminal informática, constituye el rasgo diferencial básico, respecto de los documentos tradicionales consignados sobre papel. Todos estos supuestos están previstos por la Ley Modelo, que responde así a la necesidad, en que se encuentran los usuarios del comercio electrónico, de poder contar con un régimen coherente, que sea aplicable a las diversas técnicas de comunicación que cabe utilizar indistintamente. Cabe señalar que, en principio, no se excluye ninguna técnica de comunicación del ámbito de la Ley Modelo, que debe acoger en su régimen toda eventual innovación técnica en este campo”.

¹⁹² Esta Ley supuso la primera reforma de los artículos 25 y siguientes del Código de 1885, concretamente el artículo 27.2 establece que “*será válida, sin embargo, la realización de asientos y anotaciones contables por cualquier procedimiento idóneo*” y el artículo 29.1 que señala que “*todos los libros y documentos contables deben ser llevados, cualquiera que sea el procedimiento utilizado, con claridad*”. El Código se ha reformado en sucesivas ocasiones, con motivo de la adhesión de España a las Comunidades Europeas de 1985.

Como señala Pendón (2009), el principio de neutralidad tecnológica debe predicarse de todas las soluciones y desarrollos técnicos actuales, en el sentido de entender que *“las normas que se dicten para la regulación del comercio electrónico deben ser aptas, efectivas y eficaces en la regulación de las relaciones electrónicas, con independencia de la tecnología efectivamente utilizada, de entre las disponibles en cada momento, sin que el legislador favorezca, discrimine, desprecie o, simplemente, opte por ninguna de ellas, en particular, en perjuicio de cualquier otra”*.

Por otra parte, el principio de neutralidad tecnológica debe garantizar que cualquier tecnología, actual o futura, quedará sometida al ámbito de aplicación de las normas que se dicten, con ocasión de la regulación del comercio electrónico, es decir, la aptitud de las normas que disciplinan el comercio electrónico, para regular no sólo las tecnologías que existen en el momento en que se formulan, sino también las tecnologías futuras, sin que sea necesario modificar las reglas que disciplinan el comercio electrónico¹⁹³.

En efecto, la abstracción de la norma es garantía de perduración de la misma, por lo que la existencia del principio de neutralidad, en este caso tecnológica, puede verificarse en normas anteriores al fenómeno de la contratación electrónica¹⁹⁴. Este principio no sólo se proyecta sobre el presente, entendiendo que la neutralidad va referida al estado actual de la técnica y en el sentido de que el Derecho no puede discriminar una tecnología frente a otra, de entre las que ofrece el mercado. Se

¹⁹³ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 54. En el mismo sentido, Pendón Meléndez, M.A., La perfección del contrato en derecho privado, cit., p. 72, quien señala que *“de esta forma se aseguraría un cierto periodo de estabilidad legal y, con ello, de certeza y de confianza a propósito de la eficacia de las relaciones y de las técnicas que las articulan, en el presente y en el horizonte de un razonable futuro”*.

¹⁹⁴ Pues, como señala Pendón Meléndez, M.A., en La perfección del contrato..., cit., p. 73, *“los principios de la contratación electrónica no son más que la expresión actual y actualizada de otros principios ya existentes en los ordenamientos”*. En el mismo sentido, Illescas en Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 54, referido a las normas disciplinadoras del comercio electrónico.

proyecta también sobre el futuro, es decir que las normas que se dicten para regular el comercio electrónico deben ser aptas, efectivas y eficaces en la regulación de las relaciones electrónicas futuras, con independencia de la tecnología efectivamente utilizada, de entre las disponibles en cada momento¹⁹⁵.

En el análisis de este principio destaca otro aspecto esencial del mismo, a saber, su eficacia y su proyección sobre el pasado, sobre las normas anteriores al fenómeno del desarrollo de la llamada sociedad de la información¹⁹⁶, permitiendo la revisión de las normas preexistentes que se aplican a las transacciones electrónicas, que se redactaron para regular otras operaciones no electrónicas¹⁹⁷.

Podemos observar, por tanto, que existe una íntima relación entre el principio de neutralidad tecnológica y el principio de inalteración del derecho preexistente, lo que permite que las normas y principios promulgados, en materia de obligaciones y contratos, sean válidos para el comercio electrónico, excluyendo aquellas que supongan discriminación en favor del derecho preestablecido.

No podemos olvidar que la finalidad de este principio es la de aclarar que el comercio electrónico no altera los fundamentos del negocio jurídico, por la irrupción

¹⁹⁵ Cfr. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 74.

¹⁹⁶ En el año 1994, el Consejo Europeo, como complemento al Libro Blanco “Crecimiento, competitividad y el empleo: retos y pistas para entrar en el siglo XXI” de 1993, solicitó a un grupo de expertos la elaboración de un informe que debía contener las medidas necesarias y específicas que debía plantearse la Unión Europea para el establecimiento de unas infraestructuras de telecomunicaciones a lo largo de todo el Continente. El Informe, cuyo coordinador fue Martin Bangemann, llevaba por título: “Europa y la Sociedad Global de la Información. Recomendaciones al Consejo Europeo”. En el “Informe Bangemann” se utiliza por vez primera la expresión sociedad de la información. Por el contrario, Illescas, R. “Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada... nº 27, pp. 3-26, señala que la expresión sociedad de la información es desafortunada, proponiendo la expresión de servicios electrónicos.

¹⁹⁷ Cfr. Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 75.

de las nuevas técnicas de comunicación y de transmisión de voluntades negociales, ni en sus fundamentos ni en su régimen, por lo que solamente se procederá a revisar las normas del derecho de obligaciones y contratos, cuando mantenerlas suponga una discriminación en favor del derecho preestablecido¹⁹⁸.

Ahora bien, como señala Illescas (2009), el principio de neutralidad tecnológica no es fácil de formular en relación con todos los aspectos jurídicos del comercio electrónico. En efecto, en cuanto a la firma electrónica, la Directiva europea sobre firma electrónica no adopta un tratamiento del todo neutral, pues se decanta por establecer preferencia para la firma, basada en la doble clave pública-privada y en la intervención del Prestador de Servicios de Certificación de Firma Electrónica Avanzada. No obstante la Directiva, la LMUFE del año 2001¹⁹⁹ acoge el principio de neutralidad tecnológica, en su artículo 3, cuando señala que *“ninguna de las disposiciones de la presente Ley, con la excepción del artículo 5, será aplicada de modo que excluya, restrinja o prive de efecto jurídico cualquier método para crear una firma electrónica, que cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 1 del artículo 6 o que cumpla, de otro modo, los requisitos del derecho aplicable”*. Si bien la LMUFE no habla sobre los efectos probatorios de las firmas, en función de la tecnología aplicada, es cierto que establece diferentes grados de fiabilidad en su artículo 6²⁰⁰.

¹⁹⁸ Como afirma Pendón Meléndez, M.A., en *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p. 76, *“en el caso particular del derecho de las obligaciones y contratos, cuestionar la validez de sus instituciones básicas, a la luz de las nuevas condiciones de los sistemas de comunicación, es en general, un esfuerzo innecesario y frecuentemente inapropiado”*.

¹⁹⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al derecho interno 2001.

²⁰⁰ *La firma electrónica se considerará fiable, a los efectos del cumplimiento del requisito a que se refiere el párrafo 1, si: a) los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) es posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y d) cuando uno de los objetivos del*

En nuestro país, la Ley de Firma Electrónica de 2003, establece diferente fuerza probatoria a la firma electrónica reconocida, a la firma electrónica avanzada y a la firma electrónica simple²⁰¹.

2.4. El principio de buena fe y la libertad de pacto en el nuevo contexto

La buena fe es otro principio básico del comercio electrónico, que constituye una manifestación de la inalteración del derecho preexistente, como principio fundamental del Derecho de obligaciones y contratos. La regla de la buena fe ya se contempla en las codificaciones en materia civil y comercial desde 1885²⁰².

Así, en el artículo 57 del Código de comercio de 1885 ya se recoge la regla de la buena fe²⁰³, al señalar la exigencia de la buena fe en la ejecución y cumplimiento de los contratos. Como ya se ha señalado, si las normas anteriores al fenómeno de la contratación electrónica, proyectan sus principios y reglas también sobre este nuevo

requisito legal de firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde y es posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

²⁰¹ Así lo señala el artículo 3.8 cuando dice que “*el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica*”.

²⁰² En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de enero de 2008, se dice que el sistema de pago en Internet mediante el uso de las tarjetas de crédito, “*no puede funcionar si no es por el principio de buena fe y las relaciones de confianza entre los intervinientes*”.

²⁰³ Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones.

soporte, la exigencia de la buena fe en las relaciones comerciales, se debe mantener cuando la contratación se produzca de forma electrónica.

No obstante, la desconfianza inicial que ha generado el uso de Internet para las relaciones contractuales, debido en gran parte a la complejidad técnica de su uso, hace que los operadores económicos desconfíen del nuevo soporte. No sólo desconocen su funcionamiento, sino que su utilización no se lleva a cabo por el propio empresario sino por sus empleados, amén del mantenimiento de dichos medios, que normalmente es llevado a cabo por otros agentes. Todo ello genera un clima de incertidumbre, en el que es fundamental la buena fe de todos los participantes en la contratación electrónica²⁰⁴.

En este sentido, la LMUCE formula la exigencia de la buena fe en su artículo 3.1 que señala que *“en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe”*²⁰⁵.

El derecho uniforme del comercio internacional, en materia electrónica, consagra el principio de buena fe en las negociaciones, como afirma la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, cuando, en su artículo 8, señala que *“en la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”*. El principio de la buena fe se consagra, en este

²⁰⁴ Así lo estima alguna sentencia, como la de 21 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Soria, que señala que el sistema de pago en Internet, a través de la tarjeta de crédito, *“no puede funcionar, si no es por el principio de buena fe y las relaciones de confianza entre los intervinientes”*.

²⁰⁵ En el mismo sentido se expresa la LMUFE que en su artículo 4 señala que *“en la interpretación de la presente Ley se tendrán en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe”*. También la CNUUCECI en su artículo 3.1.

texto, como principio básico para la interpretación y ejecución de los contratos de compraventa internacional²⁰⁶.

Así, se observa que la buena fe preside el comercio internacional, tanto si el intercambio de bienes y servicios se haya convenido de forma verbal, escrito o mediante procesos electrónicos. Es irrelevante el soporte en el que se hayan producido la formación, ejecución y consumación del contrato, en todo caso, la buena fe rige los intercambios internacionales de bienes y servicios.

En cuanto a la reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio en el nuevo contexto, hay que señalar que es una manifestación más del principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones privadas, cuando se contraen por vía electrónica²⁰⁷. En gran parte de los sistemas jurídicos afines al nuestro, existe una norma que garantiza la libertad de contratación, con los límites impuestos por la Ley. Este principio queda enunciado en el artículo 1.1 de los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado²⁰⁸, así como en el artículo 4.1 de la Ley Modelo de Comercio Electrónico (LMUCE) cuando señala que *“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*

²⁰⁶ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 59.

²⁰⁷ Un profundo estudio sobre la autonomía de la voluntad privada en la contratación podemos encontrarlo en: Soro, O. *El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual*. Universidad Complutense de Madrid. Madrid 2007.

²⁰⁸ UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit, Roma 2004. Artículo 1.1. Libertad de contratación *“Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido. El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”*.

disposiciones del capítulo III podrán ser modificadas mediante acuerdo”.

En estas normas se reconoce la libertad contractual, en cuya virtud las partes podrán convenir los efectos entre ellas de sus relaciones contractuales, quedando la LMUCE y la legislación española relegadas al valor de normas supletorias, cuando los contratantes hayan decidido su exclusión por otras reglas diferentes o de propia creación, mejor avenidas a las finalidades perseguidas por ellos²⁰⁹.

No obstante, la libertad de pacto tiene excepciones que encuentran su fundamento principalmente en razones de orden público. En este sentido, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, recogen esta idea en el comentario al artículo 1.1, cuando señala: *“existen algunas excepciones al principio enunciado en este artículo. En cuanto atañe a la libertad para celebrar contratos con cualquier persona, razones de interés público, pueden llevar a un Estado a excluir la libre competencia en ciertos sectores económicos. En estos casos, los bienes o servicios de que se trate, sólo pueden adquirirse de un proveedor, generalmente una entidad pública, que puede o no estar obligada a celebrar un contrato con quien se lo solicite y dentro de ciertos límites de disponibilidad de bienes o servicios”.*

En lo que respecta a la libertad para determinar el contenido del contrato, en primer lugar, los mismos principios incluyen disposiciones que las partes no pueden derogar²¹⁰. Como señala Illescas (2009), estas excepciones se refieren a cuatro grandes apartados: excepciones de carácter general, en materia de confidencialidad de los datos electrónicos intercambiados con fines negociales, que no son negociables en la Unión Europea ni en algunos países con terceros²¹¹; las

²⁰⁹ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 61.

²¹⁰ UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit, Roma 2004. Comentario al artículo 1.1. Excepciones de orden público que se observan en el artículo 1.5

²¹¹ En este sentido vid, Madrid Parra, A., Contratación electrónica y protección de datos personales, RCE nº 94, junio 2008, p. 3 y ss. También ver: Illescas Ortíz, R “La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato”.

excepciones referidas al régimen de responsabilidad contraída por las partes relacionadas electrónicamente y su disponibilidad contractual: no siempre ni en cualquier género de relación pueden las partes convenir sobre su responsabilidad²¹²; las excepciones relativas a la libertad empresarial de establecimiento, como Prestador de Servicios de Certificación de las firmas electrónicas y las referidas al reconocimiento nacional de firmas certificadas por dichos prestadores, establecidos en estados distintos de aquél en el que la firma pretende producir sus efectos y las restricciones en orden al establecimiento y reconocimiento de firmas electrónicas certificadas en el extranjero²¹³.

Hay que tener en cuenta, que las excepciones al principio de libertad contractual pueden suponer un exceso de regulación que pueden entorpecer el comercio electrónico. Existen diferentes posturas ante el principio de libertad contractual en el ámbito electrónico, que van desde quienes lo defienden, basándose en que en este tipo de comercio es suficiente la autorregulación (esencialmente las empresas involucradas en el comercio electrónico, como el Global Business Dialogue on Electronic Commerce, foro mundial de estas empresas), a quienes defienden que es

Derecho de los Negocios, 1992, nº 16, p.7.

²¹² Así lo vemos en el artículo 1 de la LMUFE, cuando se dice que *“la presente Ley será aplicable en todos los casos en que se utilicen firmas electrónicas en el contexto de actividades comerciales. No derogará ninguna norma jurídica destinada a la protección del consumidor”* y en el artículo 5 del mismo cuerpo legal.

²¹³ La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 1999, por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica, recogía en su artículo 7, una serie de condiciones para que los certificados expedidos al público, como certificados reconocidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en un tercer país, fueran reconocidos como jurídicamente equivalentes a los expedidos por un proveedor de servicios de certificación establecido en la Comunidad (actualmente derogada por el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE).

mejor establecer una regulación global que múltiples regulaciones locales, desconectadas entre sí o quienes se oponen al principio de libertad contractual, porque entienden que debe ser el Derecho quien cree las condiciones idóneas para que el comercio electrónico se desarrolle²¹⁴.

3. La contratación electrónica

El régimen jurídico de los contratos que se realizan y se llegan a perfeccionar a través de la Red, exige que algunas cuestiones relacionadas con el valor jurídico, la seguridad y la prueba de este tipo de contratos, se planteen como cuestiones relevantes para el estudio de la figura del contrato electrónico.

La incorporación de las tecnologías de la información y de la comunicación al mundo de los contratos, se ha convertido en una realidad en la que las transacciones económicas se realizan a través de los medios electrónicos y su uso por los consumidores y usuarios se ha generalizado, por lo que el Ordenamiento jurídico ha tenido que adaptarse, sin quebrantar lo sustancial del Derecho privado preexistente²¹⁵.

Ahora bien, utilizar medios electrónicos para la formación de la voluntad contractual, no interfiere en el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, de ahí que se sigan aplicando a este tipo de contratos, las disposiciones generales recogidas en las normas generales, sin perjuicio de las normas reguladoras de los mismos. Por tanto, se hace necesario estudiar la figura del contrato electrónico, para conocer las implicaciones de esta nueva forma de contratación, que ha supuesto una revolución en el mundo jurídico y que acabará imponiéndose frente a la contratación tradicional.

²¹⁴ Berning, A. "Derecho de la contratación electrónica", Noticias jurídicas, junio 2008.

<http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho%20Informatico/200806-84597852231456.html>

²¹⁵ De Miguel Asensio, P.A. Derecho Privado de Internet, 4ª edición, pp. 801-802.

3.1. El contrato electrónico

Internet es un sistema abierto, caracterizado por la ausencia de acuerdos bilaterales previamente negociados (como en el caso del EDI) y entre partes que no mantienen relaciones comerciales estables, es decir, los contratos celebrados entre los empresarios y los consumidores. Internet no ofrece la seguridad y fiabilidad de las transacciones realizadas mediante EDI. En Internet, la contratación suele realizarse mediante una página web (WWW: Word Wide Web) o mediante el correo electrónico (e-mail). Para acceder a la información o a los servicios que se ofrecen en Internet, se debe haber contratado el uso de un ordenador conectado a Internet²¹⁶.

En los últimos años, se ha desarrollado una nueva forma de contratación, la electrónica, que utiliza, a diferencia de la contratación tradicional, procedimientos electrónicos en la celebración de los contratos. Este nuevo tipo de contratación ha generado importantes ventajas, tanto para los empresarios, como para los consumidores²¹⁷.

²¹⁶ En este caso, la contratación se realiza mediante el contacto interactivo con un sitio web, rellenando por parte del usuario, un formulario elaborado por el proveedor, o mediante un simple click aceptando la propuesta. En el caso del correo electrónico, la contratación se realiza mediante un procedimiento de almacenamiento y reenvíos de mensajes, desde el ordenador del empresario al ordenador del consumidor. Una vez que el empresario escribe el mensaje, éste se transmite al destinatario, quedando almacenado en su buzón y pudiendo dar respuesta cuando quiera.

²¹⁷ Para una definición de la contratación electrónica y sus ventajas vid. Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE, aprobado por la Comisión Europea el 18 de octubre de 2010. En este libro se ofrece la siguiente definición de contratación electrónica: *La contratación electrónica es un término general utilizado para designar la sustitución de los procedimientos basados en soporte de papel por el tratamiento y la comunicación mediante TIC a lo largo de toda la cadena de contratación pública. Supone la introducción de procedimientos electrónicos para sustentar las distintas fases del proceso de contratación, es decir, publicación de los anuncios de licitación, suministro del pliego de condiciones, presentación de ofertas, evaluación, adjudicación, pedido, facturación y pago.*

Como señala Fernández Pérez (2010), “*se trata, en definitiva, de un nuevo modelo de hacer negocios, un proceso especial de contratación que difiere tanto de la tradicional negociación y formalización de los contratos con la presencia física de los contratantes y de la también conocida contratación a distancia*”²¹⁸.

Ahora bien, se hace necesario establecer en qué consiste la contratación electrónica antes de dar paso al estudio de los contratos electrónicos. En un sentido amplio, podemos definir la contratación electrónica como aquella en la que se emplean medios de comunicación electrónicos²¹⁹. Acorde con esta definición, el ámbito de la contratación electrónica alcanzará a cualquier operación que en cualquier de sus fases, utilice medios de carácter electrónico²²⁰. Por ello, acotando más el término, podemos definir la contratación electrónica como aquella en la que los contratos se concluyen a través de medios de comunicación electrónicos²²¹. Por tanto, si la contratación no se celebra a través de medios de comunicación electrónicos, no estaremos ante un contrato electrónico, aunque el pago se efectúe por medios electrónicos (por ejemplo a través de una Transferencia Electrónica de Fondos)²²².

²¹⁸ Fernández Pérez, N. (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, p. 182.

²¹⁹ Fernández Albor-Baltar, A. (2000) Aspectos jurídicos de comercio electrónico en *Derecho Tributario e Informática*. Editorial Tirant Lo Blanch Valencia, p. 53.

²²⁰ Un estudio detallado sobre las clases de contratos electrónicos, lo podemos encontrar en Menéndez Mato, J. C., (2005) *El contrato vía Internet*, Capítulo II. Ediciones J. M. Bosch.

²²¹ Lasarte describe los contratos a distancia, cuando dice: “*los contratos realizados a distancia pueden ser descritos como un modo particular de negociación, distribución o contratación, en el cual el mensaje impreso o transmitido a distancia constituye el mecanismo principal para ofrecer los productos o los servicios a una clientela indeterminada y potencial de futuros consumidores*”. Lasarte Álvarez, C., (2003) en su obra *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Madrid. Editorial Dykinson, p. 207.

²²² A tenor de esta regulación, los contratos electrónicos se definirían como *aquellos que se celebran sin la presencia física simultanea de las partes, las cuales utilizan un medio de comunicación a*

Es decir, que para calificar un contrato de electrónico es esencial que se elabore y perfeccione, a través del concurso de la oferta y la aceptación, por medios electrónicos. Será el medio a través del cual se perfeccione el contrato el que caracterice al contrato de electrónico²²³.

Como ya hemos señalado anteriormente, los contratos electrónicos se encuentran sometidos a las normas generales de contratación existentes en nuestro derecho. Así, en estos contratos deberán hallarse los elementos esenciales que determinan la existencia de cualquier contrato²²⁴. Porque, como señala el artículo 1261 del Código civil, *“no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca”*.

Por tanto, el fundamento de la contratación electrónica se encuentra en las normas que regulan la contratación tradicional, a través de la concurrencia de la oferta y de la aceptación, que se establecen en nuestro Código Civil y Código de Comercio, es decir, que los contratos se perfeccionan, en Derecho español, por la simple concurrencia de la oferta y la aceptación sobre los elementos esenciales del negocio jurídico²²⁵.

distancia de índole tecnológica o con la intervención de redes de telecomunicación, tanto en las fases anteriores formativas, como en la propia celebración del contrato, en Fernández Fernández, R.(2013) en *El contrato electrónico, formación y cumplimiento* J.M. Bosch Editor, p. 42.

²²³ Arias Pou, M., Manual práctico de Comercio Electrónico, cit. p. 172.

²²⁴ Fernández Albor-Baltar, A. (2000) Aspectos jurídicos de comercio electrónico, en *Derecho Tributario e Informática*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, p. 53.

²²⁵ Plaza Penadés, señala que *“la contratación electrónica es una actividad englobada en el comercio electrónico y referida a una modalidad de contrato cuya peculiaridad es su perfección de modo electrónico”*, en *Los principales aspectos de la ley de servicios de la Sociedad de la información y comercio electrónico*, en Campuzano Laguillo, A.B. y Plaza Penadés, J., (2002) Contratación y comercio electrónico, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 50-58. También, Cavanillas Múgica, S.,

En nuestro ordenamiento, antes de la aprobación de la LSSICE, ya se admitía la eficacia obligatoria de las declaraciones emitidas por cualquier medio de comunicación (teléfono, telex, fax y correo electrónico), por lo que la Ley sólo viene a reforzar este planteamiento al señalar, en su Anexo, en la letra h, que el contrato electrónico es *“aquél 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”*²²⁶.

La diferencia con el contrato no electrónico, radica en que el medio para emitir las declaraciones de voluntad necesarias para perfeccionar el contrato, se realizan a través de medios electrónicos, diferentes a los utilizados en la contratación tradicional. De ahí que la contratación electrónica exija una ordenación específica, que contemple la problemática específica de este tipo de contratación, estableciendo una serie de reglas que proporcionen seguridad jurídica a las partes que intervienen en la misma²²⁷.

(1999) *La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 4, p. 436.

²²⁶ Anexo h de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

²²⁷ Fernández Fernández, R., (2013), en *El contrato electrónico*, cit, pp. 47 y ss., señala, a modo de conclusiones: *“las siguientes premisas comunes a todos ellos, independientemente del medio tecnológico empleado:*

Son acuerdos de voluntades, en los que deben concurrir los elementos esenciales del negocio jurídico para considerarse válidos en virtud del ordenamiento jurídico español. Este es el único requisito que comparten con los contratos entre presentes, de lo que se deduce su esencialidad.

Son contratos consensuales, dado que para que sean válidos, como hemos dicho, es imprescindible y también suficiente que concurra efectivamente la voluntad de las partes como expresión del consentimiento válidamente prestado.

Requieren el intercambio efectivo de oferta y aceptación del contenido del contrato electrónico entre

Conviene establecer la diferencia entre los llamados contratos informáticos y los contratos electrónicos. Por medio del contrato informático el cliente adquiere de su proveedor de bienes o servicios informáticos, normalmente, a título de compraventa o Leasing, bienes materiales (hardware) o programas informáticos (software), aunque también se incluyen los servicios de mantenimiento de los equipos y programas así como servicios de formación²²⁸.

Aunque al principio la mayoría de los contratos que se celebraba en Internet recaía sobre bienes, productos y servicios relacionados con el sector de las

las partes del mismo. A partir de ello podríamos plantearnos el incluirlos o no dentro de la categoría de contratos de adhesión, en especial en los contratos web.

La conclusión de esta tipología de contratos –es decir, esa transferencia de oferta y aceptación– se produce con ocasión de la utilización de equipos electrónicos, que permiten el tratamiento y el almacenamiento de información y que permiten la comunicación entre las partes contractuales a través de redes de telecomunicaciones. Ésta nota es la clave del concepto del contrato electrónico, pues es la que lo dota de significado propio y la diferencia de todos los demás tipos de contratación. No se puede incluir dentro del concepto de contrato electrónico un contrato que no se hubiera perfeccionado gracias a medios tecnológicos.

²²⁸ Carrascosa López, V. Pozo, Mª A y Rodríguez de Castro, E., (2000) La Contratación informática: el nuevo horizonte contractual. los contratos electrónicos e informáticos, 3ª Edición Editorial Comares, Granada, p. 109, afirma que “la clave para determinar si estamos ante un contrato informático es atender a su objeto, que siempre deberá recaer sobre bienes y servicios relacionados con la informática,... entendiendo por tales,... todos aquellos elementos que forman el sistema –ordenador- en cuanto al hardware, ya sea la unidad central del proceso o sus periféricos, y todos los equipos que tienen una relación directa de uso con respecto a ellos y que, en su conjunto, conforman el soporte físico del elemento informático, así como los bienes inmateriales que funcionan las órdenes, datos, procedimientos e instrucciones en el tratamiento automatizado de la información y que, en su conjunto, conforman el soporte lógico de elemento informático. Los servicios informáticos serían todos aquellos que sirvan de apoyo y complemento a la actividad informática”. En el mismo sentido, Aparicio Vaquero, J.P., (2002) La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información. Colección Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 2, Editorial Comares, Granada pp. 5-7. Sobre estos contratos ver también Davara Rodríguez, M.A., Manual de Informática Jurídica. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

comunicaciones, actualmente la contratación informática tiene un ámbito material más reducido, pues trata sobre los bienes o servicios relacionados con la informática, mientras que en la contratación electrónica el objeto del contrato puede tener distinta naturaleza. Como señala Illescas (1997), los contratos informáticos se pueden encuadrar dentro de los contratos electrónicos cuando tengan por objeto bienes inmateriales, de propiedad industrial o intelectual, y siempre y cuando su contratación y/o entrega se realice por medios electrónicos²²⁹.

La normativa que regula el comercio electrónico no nos ofrece un concepto claro de contrato electrónico. En la Directiva de comercio electrónico, en el apartado de definiciones, no se encuentra un concepto del contrato electrónico. En el artículo 9 se señala que *“Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual, no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos, en razón de su celebración por vía electrónica”*.

Por su parte, la LSSICE, tan sólo en el apartado h) del Anexo contiene una definición de contrato electrónico, al que considera como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*.

Para concretar este tema, vamos a hacer una breve referencia a diversos elementos conceptuales que intervienen en el Derecho del comercio electrónico.

Consideraremos, en primer lugar, el mensaje de datos electrónico²³⁰, que se

²²⁹ Illescas Ortiz, R., (1997) *El comercio electrónico internacional: su gobierno*, Revista Jurídica del Perú, nº 12, p. 203.

²³⁰ Traducción al español de la expresión *data message* DM.

encuentra definido en el artículo 2.a de la LMUCE, que señala que *“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”*.

Hay que señalar que el mensaje de datos es información, y que las declaraciones de información, en el marco del comercio electrónico, pueden ser tanto de voluntad, de ciencia, como de conocimiento, por lo que deberá tenerse en cuenta, para su concreción, la intención de quien genera dicha información y la firma. El mensaje de datos deberá ser tratado, como señala la LMUCE por medios electrónicos, ópticos o similares y su finalidad deberá ser generar, enviar, recibir, archivar o comunicar información²³¹.

En este sentido, la LSSICE española señalaba, en el Anexo, apartado a.4, que *“no tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex”*. En efecto, el uso del telegrama ha quedado prácticamente desfasado en el campo de la contratación mercantil a distancia, por lo que se puede decir que el telegrama no constituye un soporte del mensaje de datos electrónico²³², aunque este apartado se deroga por Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Otro dato a tener en cuenta es que el mensaje de datos es bilateral, en el sentido de que conlleva la existencia de dos partes, el emisor y el destinatario del mismo. Como señala Illescas (2009), *ambas partes deben estar en condiciones técnicas de acceder y eventualmente tratar el mensaje*. La decisión de utilizar la vía electrónica corresponde al emisor²³³, bien porque previamente así lo ha convenido con el

²³¹ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 70.

²³² Lo que no quiere decir que no se pueda utilizar, sino que si se utiliza en la contratación se aplicará el régimen del código de comercio y no el de la LSSICE.

²³³ Ya hemos señalado que la LSSICE, en su artículo 23.2 dice que *“para que sea válida la*

destinatario, bien porque el emisor conoce la capacidad de recepción del mensaje por su destinatario²³⁴. De ahí que no podamos hablar de bilateralidad del mensaje de datos, cuando la información, de forma unilateral, se trata electrónicamente con una finalidad distinta a la transmisión²³⁵.

En segundo lugar, nos vamos a referir brevemente a los sistemas de información, ya que será a través de ellos como se genera la información prenegocial y negocial que llega a los destinatarios. En la LMUCE encontramos una referencia a estos sistemas, en el artículo 2.f, cuando señala que *“por sistema de información se entenderá todo sistema utilizado para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma mensajes de datos”*. La CNUUCECI, en su artículo 4.f ofrece la misma

celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos”.

²³⁴ Por ejemplo, la entrega de una tarjeta de visita con una dirección de correo electrónico. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 17 de mayo de 2007, en Diario La Ley de 7 de diciembre de 2007.

²³⁵ Como, por ejemplo, cuando se archiva de manera electrónica una carta o se realiza una copia electrónica de un mensaje (back up). Otro ejemplo es la llevanza de la contabilidad por medios electrónicos, práctica precursora del comercio electrónico, pues se trata de información generada por estos medios que carece de destinatario y no está destinada a la comunicación; de ahí que en determinadas legislaciones se haya preferido utilizar el término “Electronic records” para referirse a estos supuestos. En este sentido la “Singapore Electronic Transactions Act 1998” define, en su artículo 2 al “Electronic record” como “a record generated, communicated, received or stored by Electronic, magnetic, optical or other means in an information system or for transmisión from one information system to another”. También la Ley española 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en su artículo 5.1 (modificador del artículo 3.5.1. de la Ley de Firma Electrónica) señala que *“se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en las letras a) o b) del apartado siguiente y, en su caso, en la normativa específica aplicable”*.

definición²³⁶. También la Legislación española hace referencia a la expresión sistemas de información en varias de sus normas²³⁷.

Podemos entender el sistema de información como *todo instrumento o combinación de instrumentos materiales e inmateriales, idóneos para la utilización de los mensajes de datos, a los efectos de los diversos objetivos que la Ley o las partes requieran, generación, envío, archivo o procesamiento con otra finalidad pertinente*²³⁸. Por tanto, podemos señalar que cualquier medio técnico que se utilice para transmitir, recibir o archivar información puede considerarse un sistema de información.

Una vez hecha la referencia a esos elementos conceptuales del derecho del comercio electrónico, nos vamos a centrar en el contrato electrónico, entendido como aquel que se celebra o perfecciona por medios electrónicos, incluyendo los contratos celebrados por medio del teléfono, del telex, del fax, aunque en sentido estricto, se consideran como tales los que se celebran mediante el uso de ordenadores a través de una red telemática, consistiendo tal diálogo en la transmisión electrónica de datos y documentos²³⁹.

²³⁶ Por “sistema de información” se entenderá todo sistema que sirva para generar, enviar, recibir, archivar o procesar de alguna otra forma comunicaciones electrónicas.

²³⁷ En este sentido, la Ley de firma electrónica, en sus artículos 20, 24 y 25 o la Ley 32/2003, de 3 de noviembre de 2003 General de Telecomunicaciones en los puntos 10 y 25 de su Anexo.

²³⁸ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 108.

²³⁹ Vid. Clemente Mero, M. (2000) *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, Revista de Derecho Patrimonial, nº. 4, pp. 59-62. En el mismo sentido, Domínguez Luelmo, A. *Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico*, RCDI, núm. 660, Jul.-Ago. 2000, pp. 2327 y ss., se refiere al comercio electrónico como las transacciones comerciales electrónicas desarrolladas a través de mecanismos que proporcionan las nuevas tecnologías de la comunicación.

La LSSICE habla de contrato celebrado por vía electrónica o de contrato electrónico como *“todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”*. Lo fundamental de este tipo de contrato es que su perfeccionamiento tiene lugar a distancia, sin la inmediatez que resulta de la presencia física de las partes que emiten sus declaraciones de voluntad. De ahí que sea necesario que el prestador del servicios y el destinatario²⁴⁰ estén conectados a redes o medios electrónicos en general y a Internet en particular²⁴¹.

Como hemos señalado, los contratos electrónicos quedan sometidos a las normas generales de la contratación existentes en nuestros códigos y en la legislación especial, en su caso. De ahí que no podamos hablar de contrato electrónico si no concurren los elementos esenciales de la existencia de todo contrato, es decir, los requisitos exigidos por el artículo 1261 del Código civil, que deberán estar presentes en los contratos electrónicos, aunque acomodados a las peculiaridades derivadas de la utilización de medios electrónicos²⁴², pues como señala el artículo 1254 del Código civil existe contrato, en este caso electrónico, *“desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de una u otras, a dar alguna cosa o*

²⁴⁰ Como señala la LSSICE: el prestador de servicios o prestador es la “persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información”, mientras que el destinatario del servicio o destinatario es la “persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información”.

²⁴¹ *Los contratos así concluidos producen efectos siempre que concurren todos los requisitos de validez previstos en la propia ley así como en el resto de normativa civil o mercantil, en especial la de protección del consumidor y ordenación de la actividad comercial general*, en Domínguez Cabrera, M. P., (2003-2004) *El perfeccionamiento del contrato electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* en Revista de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, ISSN 1137-0912, Nº 8-9, p. 54.

²⁴² En este sentido, Albor Baltar, A. (2001) “Aspectos jurídicos del comercio electrónico”, en *Comercio electrónico en Internet*. José Antonio Gómez Segade, director; Ángel Fernández-Albor Baltar y Anxo Tato Plaza, coordinadores. Madrid. Marcial Pons.

*prestar algún servicio*²⁴³. Parece claro que, como señala Perales (2002)²⁴⁴, los contratos perfeccionados electrónicamente entran dentro de la categoría de los contratos a distancia, que se definen en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia como *“todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios, celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia, hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato*²⁴⁵.

²⁴³ Ver Botana, García, G.A., (2010). De nuevo a vueltas con la protección de los consumidores y usuarios en: *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, ISSN 1696-0394, N°. 86, pp. 5-16.

²⁴⁴ Perales Viscasillas, M.P. (2002). *Formación del contrato electrónico*, en Régimen jurídico de Internet. Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley, p.880. En el mismo sentido, Perales Viscasillas, M.P. (2001). *Forma del contrato* en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Gema Botana García (coordinación). Editorial La Ley Madrid, pp. 159.

²⁴⁵ En palabras de Hernández Jiménez (2005) tres son los aspectos más destacables de la influencia de los medios electrónicos en el ordenamiento jurídico: la rapidez e inmediatez de las comunicaciones; la seguridad, confidencialidad y autenticación; y el carácter transnacional de las transacciones electrónicas. Según este autor, *“estamos ante un nuevo escenario para las relaciones comerciales en el que los contratos electrónicos se conciben como una forma más de contratación entre ausentes, a los que les serán aplicables las reglas generales de perfección de los contratos, teniendo en cuenta que en estos contratos, la prestación del consentimiento se produce de forma inmediata, sin lapso de tiempo apreciable entre oferta y aceptación”*. Por otra parte señala que *“uno de los factores críticos para el desarrollo del comercio electrónico, especialmente en la esfera de los consumidores, es que sea capaz de garantizar unos niveles de seguridad suficientes a los actores y de garantizar a los mismos una suficiente confianza para realizar transacciones a través de medios electrónicos, mediante la firma electrónica y la certificación.”* Por último, habla del carácter transnacional de las transacciones electrónicas, lo que exige la adaptación del Ordenamiento jurídico a los nuevos problemas. Ver en Hernández Jiménez-Casquet, (2005) F. El marco jurídico del

3.2. Naturaleza jurídica del contrato electrónico

Es sabido que las ventajas en la realización de negocios electrónicos son varias. De un lado, se reducen los costes operativos de las transacciones, ya que no existen intermediarios; de otra parte, desaparece el papel con el consiguiente ahorro, y finalmente, suponen un ahorro de tiempo debido a la automatización de la información, pues las empresas operan a escala mundial las 24 horas del día, los 365 días del año, y los productos están a disposición del cliente de forma inmediata sin importar el lugar donde se encuentra, generándose nuevas oportunidades de negocios, tanto para los consumidores y usuarios como para los empresarios²⁴⁶.

Ahora bien, para entender este nuevo fenómeno, se hace preciso determinar la naturaleza de tales contratos. Esta nueva modalidad de venta se ha estudiado desde varias perspectivas, pasando de su encuadramiento en el marco del Derecho administrativo, dentro de la Ley del comercio minorista, a su ubicación en la normativa de protección de los consumidores, recogiendo en la LGDCU.

comercio y la contratación electrónicos, en Principios de Derecho de Internet, p. 122

²⁴⁶ Por su parte, el profesor Davara Rodríguez, ha sostenido que la formación de un contrato, utilizando los medios de comunicación actuales, debe analizarse desde tres puntos de vista: el grado de inmediatez, la calidad del diálogo y la seguridad. En el primero de los puntos, señala que hay que distinguir entre la contratación realizada por teléfono o por teleconferencia y las demás contrataciones por medios electrónicos, fax o correo electrónico, que deben entenderse como efectuadas por correspondencia y a las que se aplican las normas de los contratos entre ausentes. Desde el punto de vista de la calidad del diálogo, este profesor entiende que sólo el teléfono y la videoconferencia permiten un verdadero diálogo, por cuanto los demás modos de formación de la voluntad emitida electrónicamente, deben interpretarse como un intercambio de información en un diálogo de diferente calidad y desde esta visión concibe a los contratos electrónicos como contratos celebrados entre ausentes. Por último, desde el punto de la seguridad, afirma que estamos ante contratos entre ausentes, pues el riesgo de alteración de la voluntad emitida electrónicamente es mayor que en los contratos entre presentes. Davara Rodríguez, M. A., (1993) Derecho Informático, Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 184.

También se ha tenido en cuenta la especialidad de esta modalidad de venta frente a los tradicionales sistemas de contratación. Los contratos por vía electrónica entran dentro de las categorías en las que se pueden dividir los contratos a distancia²⁴⁷. Estamos ante una nueva modalidad de contratación a distancia que requiere unas consideraciones especiales, que tienen relación con la expresión del consentimiento, la producción de sus efectos y los medios de comunicación, entre otros²⁴⁸.

En cualquiera de las perspectivas dentro de las que se enmarque esta modalidad de comercio, lo cierto es que tanto en la LOCM como en la LGDCU, así como en la Directiva 97/7, la circunstancia a tener en cuenta en su regulación es la posición de inferioridad en la que se encuentra la parte más débil del contrato, esto es, el consumidor²⁴⁹.

Como señala Botana (2014), la contratación a distancia se desarrolla en tres etapas fundamentalmente. En la primera, el consumidor recibe la oferta del producto o del servicio a través de una descripción escrita, visual u oral, con indicación del precio y del resto de las condiciones mediante una técnica de comunicación a distancia, en segundo lugar, el consumidor, después de reflexionar, hace el pedido utilizando también una técnica de comunicación a distancia y, finalmente, recibe, en la

²⁴⁷ En particular, vid. Botana, García, G.A., (2001) Los contratos a distancia y la protección de los consumidores en *Derecho del Comercio Electrónico*, Isabel Ramos Herranz (coord.), Rafael Illescas Ortiz (dir.). Editorial Wolters Kluwer. Madrid, pp. 283 y ss. En el mismo sentido, Juste Mencía, J. (1997) Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo (algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997) (pp. 283 y ss). La Ley 1997-6, D-339.

²⁴⁸ Sanz Viola, A. "Contratación Electrónica", AC, 2001, p.645. Como señala Uría, R. Menéndez, A. (1999). *Curso de Derecho Mercantil* (p. 35). Madrid: Editorial Tecnos, "la revolución industrial primero y la revolución postindustrial e informática después han influido extraordinariamente en el Derecho Mercantil contemporáneo".

²⁴⁹ Botana García, G.A., *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, Actualidad Civil, nº 2, Febrero 2014, tomo 1, Editorial La Ley, p. 3.

dirección facilitada al efecto, el producto o servicio, sin que, en ningún momento se produzca la presencia física simultánea del consumidor y del empresario²⁵⁰. De ahí que hablemos de contratos celebrados a distancia.

Y, en este sentido, podemos citar, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que asumió, entre otros, el reto de impulsar la modernización de los sistemas de distribución en España, debido a los avances tecnológicos, entre los que se encontraban las ventas a distancia²⁵¹. Por su parte, el artículo 2.4 de la Directiva 97/7, se refería a las técnicas de comunicación a distancia como “*todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor*”²⁵².

²⁵⁰ Sobre el régimen de las operaciones a distancia y el derecho al desistimiento, ver: Pendón Meléndez, M. A., (2008) Reflexiones críticas del régimen legal de las operaciones a distancia tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Derecho de los negocios, nº 209, La Ley, pp. 5-34. En el mismo sentido, Moreno Navarrete, M. A., (2002) *Derecho-e. Derecho del comercio electrónico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 10.

²⁵¹ “*Las celebradas sin la presencia física simultánea del comprador y del vendedor, transmitiéndose la propuesta de contratación del vendedor y la aceptación del comprador por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza*” (artículo 38 LOCM, en su redacción original. Este artículo ha sido derogado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

²⁵² Para un estudio sobre las reflexiones doctrinales que mereció el precepto en su redacción original, ver por todos Bercovitz Rodríguez-Cano, R., “Artículo 38”, en AA.VV., *Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista, Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa, Madrid, 1997, pp. 666 a 681. También Pendón Meléndez, M.A., (2009) *La perfección del contrato en derecho privado*. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 144.

En nuestro Ordenamiento jurídico, existía una dualidad normativa, en la regulación del régimen de las operaciones a distancia: de un lado la LOCM y de otro, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, la LGDCU, reformada a consecuencia de la incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 97/7CE, de 20 de mayo de 1997²⁵³. Por ello podíamos observar una doble regulación de las ventas a distancia; por una parte, el artículo 38 de la LOCM, que se aplicaría exclusivamente a las ventas a distancia celebradas entre empresarios, y, por otra parte, los artículos 92 y siguientes de la LGDCU que se aplicarían a toda actividad empresarial, entre empresarios y consumidores que se establezca, por virtud de un contrato celebrado a distancia.

Habrá que esperar a 2011, año en se aprueba la Directiva 2011/83/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Esta Directiva deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en materia de consumidores.

²⁵³ La Directiva 97/7/CE (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores) establecía un plazo de tres años para su transposición a los ordenamientos nacionales —y la correspondiente comunicación de los extremos de dicha transposición a la Comisión—[126]. Ese plazo fue incumplido por el estado español que, aunque estaba obligado (con los demás miembros de la Unión Europea) a incorporar la Directiva a nuestro Ordenamiento antes del 5 de junio de 2000, aprobó la indicada modificación de la LOCM (por virtud de la Ley 47/2002) con dos años y medio de retraso respecto del plazo exigido. El referido retraso del Reino de España motivó la presentación de una demanda ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas, que fue resuelta por sentencia de 28 de noviembre de 2002. En la referida sentencia el Tribunal de Justicia resolvió declarando que *“el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la mencionada Directiva”*.

La Directiva 2011/83/UE se limita a definir los contratos a distancia como *“todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo”*.

La Directiva modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Como señala en su Exposición de Motivos, *“la directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”*.

Así, en nuestro país se publica la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y que supone un reforzamiento de la información al consumidor y usuario, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual, exigibles en los contratos con consumidores y usuarios que, en el caso de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario, han sido objeto de plena armonización por parte de la directiva. Además, la Ley deroga los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, por lo que desaparece la doble regulación de los contratos a distancia.

Ya hemos señalado que podemos considerar al contrato electrónico como una subespecie del contrato a distancia²⁵⁴, dado que las ofertas de contrato se encuentran en la red esperando que el consumidor, que se encuentra en línea, las acepte²⁵⁵. En efecto, el comercio electrónico es una actividad económica que se desarrolla entre operadores que se encuentran separados físicamente, por lo que se debe hablar de contratación a distancia, con independencia de la rapidez de las telecomunicaciones.

La expresión de la voluntad negocial no concurre simultáneamente, a diferencia de lo que sucede en la contratación tradicional (telefónica o verbal) ya que, en primer lugar, se produce el envío del mensaje de datos, seguidamente, éste debe ser conocido por el destinatario y finalmente, el destinatario debe enviar su propio mensaje de datos aceptando o no la oferta. Además, la contestación al mensaje de datos que conlleva la oferta no tiene que ser inmediata²⁵⁶.

El contrato electrónico utilizará los medios electrónicos para la formación de la voluntad y como medio de prueba de la existencia del negocio jurídico. Así, estos contratos, al igual que los contratos tradicionales, precisan del consentimiento de las partes, del objeto y de la causa por la cual se constituye el contrato²⁵⁷. No obstante, a diferencia de la contratación tradicional entre ausentes, en la contratación electrónica estamos ante una contratación entre ausentes pero en tiempo real, dado que las partes se encuentran conectadas simultáneamente en la mayoría de los casos²⁵⁸.

²⁵⁴ Moreno Navarrete, M. A. (2002) *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico*, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 47.

²⁵⁵ Cfr. Moreno Navarrete, M. A, cit. *Derecho-e Derecho del Comercio Electrónico* pp. 46-47.

²⁵⁶ Illescas, R. Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 108.

²⁵⁷ Illescas, R., Derecho de la contratación electrónica, cit. pp. 249-250.

²⁵⁸ En palabras de Pendón (2009): *Los contratos celebrados a distancia (sin la presencia física de las*

Hay que tener en cuenta que los consumidores que compran a través de Internet y reciben los productos ofrecidos por los empresarios, que se encuentran en sitios físicamente separados, abogan por la comodidad, el ahorro de tiempo, el surtido de productos y el escaso riesgo que supone la compra por Internet. En este sentido, cabe señalar que las actividades desarrolladas a través del comercio electrónico incluyen dos modalidades. Por una parte, el comercio electrónico indirecto, que comprende las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles (aquellos que no pueden descargarse directamente de Internet), en el que el pedido de bienes materiales se entrega por medio de canales tradicionales, como el correo o los servicios de mensajería. En este tipo de comercio electrónico el contrato puede perfeccionarse en línea con todos sus elementos, pero su ejecución precisa de medios materiales que exceden al mundo virtual.

La otra modalidad es el comercio electrónico directo, caracterizado porque el contrato se perfecciona y la ejecución del mismo se produce únicamente a través de la Red, mediante la utilización exclusiva de medios electrónicos y en el que la entrega de bienes o servicios se produce sin soporte físico (tanto el pedido como la entrega y el pago de bienes y servicios se realiza en línea)²⁵⁹.

*partes) asumen un papel de significativa importancia en los sistemas de la distribución actual. Si bien la circunstancia de la distancia ya había sido objeto de reflexión (y de regulación) en el seno de la teoría general de las obligaciones y los contratos (con normas ad hoc en nuestros códigos de Derecho Privado) y se habían practicado distintas formas de contratación que superaban (o aprovechaban) la separación espacial de los contratantes, las nuevas tecnologías han exigido, en un espacio de tiempo muy breve, una nueva reflexión conceptual sobre esa distancia y un análisis de nuevas formas de contratación aparecidas o especializadas al amparo de esas recientes tecnologías. En Pendón Meléndez, M.A., *La perfección del contrato en derecho privado*. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p.133.*

²⁵⁹ Como señala Fernández Fernández, R. (2013) en *El contrato electrónico*, cit. pp. 38-39: “el comercio electrónico directo es aquel que puede perfeccionarse contractualmente y completarse la ejecución del contrato y la satisfacción de los contratantes únicamente a través de la Red, utilizando solamente medios electrónicos. La entrega de bienes o servicios se produce sin soporte físico,

En ambos casos estamos ante servicios de la sociedad de la información, definidos por la Ley de servicios de la sociedad de información y del comercio electrónico como *“Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. Además, también comprende los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyen una actividad económica para el prestador de servicios”*.

Como hemos señalado, la normativa comunitaria se ha ocupado especialmente de los contratos a distancia con los consumidores, como vemos en la Directiva 97/7/CE de 20 de mayo de 1997²⁶⁰, la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores²⁶¹ que modifica la Directiva

únicamente a través de la Red. Por tanto, el contrato se perfecciona por medios electrónicos (título), pero también el bien o el servicio se entregan o satisfacen electrónicamente. Generalmente la utilización práctica de esta categoría es la que mayor éxito y divulgación puede llegar a alcanzar en las relaciones comerciales, ya que no necesita de la logística para que el contrato se ejecute plenamente y las partes vean satisfechos sus respectivos intereses. En efecto, tanto el servicio o el bien objeto del contrato pueden llegar al poder del adquirente (comprador o arrendatario del servicio o mandatario, entre otros) y el precio puede también llegar al ámbito de influencia del transmitente o prestador del servicio. El comercio electrónico directo está integrado por bienes y servicios. En cuanto a los bienes, son inmateriales, objeto de propiedad intelectual, tales como obras editoriales, musicales, obras audiovisuales, imágenes, bases de datos, programas de ordenador. Los servicios, por otra parte, son de una rica variedad que se multiplica constantemente. En cambio, el comercio electrónico indirecto comprende las transacciones realizadas por medios electrónicos relativas a bienes tangibles, que no pueden descargarse u obtenerse directamente a través de Internet. El contrato puede perfeccionarse en línea con todos sus elementos, pero su ejecución precisa de medios materiales que exceden al mundo virtual. Los medios de pago también pueden articularse electrónicamente. Igualmente lo expresa De Miguel Asensio, P.A. quien señala que “la división básica entre comercio electrónico directo e indirecto ha sido puesta de relieve desde los orígenes de la utilización de Internet con fines comerciales”, en Derecho privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 824.

²⁶⁰ DOCE nº L.144, de 4 de junio de 1997 (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores).

²⁶¹ DOCE nº C 177 E, de 27 de junio de 2000.

97/7/CE y la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores²⁶², la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)²⁶³ y finalmente, la Directiva 2011/83/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, que deroga las Directivas 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, en la versión modificada por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, así como las Directivas 2005/29/CE y 2007/64/CE.

La Directiva 2011/83/UE, fija normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento y se aleja del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales, en relación con determinados aspectos.

Esta Directiva, define el contrato a distancia como *“todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor, en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo”*²⁶⁴.

²⁶² BOE de 31 de diciembre de 1999.

²⁶³ Para una visión en profundidad de los antecedentes remotos de la regulación de los contratos a distancia podemos ver Pendón Meléndez, M.A., 2009 en *La perfección del contrato en Derecho Privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 69 a 114.

²⁶⁴ En la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la

En nuestro país, la primera regulación sobre las ventas a distancia, se recogía en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, reformada recientemente²⁶⁵. Tanto la Directiva 97/7²⁶⁶ como la LOCM regulaban, de forma conjunta, los supuestos de contratación a distancia, de forma que para la perfección del contrato electrónico será necesario que las partes utilicen un medio de comunicación electrónico, a la hora de transmitir la oferta y la aceptación²⁶⁷.

Posteriormente se aprueba la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE), que dedica el Título IV a la Contratación por vía electrónica, que recoge, en su artículo 23 relativo a la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, que “*Los contratos*

protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (actualmente derogada), definía la Técnica de comunicación a distancia como “*todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor*”. En ella se definía el contrato a distancia, en su artículo 2, como “*todo contrato entre un proveedor y un consumidor sobre bienes o servicios celebrado en el marco de un sistema de ventas o de prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que, para dicho contrato, utiliza exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato, incluida la celebración del propio contrato*”.

²⁶⁵ Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que ha sufrido algunas modificaciones por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Para un estudio en profundidad de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista vid, AA.VV., Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la ley Orgánica complementaria, dir. J.L. Piñar Mañas y E. Beltrán Sánchez, Madrid, 1997.

²⁶⁶ Actualmente derogada.

²⁶⁷ Vid. Perales Viscasillas, quien entiende que *lo relevante para incardinar a un contrato en la definición de contrato electrónico es que, al menos, la declaración de aceptación – que da vida al contrato – se transmita por dicho medio de comunicación*. La autora pone como ejemplo la contratación electrónica con condiciones generales en su obra *Formación del contrato electrónico*, cit. p. 881.

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. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”.

La LSSICE es reformada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que mantiene este enunciado e introduce nuevas obligaciones para los prestadores de servicios. Se trata, en definitiva, de buscar medios para la mejor protección de los consumidores y usuarios del comercio electrónico.

Finalmente, en octubre de 2011 la Unión Europea adoptó la Directiva 2011/83/UE²⁶⁸, sobre los derechos de los consumidores, debido al auge del comercio electrónico en nuestro entorno. Esta Directiva pretende reforzar la protección de los consumidores otorgando una mayor seguridad jurídica, así como unificar las diferencias de regulación existentes en las distintas legislaciones de los Estados miembros de la UE.

Como ya hemos señalado, en la contratación a distancia, las partes que celebran el contrato se encuentran alejadas físicamente, lo que genera cuestiones importantes como la imputación de la declaración de voluntad al sujeto contratante o la garantía de que el sujeto contratante tiene la capacidad suficiente para emitir una declaración con eficacia negocial²⁶⁹. Son problemas que se acrecientan cuando el tipo de

²⁶⁸ Directiva 2011/83/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores).

²⁶⁹ Fernández Pérez, N. (2009). *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit.

contratación es la electrónica, por la peculiaridad de esta forma de contratación, frente a los clásicos medios para la emisión y recepción de voluntades con eficacia negocial, como son la voz y el papel.

En efecto, la contratación electrónica realizada a través de medios electrónicos, presenta, respecto de la contratación tradicional, una serie de diferencias tales como la expresión del consentimiento (virtual), el momento de la perfección del contrato, la publicidad de los productos y servicios ofrecidos a los consumidores, así como la forma del contrato²⁷⁰.

El negocio jurídico electrónico celebrado en Internet, es una nueva modalidad de contrato a distancia, con características especiales que la distinguen de la contratación a distancia tradicional²⁷¹. En la contratación en Internet, el oferente ofrece sus productos o servicios, a través de la Red, a los posibles aceptantes de la oferta. En esta contratación, las partes pueden intercambiar voz e imágenes y comunicarse a través del ordenador en tiempo real, modificando, en algunos casos, los términos y condiciones contractuales. De ahí que algún autor haya señalado que en la contratación a distancia tradicional se produce una despersonalización mayor que en la contratación en Internet²⁷². En la web se presentan las ofertas

p.13. También, Pendón Meléndez, M.A., (2008) *Reflexiones críticas acerca del régimen legal de las operaciones a distancia en los contratos celebrados con consumidores y en las ventas entre empresario, tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, en *Derecho de los Negocios*, nº 209, febrero, pp. 5 a 34.

²⁷⁰ Fernández Fernández, R.(2013) en *El contrato electrónico*, op. cit., p. 37.

²⁷¹ Vid por todos, Hernández Jiménez-Casquet, F., *El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos* en *Principios de Derecho de Internet*, cit. p. 27

²⁷² De Ros Cerezo, R. M., (2004), *La transformación del negocio jurídico como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información*. Discurso de Ingreso. Barcelona: Real Academia de Doctores, pp. 94-95, quien enumera los contratos electrónicos que considera celebrados entre presentes, en :

- Contratos online en tiempo real.

contractuales, a la espera de que el cliente de Internet las acepte, normalmente en contratos de adhesión y con condicionado general.

En este tipo de contratos, frente a los medios tradicionales, que tienen como soporte la distribución escrita o la vía postal, se abre paso un nuevo tipo de contratación que opera a través de medios telemáticos y redes de telecomunicación²⁷³. Aquí, los medios clásicos para emitir y recibir las declaraciones de voluntad con eficacia negocial, son sustituidos por medios telemáticos. Aunque en los años venideros podremos ver que la contratación en Internet evolucionará de forma que la contratación electrónica puede llegar a asimilarse a la contratación entre presentes²⁷⁴.

-
- Contratos celebrados a través del intercambio de correos electrónicos o medios de comunicación electrónica análoga.
 - Contratos celebrados a través de Internet por comunicación telefónica, videoconferencia o chat.
 - Contratos electrónicos automatizados.

²⁷³ Serna Meroño, E. (1999). Art. 38. Concepto. En AA.VV., *Régimen jurídico general del comercio minorista*, p. 460. Madrid: Editorial McGraw-Hill.

²⁷⁴ Fernández Fernández, R., (2013), en *El contrato electrónico, formación y cumplimiento* J.M. Bosch Editor, p. 71. También, Camacho Clavijo, S., (2005). *Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico*. Editorial Reus, pp. 77-78 señala que “debe considerarse que la contratación electrónica es generalmente contratación entre personas distantes (...) Ahora bien, será contratación entre presentes, cuando las partes contratantes empleen medios electrónicos que permitan intercambio de información, en una calidad de dialogo simultaneo tal y como sucede con la via telefónica, en el que las dos partes contratantes establecen un dialogo susceptible de modificación y tratamiento dinámico sin influir el intervalo ex temporis (...) La contratación electrónica es calificada generalmente como contratación entre personas distantes, lo que determina que también le sea aplicable el régimen de la contratación a distancia (...) Sin embargo, no siempre que se utilice un medio informático se estará ante una contratación a distancia. Algunos medios informáticos permiten intercambio de información en una calidad de dialogo simultaneo tal y como sucede con la vida telefónica. De ahí la importancia del análisis pormenorizado de cada técnica de comunicación electrónica a fin de poder concretar aquellos supuestos que podrán ser calificados como contratación

Por otra parte, de la lectura de los artículos 1.278²⁷⁵ del Código Civil y 51 del Código de Comercio²⁷⁶ se infiere el principio de libertad de forma, consagrado en nuestro derecho, por lo que la declaración de voluntad expresada a través de medios electrónicos, tiene la misma eficacia que la declaración de voluntad expresada por otros medios (verbal o escrito)²⁷⁷. También, van a cobrar cierto protagonismo aquellos preceptos de nuestra legislación, como los artículos 1.262 del Código Civil²⁷⁸ o el 54 del Código de Comercio²⁷⁹, que regulan hipótesis de contratos entre

entre presentes”

²⁷⁵ Al artículo 1278 señala que *“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”*.

²⁷⁶ El artículo 51 del Código de Comercio señala: *“serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con alguna otra prueba”*.

²⁷⁷ En dicho sentido se pronunció la Ley Modelo, en su artículo 5 bis el cual establece que *“no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos, como tampoco cuando la información figure en dicho mensaje de datos en forma de remisión”*. En el mismo sentido, podemos citar el artículo 11, cuando señala que *“en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”*.

²⁷⁸ Artículo 1262 del Código Civil: *“El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, 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”*

²⁷⁹ Artículo 54 del Código de Comercio: *“Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que*

ausentes²⁸⁰. Y, si bien podemos decir que actualmente, no se discute acerca de la validez y eficacia de los contratos electrónicos, pues tanto en la normativa comunitaria cuanto en la nacional, aparece plenamente consagrado el principio de equivalencia funcional²⁸¹, *“en virtud del cual la función jurídica que cumple la instrumentación escrita y autógrafa respecto de cualquier acto jurídico puede cumplirse igualmente cuanto se instrumenta a través de vías electrónicas, independientemente del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así*

la aceptó, 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”.

²⁸⁰ Hay que señalar que el Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación está integrado por derecho privado, tanto por aspectos de derecho civil con derecho mercantil, incluidos en el ámbito del derecho de obligaciones y contratos. En la regulación del comercio electrónico aparece una progresiva equiparación entre Derecho Civil y Derecho Mercantil, como podemos observar en la LSSI-CE, que ha reformado el artículo 1262.2 del CC y el artículo 54 del Código de Comercio, equiparando los contratos civiles y mercantiles en cuanto a la determinación del momento de celebración del contrato, según Fernández Fernández, R.(2013) en *El contrato electrónico*, cit., p. 34.

²⁸¹ La ordenación del contrato se vincula a la necesaria seguridad en la red. En efecto, el presupuesto para que la declaración emitida electrónicamente sea considerada auténtica pasa por dos presupuestos: en primer lugar, que pertenezca íntegramente y sin manipulación a la persona que la emite, y en segundo lugar que quede constancia de las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se produce. Se predica así el principio de la equivalencia funcional de las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente, así como el principio de neutralidad tecnológica de los medios empleados las declaraciones de voluntad. Así lo señala el artículo 23 de la LSSI: “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. Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos. 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”.

*formalizado*²⁸², no obstante, siguen surgiendo en torno a la contratación electrónica cuestiones que hay que abordar²⁸³, como las relativas a la perfección de los contratos o la prueba de los mismos, así como la necesidad de asegurar la integridad de la declaración de voluntad de las partes que intervienen en el contrato, asegurar la identidad de los intervinientes y la confidencialidad del mensaje, en definitiva la falta de seguridad en las transacciones electrónicas²⁸⁴, así como determinar el momento y lugar en el que se perfecciona el contrato y los medios de prueba de la celebración del contrato²⁸⁵.

²⁸² Illescas, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*. op. cit., p. 46 y ss.

²⁸³ Como pueden ser la seguridad del pago electrónico, la asunción de responsabilidad en casos de conflicto, los riesgos de potenciales abusos del uso de los medios telemáticos, además del problema de coordinar las distintas legislaciones, dado el carácter transfronterizo de estas transacciones. Hemos de señalar que la Directiva sobre Comercio Electrónico recoge en su artículo 9 que “Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”.

²⁸⁴ Fernández Pérez, N. (2009), *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, p. 13. En general, acerca del comercio electrónico y los riesgos de este tipo de contratación podemos ver, entre otros: Madrid Parra, A., Contratación electrónica, en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, t. III, pp. 2913 y ss.; Jiménez de Parga, R., en *El comercio electrónico ¿seguridad jurídica?*, en Derecho de los Negocios, año 11 n° 118-119, 2000 pp. 1-12; Martínez Nadal, A., *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 1999.

²⁸⁵ En este sentido se ha dicho que “la drástica reducción de determinados «costes transaccionales, fundamentalmente costes de coordinación» a que da lugar el comercio electrónico, contrasta con el incremento que introduce en los denominados «costes de cumplimiento o "enforcement": seguridad en los pagos, recepción puntual de la mercancía, entrega en buen estado de la misma etc”, en Paz-Ares, C., El comercio electrónico. Una breve reflexión de política legislativa, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital* cit, pp. 86-87.

CAPÍTULO III

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. La formación del contrato electrónico

La formación del contrato comprende los actos o serie de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un contrato. Debido a la inmediatez temporal de la informática, la perfección del contrato se realiza rápidamente, normalmente sin tratos preliminares. En efecto, en Internet no se suelen redactar proyectos ni suele haber tratos previos, pues los compradores adquieren los productos o servicios con la simple aceptación pulsando sobre un icono²⁸⁶. En esta fase previa a la oferta y aceptación, el proceso de formación del contrato puede realizarse, en un primer momento, a través de la página Web como portal publicitario y, posteriormente, el contrato se podrá perfeccionar fuera de Internet.

De ahí, que tenga especial importancia la aplicación del principio de la buena fe por parte del empresario, que deberá ofrecer productos o servicios verdaderos, ofreciendo toda la información pertinente, conforme a la legislación en vigor, pues, como señalan los artículos 1.278 del Código civil y el artículo 51.1 del Código de comercio, las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente tienen eficacia obligatoria. Resulta imprescindible, para el desarrollo de esta modalidad de contratación, que el ordenamiento jurídico atribuya a las declaraciones de voluntad que se emiten a través de la Red con voluntad de concluir un negocio jurídico, plenos efectos jurídicos, al igual que ocurre con las declaraciones de voluntad expresadas por los sistemas tradicionales²⁸⁷.

²⁸⁶ Fernández Fernández, R.(2013) en *El contrato electrónico*, cit., p. 65. Un interesante estudio sobre la publicidad en Internet lo podemos ver en Bernal Jurado, E., y Mozas Moral, A., (2009) *Marketing y publicidad en internet: situación actual y tendencias* en Marca y Publicidad Comercial. Un enfoque interdisciplinar, Martínez Gutiérrez, A. Editorial La Ley, pp. 201-241.

²⁸⁷ De Miguel Asensio, P.A., Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 831.

Hay que señalar que la prestación del consentimiento electrónico es esencial a la hora de formalizar el contrato electrónico, y la propia LSSICE lo establece en el artículo 23, referido a la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, cuando señala que 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. Añadiendo que se regirán por lo dispuesto la propia Ley, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial. Además no subordina la validez del contrato al previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

Como hemos dicho, para la válida formación del contrato es necesario que concurren la oferta y la aceptación de la misma sobre todos los elementos del mismo. Ahora bien, la valoración acerca de si el contenido de un mensaje de datos constituye una verdadera oferta de contrato o una mera invitación a ofrecer, es fundamental cuando las declaraciones de voluntad se realizan por medio de la Red. De ahí que sea necesario hacer referencia a la actividad publicitaria que precede a la formación del contrato.

1.1. La publicidad

En el ámbito del comercio electrónico, al igual que en el comercio tradicional, tiene gran importancia la actividad publicitaria. Normalmente las ofertas de contrato, suelen venir precedidas de una actividad publicitaria²⁸⁸. La publicidad es un fenómeno característico de nuestra sociedad actual que desempeña un papel fundamental en el crecimiento del mercado, impulsando la competitividad y combatiendo los abusos de posición dominante de las empresas, así como ofreciendo una amplia gama de productos y servicios al consumidor, que ve

²⁸⁸ Illescas, R., Derecho de la contratación electrónica, cit. p. 243.

ampliadas al máximo sus posibilidades de elección²⁸⁹. Las diferencias entre la publicidad y la oferta son relevantes para la defensa de los consumidores, pues ambas tienen consecuencias jurídicas²⁹⁰.

Los empresarios utilizan la promoción on line de su imagen, sus productos y servicios en el mercado de manera general y a un bajo coste, lo que supone un aumento de sus ventas y beneficios. La difusión de mensajes promocionales a través de Internet no se ve limitada por el ámbito espacial o temporal, ya que el medio electrónico está disponible permanentemente y desde cualquier lugar y la utilización de las nuevas tecnologías facilita la transmisión de una gran cantidad de información actualizada por parte de las empresas y la posibilidad de entablar una comunicación con los usuarios de manera fácil y bidireccional²⁹¹.

No podemos olvidar que la publicidad a través de la Red tiene por potenciales destinatarios a cientos de millones de personas en todo el mundo, lo que la convierte

²⁸⁹ La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad define, en su artículo 2, la publicidad como *toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones*.

²⁹⁰ En este sentido, Rodríguez, G., *Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias*, Revista de Derecho, nº 37, Barranquilla, 2012, plantea que *"atendiendo a esto se indican las diferencias existentes: a) La publicidad no es una declaración unilateral de voluntad con intención de obligarse como la oferta, sino un acto de comunicación persuasivo y b) La finalidad de la publicidad no es concluir un contrato una vez se reciba la aceptación sino comunicar a un público indeterminado un mensaje con la intención de que un potencial consumidor busque la oferta"*.

²⁹¹ No obstante, siguen existiendo barreras al crecimiento eficiente de Internet, como la inseguridad en la realización de las transacciones, la desconfianza en los medios de pago y la validez legal de los contratos electrónicos, la preocupación por la adecuada protección de los consumidores y de los datos de carácter personal. Vázquez Ruano, T., (2009) *La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en Internet, en Régimen jurídico de Internet*. La Ley, Editorial La Ley, p. 565.

en el medio de comunicación capaz de llegar a más consumidores. Por ello, los operadores del mercado utilizan Internet para la difusión de sus productos y servicios, sobre todo a través de sus página web, del correo electrónico o el teléfono móvil²⁹².

Pues bien, tanto en el ámbito de los contratos tradicionales como en el de los electrónicos, las normas legales que los regulan son las mismas, sin que existan diferencias, a pesar de que el soporte en el que se contienen sea diferente²⁹³. De esta forma, la normativa sobre publicidad se aplica tanto a la publicidad en soporte papel como a la publicidad en soporte electrónico²⁹⁴.

²⁹² Y es en este campo en el que se produce uno de las mayores peligros de la Red, a través del spam o correo basura. Este fenómeno supone el envío masivo de mensajes, dirigidos a las direcciones de correo electrónico de los destinatarios, en los cuales se hace publicidad de productos o servicios, de cualquier naturaleza, sin que haya sido solicitada por los destinatarios. El spamming supone una intromisión directa en el ámbito privado de los consumidores y usuarios, que afecta a su intimidad y puede constituir un fraude (phising), además de suponer un coste para el destinatario (se ralentiza el tiempo de descarga del ordenador, se inunda el correo con estos mensajes, ocupan espacio en el ordenador, etc.). Ahora bien, no todos los correos electrónicos enviados con fines publicitarios, de información o promoción de productos o servicios son spam. En muchos casos, son producto de una petición previa del destinatario, con el fin de obtener una determinada información, o de la existencia de una relación comercial anterior con el emisor del mensaje. De ahí que se hayan regulado las comunicaciones comerciales, tanto a nivel europeo como español (A nivel europeo, a través de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico y especialmente, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. En España, a través de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

²⁹³ Illescas, R., Derecho de la contratación electrónica, cit. p. 243.

²⁹⁴ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Y es en este sentido en el que la LSSICE dispone, en su artículo 20.1, que *“Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”*.

Ciertamente, el control de contenidos en la Red es una cuestión fundamental que excede de las fronteras de un Estado para trasladarse a la Comunidad internacional, pues es necesario superar las barreras nacionales y buscar soluciones supranacionales para el control de los materiales que circulan en la Red²⁹⁵.

La publicidad que se difunde por medio de Internet se somete a las mismas normas generales que regulan la actividad publicitaria. Ahora bien, nos podemos preguntar si cuando se utiliza Internet como soporte publicitario y como medio para las transacciones económicas entre comerciantes y consumidores, habrá que acudir, además de a las normas generales de publicidad, a otras normas especiales que regulen esta cuestión.

En efecto, tanto a nivel nacional como a nivel comunitario, se han regulado las comunicaciones comerciales²⁹⁶. En la normativa europea, se utiliza el término

²⁹⁵ López Jiménez, D., (2013), *La publicidad en Internet: regulación y autorregulación*, cit. pp. 23-26.

²⁹⁶ En este sentido, Arias Pou señala que *“las características propias de estos medios electrónicos pueden hacer necesaria una adaptación de las normas generales en materia de publicidad, así como la adopción de normas específicas que contemplen y regulen supuestos de hecho que no se plantean en los restantes medios de comunicación. En todo caso, ya sea para aplicar las normas generales, o las normas especiales por razón del medio, los nuevos medios electrónicos de comunicación a distancia requieren, dadas sus especiales características, del establecimiento de mecanismos de regulación y autorregulación nuevos y de la adaptación de los ya vigentes. Con este fin se aprueba el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (que entró en vigor en enero de 2003 y se modificó en 2004 y 2005 para adaptarlo a los requisitos del Real Decreto 292/2004, por el que se crea el Distintivo Público de confianza en los nuevos medios electrónicos), que derogó y sustituyó al Código Ético de Protección de Datos Personales en Internet de la AECE, y al Código Ético de Publicidad en Internet de AUTOCONTROL. Este Código nace para ser objeto de revisión periódica, con el fin de poder ser adaptado y mantenido en relación con los cambios que tengan lugar en la*

comunicación comercial para referirse a la publicidad por Internet, concretamente en la normativa sobre comercio electrónico; en el artículo 2 de la Directiva de Comercio Electrónico se refiere a las comunicaciones comerciales como: *“todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas”*.

En la normativa española, la LSSICE dedica el Título III a las comunicaciones comerciales por vía electrónica, dirigidas a persona físicas. Además, si la comunicación publicitaria pretende remitirse a una persona física determinada, deberá ajustarse, a lo previsto en la LOPD²⁹⁷. Así, el ámbito de aplicación de la LSSICE viene determinado por el concepto de comunicación comercial, que se encuentra recogido en el apartado f del Anexo, y que la define como *“toda forma de comunicación dirigida a la promoción, directa o indirecta, de la imagen o de los bienes o servicios de una empresa, organización o persona que realice una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional”*. A continuación establece que *“no tendrán la consideración de comunicación comercial los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización, tales como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico, ni las comunicaciones relativas a los bienes, los servicios o la imagen que se ofrezca cuando sean elaboradas por un tercero y sin contraprestación económica”*.

Continúa señalando la LSSICE, en su artículo 20, que *“Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos*

sociedad y el estado o desarrollo de las tecnologías”, Arias Pou, M. (2006) Manual Práctico de Comercio Electrónico, cit. pp. 239-240.

²⁹⁷ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y Reglamento de Desarrollo, aprobado por Real Decreto 1720/2007

promocionales, previa la correspondiente autorización, se deberá asegurar, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior y en las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificados como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca. En todo caso, queda prohibido el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación o que contravengan lo dispuesto en este artículo, así como aquellas en las que se incite a los destinatarios a visitar páginas de Internet que contravengan lo dispuesto en este artículo”²⁹⁸.

Llegados a este punto, se hace preciso diferenciar entre la actividad publicitaria por vía electrónica a través de comunicaciones comerciales, del llamado *spam*²⁹⁹. Es difícil encontrar una definición del término spam en la diferente normativa al respecto. El término Spam hace referencia al envío masivo de mensajes comerciales por correo electrónico, que no han sido solicitados por el destinatario. La LSSICE, en su artículo 21, lo define como “*el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente*

²⁹⁸ Un interesante estudio sobre las comunicaciones comerciales lo podemos ver en Aparicio Vaquero, J. P., (2005), *Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico*, Diario La Ley, nº 6312, Editorial La Ley. En el mismo sentido, Perales Viscasillas, M. P., *Publicidad y Formación del Contrato*, en Revista de la Contratación Electrónica nº 59, Abril 2005, pp. 101-112; Armstrong, S., (2002) *La publicidad en Internet. Cómo se transmite su mensaje a través de la World Wide Web*, Bilbao; Velázquez Bautista, R., (2001) *Derecho de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones* (T.I.C.), Madrid.

²⁹⁹ La protección de los consumidores frente al spam ha llevado a la creación de la Stop Spam Alliance, cuyo objetivo es el intercambio de información legal y técnicas dirigidas a limitar el envío de mensajes electrónicos no solicitados. Zurilla Cariñana, M.A., (2010) *Comercio electrónico y protección de los consumidores en España*, Revista portuguesa de Direito do Consumo, nº. 61, Marzo, p. 9.

*autorizadas por los destinatarios de las mismas*³⁰⁰. Por su parte, la Agencia Española de Protección de Datos se refiere al *spam* señalando que “*estaremos ante mensajes spam cuando se reciba cualquier mensaje no solicitado cuya finalidad sea ofertar, comercializar o atraer el interés sobre un producto, servicio o empresa*”³⁰¹.

³⁰⁰ El tratamiento del *spam* ha generado mucho interés y no son pocas las obras que han tratado el tema. Entre otras: Vazquez Ruano, T., (2008), *La protección de los destinatarios de las comunicaciones electrónicas*, Editorial Marcial Pons, Madrid; Guillen Catalan, R., (2005), *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor. Aparicio Vaquero, J. P., (2005), *Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico*, Diario La Ley, nº 6312, Editorial La Ley. Sánchez del Castillo, V., (2007), *La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Madrid. Perales Viscasillas, M. P., (2005), *Publicidad y Formación del Contrato*, en Revista de la Contratación Electrónica nº 59; Perales Viscasillas, M. P., (2009), *Publicidad y formación del contrato. Comercio Electrónico en el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA*, Revista de Contratación Electrónica, nº 110, Diciembre. Soro Rusell, O., (2010), *Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión limitada*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona. Indret.com; entre muchos otros.

³⁰¹ La Agencia Española de Protección de Datos denomina Spam o “correo basura” a todo tipo de comunicación no solicitada, realizada por vía electrónica y que normalmente tiene el fin de ofertar, comercializar o tratar de despertar el interés respecto de un producto, servicio o empresa. Aunque se puede hacer por distintas vías, la más utilizada entre el público en general es mediante el correo electrónico. Esta conducta es particularmente grave cuando se realiza en forma masiva. En este sentido, la LSSICE, en su artículo 21.1 prohíbe de forma expresa el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, aunque esta prohibición tiene la excepción en el segundo párrafo de dicho artículo, que autoriza el envío cuando exista una relación contractual previa y se refiera a productos similares. Incluso en estos casos, la Ley exige que el prestador ofrezca al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.

En opinión de Illescas (2009)³⁰², *esta definición resulta, cuando menos, incompleta, puesto que lo que caracteriza al spam precisamente no es su soporte electrónico, sino la difusión masiva del mensaje publicitario en una dimensión tan sólo alcanzable en un soporte de dicha naturaleza: esa masificación del MD resulta, no obstante, olvidada por la legislación española que de tal manera somete a la misma regla la gran emisión de millones de MD de contenido publicitario, con la emisión de un MD de idéntico contenido llevada a cabo en forma aislada o semi aislada y casi intuitu personae, como igualmente suele acontecer en el ámbito electrónico*³⁰³.

La expansión del spam como fenómeno global supone un riesgo para los destinatarios, que carecen de una tutela efectiva frente a estas actividades fraudulentas. Por ello, será fundamental la colaboración entre las autoridades de diferentes países para establecer una regulación lo más armonizada posible frente a estas prácticas. La cooperación internacional es esencial debido sobre todo a la deslocalización de estas prácticas que normalmente tienen su origen en terceros países donde no rige la normativa nacional o europea³⁰⁴.

En ese sentido, la normativa actual en relación al correo electrónico comercial, ha tomado como referencia los sistemas de autorización o rechazo expresos para el envío del mismo³⁰⁵. Además, si tenemos en cuenta que la dirección de correo

³⁰² Illescas, R. Derecho de la contratación electrónica, cit. p. 244.

³⁰³ Al respecto, la jurisprudencia ha declarado la licitud del envío de publicidad electrónica de aquella persona que entregó una tarjeta con su dirección de correo electrónico en una feria de muestras, aunque no había adquirido ningún producto del anunciante, en Sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-administrativo, de 17 de mayo de 2007 (La Ley, 7 de diciembre de 2007), pp. 13 y ss.

³⁰⁴ Un ejemplo importante de esta cooperación es el acuerdo de colaboración entre España y la FTC (Federal Trade Commission, organismo administrativo de supervisión). O el importante papel que otorga España a la Agencia de Protección de Datos (ADP) en la aplicación de la LSSICE.

³⁰⁵ Mediante el sistema opt-in, las personas físicas o jurídicas sólo pueden enviar correo comercial a otros sujetos siempre que éstos hayan dado su autorización previa, para lo que se utilizan sistemas

electrónico es un dato personal, la utilización de la dirección deberá respetar la legislación sobre protección de datos personales.

Y en este sentido, la normativa europea, a través de la Directiva 2002/58 sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas, establece límites al empleo de determinadas técnicas de comunicación, que pueden suponer una intromisión ilegítima en el ámbito privado y familiar, principalmente respecto al envío de mensajes de correo electrónico no solicitados. Dicha Directiva impone un modelo que exige obtener el consentimiento expreso de los receptores, antes de poderles enviar mensajes de correo electrónico con publicidad. Así, el artículo 13 de la DCE

de listas de inclusión donde constan las direcciones de correo a las que se pueden enviar estas comunicaciones, quedando prohibido el envío a quienes no se encuentren en ellas. El sistema contrario es el sistema opt-out, que establece que los sujetos que no quieren recibir correos comerciales se inscriben en listas de exclusión que han de ser previamente consultadas por los proveedores (listas «Robinson»). Europa ha optado por el modelo de las listas de inclusión (tras la Directiva 2002/58), mientras que EE.UU. ha optado por el modelo de exclusión (tras la aprobación de la CAN-SPAM en 2003). Esto supone que en Europa el sistema por el que se opta implica que el remitente de la publicidad será quien deba acreditar que tiene el consentimiento del destinatario para el envío de los mensajes, mientras que en Estados Unidos el destinatario del envío será quien tenga que probar su voluntad de no recibir mensajes.

En una entrevista recogida en Actualidad Jurídica Aranzadi, año XII, nº 542, de 25 de julio de 2002, p. 10 se recogen las siguientes declaraciones: *“Durante la tramitación de la LSSI, AECE (la Asociación de Empresarios de Comercio Electrónico) se mostró partidaria de establecer un régimen más flexible, con «listas Robinson» de exclusión, a las que pudieran apuntarse quienes no desearan recibir comunicaciones comerciales. En tal sentido se manifestó en diversos foros y publicaciones el entonces Director de la Agencia de Protección de Datos, quien, en este punto, consideraba que la LSSI era contraria a la normativa sobre protección de datos y suponía una norma mucho más restrictiva que lo ordenado por la Directiva 2000/31. Tras la entrada en vigor de la LSSI se producía un doble régimen en el tratamiento de datos personales recogidos con la finalidad de remitir publicidad personalizada. Efectivamente, denunciaba que si se recababan los datos para el envío de comunicaciones por medios tradicionales, sometidas sólo a la Ley Orgánica de Protección de Datos, era posible utilizar datos provenientes de fuentes accesibles al público, sin el consentimiento del afectado, mientras que si se hacía de forma electrónica era necesario contar en todo caso con el consentimiento expreso previo de los destinatarios”.*

reconoce un criterio más restrictivo pero a la vez protector, exigiendo el consentimiento expreso del destinatario con carácter previo al envío de comunicaciones comerciales, salvo determinadas excepciones, contempladas en la propia Directiva³⁰⁶.

En el ámbito del Estado Unidos se adoptaron una serie de medidas legislativas de lucha contra el spam, que culminaron, a nivel federal, en la aprobación de la CAN_SPAM Act (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act), *un modelo centrado en la regulación del envío masivo de mensajes de correo electrónico publicitario, con base en el llamado criterio de las listas de exclusión (opt-out), que determina los límites dentro de los cuales el envío de un*

³⁰⁶ El texto del artículo 13 fue modificado por la Directiva 2009/136/CE de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Dicho artículo se refiere a las comunicaciones no solicitadas, cuando dice: *“La utilización de sistemas de llamada automática y comunicación sin intervención humana (aparatos de llamada automática), fax o correo electrónico con fines de venta directa solo se podrá autorizar respecto de aquellos abonados o usuarios que hayan dado su consentimiento previo.*

No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando una persona física o jurídica obtenga de sus clientes la dirección de correo electrónico, en el contexto de la venta de un producto o de un servicio de conformidad con la Directiva 95/46/CE, esa misma persona física o jurídica podrá utilizar dichas señas electrónicas para la venta directa de sus propios productos o servicios de características similares, a condición de que se ofrezca con absoluta claridad a los clientes, sin cargo alguno y de manera sencilla, la posibilidad de oponerse a dicha utilización de las señas electrónicas en el momento en que se recojan y, en caso de que el cliente no haya rechazado inicialmente su utilización, cada vez que reciban un mensaje ulterior.

Se prohibirá, en cualquier caso, la práctica de enviar mensajes electrónicos con fines de venta directa en los que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación, o que contravengan lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE, o que no contengan una dirección válida a la que el destinatario pueda enviar una petición de que se ponga fin a tales comunicaciones o en los que se aliente a los destinatarios a visitar páginas web que contravengan el artículo 6 de la Directiva 2000/31/CE”.

*mensaje se considera masivo: 100 mensajes al día, 1.000 mensajes al mes o 10.000 mensajes al año*³⁰⁷. Esta norma acepta el envío de mensajes no solicitados, siempre que los mensajes cumplan determinados requisitos, es decir, que no sean engañosos ni fraudulentos, que manifieste el propósito del mensaje y que proporcione al destinatario la posibilidad de oponerse al envío de nuevos mensajes.

En España, como la propia LSSICE contempla³⁰⁸, se va a prohibir el envío de comunicaciones comerciales sin el consentimiento expreso del interesado, salvo que se envíe a usuarios con los que exista una relación contractual previa, en relación a productos similares a los contratados³⁰⁹. Es decir, que se deberá contar con el consentimiento previo y expreso de los destinatarios para que la comunicación no

³⁰⁷ De Miguel Asensio, P. A., Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 383.

³⁰⁸ La LSSICE reformó los artículos 21 y 22 a raíz de la transposición de la Directiva 2002/58 y de la reforma de la LGT, añadiendo una excepción que no existía en la redacción original de la LSSICE, la exigencia de consentimiento expreso se aplica a todas las entidades, organizaciones o personas, incluso a las de entidades sin ánimo de lucro, con la excepción de que exista una relación contractual previa. Tras la reforma operada por la LGT, el artículo 21 de la LSSICE mantiene el criterio general de prohibición del envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico previamente solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas y en este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Contencioso-Administrativo) de 14 de noviembre de 2007, en relación con una sanción por envío masivo de correos electrónicos promocionales, sin consentimiento previo y sin ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales.

³⁰⁹ Y atendiendo a este criterio, la APD, en aplicación de lo dispuesto en la LSSICE, no admitió una campaña publicitaria que consistía en la posibilidad de que los clientes recomendaran el producto pulsando un botón en la página web del anunciante, mediante el cual se abría un mensaje en su correo electrónico, con un texto redactado por el anunciante, para que fuera reenviado a sus conocidos. Actualmente, el medio más utilizado por los empresarios para cumplir con el requisito del consentimiento del destinatario es a través de su aceptación, mediante una casilla que contiene un formulario en el que deberá aceptar el envío de comunicaciones comerciales. El consentimiento podrá prestarse también por otra vías como una grabación telefónica o la entrega de una tarjeta de visita en la que figure la dirección del correo, De Miguel Asensio, P.A. Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 389.

resulte contraria a lo dispuesto en la Ley³¹⁰.

En definitiva, la regulación de la publicidad y, más concretamente, de las comunicaciones comerciales, se asienta en un principio general, la exigencia de consentimiento del destinatario, si bien prevé cierta excepción a dicho consentimiento³¹¹. Esta excepción, no obstante, está vinculada al cumplimiento de ciertos requisitos que tienden a asegurar que, en todo caso, sea efectivamente un comportamiento extraordinario (aunque en verdad, será muy común en la práctica) y que incluso en tales casos, se garantice la posibilidad de oposición del destinatario y la transparencia del mensaje³¹².

³¹⁰ Según la Ley, los productos o servicios cuya publicidad contiene el mensaje comercial han de ser similares a los que, en su día, fueron objeto de contratación entre el emisor del mensaje y su destinatario. El problema estriba en la indefinición del criterio de “similares” exigido por la Ley. La Ley completa esta excepción con algunas formalidades, exigiendo que el proveedor informe al cliente durante la primera relación contractual (en la que obtuvo sus datos) sobre la posibilidad de que sus datos sean utilizados para el posterior envío de comunicaciones comerciales. Asimismo, deberá informarle que existen mecanismos gratuitos y sencillos para negarse a la utilización de su dirección de correo electrónico para tales fines, pudiendo revocar, en todo caso, el consentimiento inicial en cada mensaje que reciba del proveedor. Aparicio Vaquero, J. P., (2005), *Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico*, cit, p. 19.

³¹¹ Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (1989) Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid, p. 22: *“La necesidad de que el consumidor sea protegido, es consecuencia del reconocimiento de que existe una gran masa de personas que al realizar las operaciones normales de la vida cotidiana, referidas, principalmente, a la adquisición de bienes y servicios, no están en condiciones de conseguir a solas unas calidades y unos precios adecuados. El prototipo del consumidor necesitado, es una persona que individualmente no está en condiciones de hacer sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere y que carece de los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrata”*.

³¹² La normativa europea regula los sistemas automáticos de envío de publicidad con fines de venta directa, entre ellos el correo electrónico, estableciendo la exigencia de previa autorización, salvo que sean destinatarios cuyas direcciones hayan sido obtenidas en el curso de una relación contractual previa y se emplean para publicitar productos o servicios similares a los que fueron objeto de contratación con el destinatario. La LSSICE contiene la misma previsión en su artículo 21.

1.2. La autorregulación

La publicidad que se realiza a través de Internet ha crecido a un ritmo imparable en los últimos años, lo que ha provocado numerosos problemas, sobre todo a efectos de regulación, ya que regular toda la actividad comercial que se ofrece en Internet es prácticamente imposible. Los instrumentos tradicionales de regulación de la contratación electrónica, los convenios internacionales, se han ido sustituyendo por otros más flexibles como las leyes modelo, o los códigos de conducta que han ocupado un papel protagonista en el ámbito de la contratación electrónica³¹³.

De ahí que se haya generado, al margen de las legislaciones estatales, una forma de regulación del propio mercado de Internet: la autorregulación, para dar protección a los consumidores y usuarios, llegando incluso a proponerse una jurisdicción independiente, separada de las jurisdicciones estatales, con normas propias y órganos propios para solucionar sus conflictos³¹⁴.

³¹³ De Miguel Asensio, P.A. Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 812. Así, podemos contemplar los e – Terms, normas extraestatales que son mecanismos alternativos de uniformización jurídica, desarrollados al margen de los Estados y de las Organizaciones intergubernamentales y cuya aceptación por las partes contratantes permite evitar controversias. Se pueden citar los grupos de estudio que formulan propuestas, recomendaciones y códigos de conducta como: GBDEC (Global Business Dialogue on Electronic Commerce) que es una iniciativa mundial de empresas transnacionales, para el desarrollo de políticas que promuevan el comercio electrónico global, en beneficio de empresas y consumidores de todo el mundo.

³¹⁴ El avance de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación ha supuesto la creación de nuevas técnicas de actividad publicitaria, la que se realiza en las paginas web (o a través de los canales de comunicación dispuestos en ellas como los foros de debate, las charlas en tiempo real, etc.), el correo electrónico o el sistema de mensajería instantánea a los terminales móviles. La diferencia entre ellos es que mientras que en algunos de ellos es posible la difusión de la publicidad a un número indeterminado de sujetos, en otros, se puede emitir la publicidad a un destinatario determinado (la cuenta de correo electrónico, el numero de telefonía móvil, la Tablet, y otros instrumentos de la Red equivalentes). Vázquez Ruano, T., (2009) *La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en Internet*, cit. p. 564.

Al tratarse de un espacio virtual podría pensarse que Internet carece de regulación, pero hay que decir que los propios actores y sujetos que intervienen en la red establecen normas para regular sus relaciones. Efectivamente, se dice que en Internet no hay sede central ni órgano de dirección, que controle, censure o monopolice las relaciones que se desarrollan en la red³¹⁵, afirmando que el ciberespacio debe disfrutar de cierta autonomía frente a los soberanos del mundo físico³¹⁶. Es decir, que mientras fuera de Internet existen fronteras geográficas, que sirven para delimitar ámbitos de poder y de jurisdicción de Estados, en Internet no existen fronteras y cualquier internauta puede verter contenidos, desde cualquier punto del Globo.

La autorregulación surge debido a la necesidad de regular los contenidos que se generaban en Internet³¹⁷, dada la lentitud y falta de adaptación de la legislación tradicional a los cambios que se producían en la red³¹⁸. Para dar respuesta a dichas

³¹⁵ García Mexía, P.: El Derecho de Internet, cap. 2. En: García Mexía, P. *Principios de Derecho de Internet*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005. [consulta 12 de octubre de 2011] <http://www.tirantonline.com/showDocument.do?docid=719602&op=substring&sp=principios%20de%20derecho%20de%20internet&cont=2&mbdg=tip.1>

³¹⁶ Hunter, D., (2003) *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, California Law Review, vol. 91. Marzo nº 2, p. 447.

³¹⁷ El profesor Muñoz Machado, S., (2000) *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Editorial Taurus, Madrid, p. 35, al explicar la libertad en el ciberespacio, señala, “la red no sólo fue creada para el descontrol, sino que se desarrolló con entusiasmo por universitarios convencidos de que en ella estaba la base para el desarrollo de la contestación a y de una nueva contra cultura, fuera de los convencionalismos y del orden jerarquizado de la política y de la sociedad. Un entorno, en fin, para la libertad”.

³¹⁸ Gómez Segade, J.A., (2001) *El Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información*, en AA.VV. (Dirección Gómez Segade), Comercio Electrónico en Internet, Madrid, pp. 22 y ss. También, Paz-Ares, C., *El Comercio electrónico. Una breve reflexión de política legislativa*, en Derecho de Internet. La contratación electrónica y firma digital, cit., p. 92. Ver también Martín García, M.L., (2011) *Autorregulación publicitaria y defensa de los intereses del consumidor: ¿Más allá de la protección otorgada por el legislador? (Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia*

dificultades, surge a nivel europeo, la idea de permitir que los proveedores de servicios de Internet pudiesen limitar la creación de contenidos ilegales o nocivos a través de mecanismos de autorregulación³¹⁹. Estos mecanismos que recomiendan el uso responsable de los servicios de Internet, se recogieron en diversos instrumentos de contenidos dispares, elaborados por diferentes organizaciones, pero sólo algunos han sido aceptados de manera generalizada entre los operadores de internet³²⁰.

La comunidad de internautas que operaba en la Red, sin ningún tipo de control, se reveló contra la injerencia del Estado, estableciendo un sistema propio de autorregulación, para que la libertad virtual conseguida no sufriera recortes desde la actuación de las Administraciones Públicas³²¹.

desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, Actualidad Civil, nº 5, Tomo 1, Editorial La Ley, p. 496.

³¹⁹ Martín García, M.L., (2011) en *Reflexiones en torno a la protección del consumidor. Los códigos de conducta*, Derecho de los Negocios, nº 247, Editorial La Ley, opina que *La autorregulación posibilita la protección directa de los profesionales que se hayan adherido al sistema e indirecta del público en general y, del consumidor en particular. Ahora bien, este sistema alternativo en la solución de controversias solo será eficaz si cuenta con medios de control y órganos sancionadores, de lo contrario el código de conducta se convertiría en un mero instrumento propagandístico*".

³²⁰ Estas pautas de conducta destinadas a regular el régimen de las relaciones jurídico privadas, se han ido consolidando, como ocurre con las pautas de conducta de Netiquette, elaborada en 1995 por el IETF, que es una especie de protocolo para regular las comunicaciones en la red y el uso responsable de los servicios de Internet. Dicho documento fue llamado RFC (Request for Comments). A partir de entonces, las distintas comunidades fueron elaborando sus propias reglas, e incluso designando a personas encargadas de su cumplimiento.

³²¹ En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, acerca de la Iniciativa europea de comercio electrónico, indica que *"el marco reglamentario que regula los intercambios electrónicos no puede ser definido únicamente por la UE, sino que debe ser negociado al nivel mundial (bajo los auspicios de la ONU y de la OMC) para ser realmente efectiva, teniendo como rasgo principal la plena liberalización de las transacciones monetarias y la reducción al mínimo de intervención del Estado"*.

Ahora bien, esta visión de que la única estructura de poder en Internet es el autogobierno y el único derecho de Internet es la autorregulación, decae pronto al concebir el ciberespacio como un espacio real, que precisa de regulación³²².

Será en EE.UU. (origen de la Red) donde se preconice que la democracia liberal exige la intervención estatal en Internet³²³, pues si bien en un primer momento Internet se autorregulaba sin ningún tipo de intervención del Estado³²⁴, con el paso de los años y el crecimiento desmedido de las relaciones en la Red, los Estados se han visto obligados a regular determinados aspectos de Internet, sobre todo los relacionados con aspectos económicos, las actuaciones ilícitas y la seguridad pública y privada³²⁵.

³²² Ramos Fernández, F., (2001) *Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria*, Revista de estudios de comunicación (Komunikazio ikasketen aldizkaria), nº 11. También podemos ver: Botana García, G.A., (2006) *La autorregulación, confianza on line* Revista de la contratación electrónica, nº. 67, pp. 3-32.

³²³ N. W. Netanel, (1999) "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory", California Law Review vol. 88 Marzo nº 2, pp. 402 y ss.

³²⁴ La Unión Europea ha hecho un esfuerzo especial en la regulación y control del principio de libre competencia en este sector, manteniendo una actitud de preocupación por la mejor regulación de Internet. El profesor Muñoz Machado, S., *La regulación de la red*, cit. p. 35 advierte que "*si la reglamentación resulta excesiva o inadecuada, la actividad económica podría trasladarse a otra región, con las consecuencias negativas que ello comportaría para el desarrollo de la sociedad de la información*", dado que, "*en esta competencia entre organismos reguladores y legislaciones las empresas eligen los emplazamientos más favorables*".

³²⁵ A pesar de la intervención estatal, debido a la propia configuración técnica de Internet, algunos prestadores de servicios, como los proveedores de acceso o los prestadores de servicios de Internet, subordinan la prestación de sus servicios a la aceptación de las condiciones de uso para poder utilizar el servicio, condiciones que incluyen restricciones de prácticas inadmisibles como envío masivo de correos no solicitados o secreto de las comunicaciones, no difusión de contenidos ilícitos y nocivos en la Red, etc.

En nuestro país, la línea sostenida con carácter general reclamaba la adaptación del Estado a la nueva realidad social y la aplicación del Derecho a la misma³²⁶. En España y Europa se establece un régimen común para Internet, como se puede apreciar en la normativa sobre telecomunicaciones, que ya se encuentra armonizada en la totalidad del territorio de la Unión Europea³²⁷.

Por su parte, el Parlamento Europeo respalda la autorregulación, como base de funcionamiento del organismo gestor de Internet (ICANN)³²⁸, siempre respetando los

³²⁶ Para un estudio sobre la protección de los consumidores y la contratación electrónica con especial referencia a los Códigos de conducta podemos ver: Botana García, G.A., (2001) Protección de los consumidores y comercio electrónico en Revista de Contratación Electrónica nº 16, Mayo, pp. 51-76. Esta autora señala que *“La Asociación Española de Comercio Electrónico (AECE) junto a la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP), la Confederación de Consumidores y Usuarios (CECU), la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU), la Unión de Consumidores de España (UCE) y con la especial aprobación y colaboración de la Agencia de Protección de Datos (APD) ha promovido el Código Ético de protección de datos personales en Internet, con el fin de proteger la intimidad de las personas en el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal en Internet. Podrán adherirse al Código Ético todas aquellas empresas que comercializan productos o servicios en Internet y tratan datos personales y estas empresas podrán utilizar el «Sello de Garantía de protección de datos», creado por la Asociación, que tiene por objeto el reconocimiento de que dichas empresas han aceptado cumplir las normas éticas incluidas en el mismo. Como consecuencia de lo dispuesto en el Código Ético de Datos Personales en Internet, la AECE desarrollará marcos y programas para cubrir las expectativas de intimidad del consumidor, informando a éstos sobre la utilización de sus datos y ofreciéndoles la opción de eliminar sus nombres de las listas de E-mail (Sistema similar al Servicio de Listas Robinson, para la publicidad por correo). Asimismo, la Asociación de Autocontrol de la Publicidad (AAP) en su Asamblea General Ordinaria celebrada el 14 de abril de 1999 procedió a la aprobación de un Código Ético sobre publicidad en Internet”*.

³²⁷ García Mexía, P., (2005) *El Derecho de Internet*, cap. 3, en García Mexía, P. Principios de Derecho de Internet. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición. Sobre la autorregulación, ver De la Cuesta Rute, *Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación*, Revista de Derecho bancario y bursátil, año 23, nº 94, 2004.

³²⁸ En octubre de 1998 se crea la ICANN (Internet Corporation for Assigned Numbers and Names) sobre la base de un Libro Blanco del Gobierno de Estados Unidos. La ICANN es una corporación privada sin ánimo de lucro y de interés público, cuya función es garantizar la gestión del sistema de

principios de la normativa internacional y los protocolos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Desde la Resolución del año 2000, se han dado grandes pasos para consagrar una política de gobierno que regule el buen funcionamiento de Internet³²⁹.

Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2010, sobre “la gobernanza de Internet: los próximos pasos” señala que: *la gobernanza de Internet debería favorecer el comercio electrónico y las transacciones transfronterizas mediante la descentralización de las funciones autorreguladoras, especialmente a la hora de establecer condiciones de entrada para nuevos competidores*. Dicha Resolución recomienda que la Comisión y los Estados miembros procuren lograr una mayor seguridad y estabilidad de Internet, tomando medidas destinadas a incrementar la red y la diversidad del sistema, aplicando la normativa europea y apoyando el trabajo de ICANN, en materia de seguridad y estabilidad del sistema de nombres de dominio y su trabajo en los foros internacionales.

nombres de dominio (DNS), la asignación de los espacios de direcciones del Protocolo Internet (IP), la coordinación de los parámetros del nuevo IP y la gestión del sistema de servidores raíz de Internet, es decir, se encarga de la coordinación técnica de Internet. Un interesante estudio sobre el ICCAN lo podemos ver en Elías Fuste, A., (2002) *Instituciones en internet ICANN e ISOC*, en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Editorial La Ley, Madrid.

³²⁹ Como señala Aguilar Ruiz, L., (2009) *Mercado interior, códigos de conducta y protección de los consumidores*, Actualidad Civil, nº 19, Sección A, Noviembre, Editorial La Ley, p. 5, “a partir de ciertos precedentes importantes, como la Recomendación de la Comisión Europea de 1992, en materia de contratos negociados a distancia, desde principios de los años noventa encontramos el reflejo de una política legislativa comunitaria claramente favorable a la utilización de los códigos de conducta B2C, como instrumento de protección de los consumidores en la contratación de bienes y servicios de uso privado o «al por menor», empleando la expresión del propio Consejo económico y social europeo. Que el consumidor se sienta protegido y confíe en el empresario que le presta el servicio, se convierte entonces en una de las piezas fundamentales en el diseño de las políticas de protección de los consumidores en el mercado único, máxime en sectores donde los compromisos se adquieren a largo plazo, y a partir de la orientación profesional que ofrece el propio empresario suministrador. Sobre este tema también, Patiño Alves, B., (2007) *La autorregulación publicitaria. Especial referencia al sistema español*, Editorial Bosch, Barcelona.

La autorregulación ofrece a los particulares garantías de eficacia suficiente, cuando el 100% de los agentes implicados en un sector se implican y acatan sus normas³³⁰. En caso contrario, habrá lagunas que afectarán a los derechos y las garantías de los consumidores. También es cierto que la autorregulación, plantea algunos problemas, como la aceptación voluntaria de los agentes intervinientes, la creación de normas de disciplina y de los órganos que las aplicarán, así como el acatamiento de las resoluciones que emitan dichos órganos³³¹.

Estamos ante un elemento de control privado, utilizado por parte de las entidades que intervienen en la Red³³², que han asumido el compromiso de cumplir con un Código Ético, que recoge los estándares éticos más exigentes en las actividades que se realizan en Internet y someterse a un sistema de resolución extrajudicial de

³³⁰ Moraleda, J.P. y Rodríguez, F.S., *Autorregulación en internet*, Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, nº 21, Octubre 2004, p.5.

³³¹ Esteve Pardo, J., (2002) en relación con el origen de la autorregulación señala que “a mayor pretensión reguladora mayor protagonismo se concede a la autorregulación. Si la pretensión reguladora es muy limitada (...) entonces no resulta necesario atender a la autorregulación y la propia administración puede establecer y aplicar las reglas” en *Autorregulación. Génesis y Efectos*, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 29.

³³² Martín García, M. L., *Autorregulación publicitaria y defensa de los intereses del consumidor*, cit. p. 497, señala que la autorregulación publicitaria no es un fenómeno nuevo, pues en 1937 la Cámara de Comercio Internacional promulgó un código ético sobre publicidad cuyo objetivo básico era promover la autorregulación publicitaria a nivel internacional. Este Código constituye un antecedente fundamental en cuanto a iniciativas de autocontrol publicitario. En España existe una organización líder en el control de la publicidad que cuenta con un sistema de autorregulación creado por los principales anunciantes y agencias de publicidad: AUTOCONTROL (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial). También destaca una iniciativa de código de conducta “Confianza on line” con dos organismos verificadores de su cumplimiento: el Gabinete Técnico de Autocontrol (copy advice), que controla que la campaña a difundir por Internet cumpla la legislación en vigor y el Jurado de Autocontrol de la Publicidad, para el caso de que la publicidad emitida haya vulnerado el Código ético

controversias³³³. Los agentes intervinientes en el sector deben redactar un código de conducta, que recoja las directrices a seguir. En algunos casos, las reflexiones de los órganos disciplinarios de estas entidades, han sido utilizadas por los Tribunales ordinarios para aplicarlas en determinados conflictos³³⁴.

³³³ Massaguer Fuentes, J., (2006) *El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE (LA LEY 6058/2005) sobre Prácticas Comerciales Desleales*. Thomson-Civitas, p. 154. Por su parte, Maluquer de Motes, C., (2003) *Los códigos de conducta como fuente del Derecho*. Revista Derecho Privado y Constitución, p. 369 habla de los Códigos de conducta en el siguiente sentido: “en efecto, la calidad constituye hoy un valor para la empresa, pues sabe que se encuentra en una situación de fuerte competitividad que le empuja hacia una determinada cultura. Es la llamada «cultura de empresa». Ésta representa poseer una estrategia en la gestión, establecer una táctica en lo que se refiere a la relación con las personas, gozar de un elevado grado de calidad y, finalmente, ofrecer un plus o valor añadido a su nivel de producto o servicio, como los códigos de conducta. La calidad no es fácil obtenerla. La calidad es un concepto que afecta a todas las empresas, es una cultura y se hace más necesaria en el ámbito de la contratación electrónica. La calidad es un conjunto de ideas, de aptitudes, de forma de entender la contratación, que no solamente se centra en el aspecto técnico del producto o servicio que se ofrece, sino que comprende también un valor ético, la exteriorización de una buena imagen, la transmisión de seguridad, el ofrecimiento de una garantía, etc”.

³³⁴ Sobre la autorregulación ver el interesante artículo de Martín García, M.L., *Autorregulación publicitaria y defensa de los intereses del consumidor*, cit. pp. 494 y ss. Señala esta autora que “el ámbito de actuación del legislador se debe producir en beneficio, básicamente, de dos grupos de personas, las más sensibles en el tráfico comercial, como son, por un lado, los consumidores o usuarios, evitando situaciones de engaño o inducción a error, dado que el propósito de este tipo de la publicidad o de las promociones comerciales, no es otro que el de potenciar la venta o el uso de un determinado producto, haciendo uso de una serie de incentivos económicos o materiales; y, por el otro, los pequeños comerciantes, protegiéndoles de los actos de competencia desleal y garantizando un mejor funcionamiento del mercado. Los códigos de conducta pueden ser solución ideal, dado que ofrecen la posibilidad de protección directa de sus miembros o empresas que los hayan aceptado, e indirecta del público en general (destinatarios de la publicidad, consumidores, empresas competidoras), así como también detectar contenidos publicitarios que atentan contra sus principios o contra la propia Ley y se permite sancionar al incumplidor, e incluso analizar los mensajes publicitarios antes de que sean emitidos por los medios habituales. Ahora bien, la autorregulación publicitaria constituye un fenómeno que, en ningún caso, debiera implicar el desplazamiento del

El Derecho Comunitario, mediante la aprobación de Directivas, ha ido propiciando el uso de códigos de conducta en diferentes ámbitos de Internet, como la seguridad en la Red, la protección de datos, etc., alentando al control de su cumplimiento así como a la sumisión a órganos extrajudiciales, para la solución de los conflictos que puedan surgir como consecuencia de su incumplimiento³³⁵. En este ámbito de la autorregulación, la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico regula, en el

principio de legalidad, y de la tutela judicial, o que ponga en duda la competencia legislativa y judicial del Estado, en pro de una regulación ética de la cuestión, y el establecimiento de sanciones por organismo de carácter privado”.

³³⁵ En este sentido, Hernández Jiménez señala que *“la Directiva 2000/31/CE establece la posibilidad de aplicación de medidas nacionales necesarias para la protección de la salud, consumidores, etc., que impidan un grave riesgo y sean proporcionadas a los objetivos perseguidos (artículo 3.4). Este precepto está incorporando al ámbito del comercio electrónico la doctrina Cassis de Dijon, que permite a una normativa nacional limitar el comercio intracomunitario por razones de protección de salud pública, lealtad de transacciones comerciales, defensa de los consumidores o eficacia de la inspección fiscal, cuando recaigan sobre materias no armonizadas, sean proporcionales o razonables respecto a la finalidad perseguida y no puedan conseguirse a través de otras medidas menos limitativas del comercio intracomunitario. La aplicación de esta posibilidad de restricción adicional de la publicidad a través de medios electrónicos por el país de destino vendrá limitada, por un lado, por la existencia de aspectos ya armonizados en materia de publicidad y, por otra parte, por la interpretación restrictiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE de la doctrina Cassis de Dijon. Conviene recordar, a este respecto, que el legislador comunitario ha armonizado diversos aspectos del régimen jurídico de la publicidad mediante directivas comunitarias como la publicidad engañosa y comparativa, la publicidad en los medicamentos o la publicidad y patrocinio de los productos del tabaco. Asimismo, el propio artículo 3 de la Directiva (apartados 5 y 6) apunta esta interpretación restrictiva cuando establece la obligación de notificación de las medidas y el examen por parte de la Comisión de la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas notificadas. En caso de que la Comisión llegue a la conclusión de que tales medidas son incompatibles con el Derecho comunitario, solicitará al Estado miembro que se abstenga de tomarlas o ponga fin lo antes posible a las mismas”, en Hernández Jiménez, F. (2005) El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos en Principios de Derecho de Internet, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, p. 55.*

artículo 16, los llamados “códigos de conducta”³³⁶. Estos Códigos de Conducta no consisten en simples pautas de comportamiento a las que se ajustan las empresas que los elaboran y suscriben; son documentos elaborados por los proveedores de servicios de internet, que recogen los procedimientos necesarios para detectar y retirar contenidos ilícitos de la Red, sobre todo cuando afectan a la protección de los menores y de la dignidad humana³³⁷.

³³⁶ Este artículo señala que “*Los Estados miembros y la Comisión fomentarán:*

- a) la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores, con el fin de contribuir a que se apliquen correctamente los artículos 5 a 15;*
- b) el envío voluntario a la Comisión de los proyectos de códigos de conducta a nivel nacional o comunitario;*
- c) la posibilidad de acceder a los códigos de conducta por vía electrónica en las lenguas comunitarias;*
- d) la comunicación a los Estados miembros y a la Comisión, por parte de las asociaciones u organizaciones profesionales y de consumidores, de la evaluación que éstas hagan de la aplicación de sus códigos de conducta y su repercusión en las prácticas, usos o costumbres relacionados con el comercio electrónico;*
- e) la elaboración de códigos de conducta en materia de protección de los menores y de la dignidad humana”.*

³³⁷ Una reflexión sobre el tema de los Códigos de conducta la podemos ver en Martín García, M.L., (2011) *Reflexiones en torno a la protección del consumidor. Los códigos de conducta*, Derecho de los Negocios, nº 247, Editorial La Ley. En sus conclusiones recapitula con estas palabras: “*No debemos desdeñar el compromiso asumido por un grupo de empresas en pro de la mejora de nuestros derechos. Máxime cuando dicho acuerdo se recoge en un código de conducta que cuenta con medios de control y órganos sancionadores, en tanto garantes de que dicho instrumento no se convierta en una mera propaganda o declaración de intenciones*”. También, Hernández Jiménez, F. (2005) *El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos* en Principios de Derecho de Internet, cit, pp. 55 y ss.

El Derecho español, también ha adaptado su normativa a las exigencias del Derecho Comunitario, promoviendo la adopción de códigos de conducta³³⁸, códigos de carácter voluntario³³⁹, como señala la propia LSSICE³⁴⁰.

³³⁸ En palabras de Moraleda, J.P. y Rodríguez, F.S., *“Resulta evidente que la mundialización o globalización de Internet ha supuesto que los teóricos que se han dedicado a estudiar el alcance de las actividades, contenidos y posibilidades de la red, hayan puesto de relieve que los mecanismos de autorregulación ofrecen unos márgenes y una flexibilidad que, en cierta medida, conllevan mecanismos de autocontrol cuya finalidad última, entendida en sentido genérico, marcan pautas de comportamiento que debemos de tener en cuenta, sobre todo, porque desde un punto de vista práctico, el no cumplimiento del fenómeno autorregulado supone dentro del sector, una estigmatización y, en su caso, la expulsión del sistema”*, en *Autorregulación en internet*, Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, nº 21, Octubre 2004, p.14.

³³⁹ Ejemplos de entidades de autorregulación los encontramos en la Agencia de Calidad de Internet IQUA, creada en 2002, con vocación de actuación global, cuyos socios fundadores son diferentes autoridades independientes con competencias en Internet: la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, el Consell de l’Audiovisual de Catalunya y el Consejo Audiovisual de Andorra y que funciona como punto de encuentro entre los diferentes agentes de la red, siendo un referente común para la Administración, los operadores, usuarios, asociaciones y técnicos que trabajan para la mejora y la calidad de Internet. Esta Agencia trabaja bajo los principios de subsidiaridad, promoción de la autorregulación y neutralidad tecnológica. También podemos citar el sistema de resolución de controversias de AUTOCONTROL, único organismo privado español que ha sido reconocido por la Comisión Europea, por cumplir los requisitos y principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, establecidos en la Recomendación 98/257/CE. Autocontrol fue incorporada en el año 2000 a la Red EJE (Red Extra-judicial Europea) de la Comisión.

³⁴⁰ Art. 18 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio electrónico, que señala que “las administraciones públicas impulsarán, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en esta Ley. La Administración General del Estado fomentará, en especial, la elaboración de códigos de conducta de ámbito comunitario o internacional. Los códigos de conducta que afecten a los consumidores y usuarios estarán sujetos, además, al capítulo V de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal”.

Como podemos ver, los códigos de conducta se han convertido en un instrumento más, que contribuye a lograr el éxito empresarial a través de la búsqueda de la buena imagen empresarial³⁴¹. La creación de estos Códigos de conducta también se ha fomentado en los últimos años por parte de las Administraciones Públicas³⁴²,

³⁴¹ Ver Castallo Gómez, J. D., (2002) *La autorregulación publicitaria en España*. Revista Economistas, nº 94, pp. 58 y ss., entiende que “*las reglas de conducta constituyen la concreción de aquello que es éticamente correcto o incorrecto. Agrupadas en códigos de conducta esas reglas determinan los límites de la actividad publicitaria para la protección de los intereses y derechos de consumidores y concurrentes*”. También Real Pérez, A., (2010) *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Editorial Marcial Pons, p. 13. En el mismo sentido, López Jiménez, D. y Martínez López, F.J., (2010) *Los códigos de conducta como solución frente a la falta de seguridad en materia de comercio electrónico*, en Revista de Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica, vol. 28 nº 1.

³⁴² En efecto, entre la abundante normativa existente en materia de telecomunicaciones podemos citar la Resolución de 8 de julio de 2009, por la que se publica el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional basados en el envío de mensajes (BOE no 180, de 27.9.2009), cuyo objeto es fijar normas de conducta que asegurasen la protección de los intereses de los usuarios, la transparencia y la leal concurrencia en la prestación de los servicios de tarificación adicional en relación con el envío tanto de mensajes cortos de texto (SMS) como mensajes multimedia (MMS) a dispositivos móviles. En España hay numerosos códigos de conducta en vigor, pero se puede cuestionar si son útiles y realmente eficaces y ejercen una verdadera reacción en el comportamiento de los prestadores de servicios y cómo se aplican, así como cuáles son las posibles sanciones por incumplimiento en el caso de códigos impuestos por organizaciones empresariales.

Para un estudio sobre los Códigos de conducta podemos ver Soro Rusell, O., (2010) *Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada*, Indre, Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. En el mismo sentido podemos citar el estudio realizado por Llácer Matacás, M. R., coordinado por Barral Viñals, I, (2003) *La protección de los datos personales en internet* en La regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista, pp. 157-190, quien señala que “*La intervención de terceros es otra vía coadyuvante. Se consigue mediante la elaboración de Códigos de Conducta sectoriales y la concesión de certificados emitidos por entidades sin ánimo de lucro. El art. 27 de la Directiva 95/ 46/CE instaba a los Estados miembros y a la Comisión a alentar la elaboración de códigos de conducta para contribuir, en función de las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de la legislación. Con el propósito de*

dado que constituyen una herramienta muy eficaz para combatir la propagación de contenidos ilícitos o nocivos para el público en general³⁴³. El sector privado ha ejercido una influencia decisiva sobre el sector público en determinadas áreas o sectores, cuya asunción por los poderes públicos se convierte en un elemento relevante. De esta forma, el Código de conducta, se convierte en el documento de referencia de las entidades que intervienen en la Red³⁴⁴.

fomentar a la creación de un sistema de sello comunitario, el Grupo de Trabajo aprobó, el 17 de mayo de 2001, una Recomendación sobre determinados requisitos mínimos para la recogida en línea de datos personales en la Unión Europea.

Este texto traza las líneas de aplicación de las Directivas 95/46/CE y 97/ 66/CE con el fin de detallar [un conjunto mínimo de obligaciones que puedan seguir fácilmente los sitios web operativos responsables del tratamiento]. La Ley Orgánica 15/1999, art. 32, legitima a los responsables de los tratamientos de titularidad pública y privada y a las organizaciones en que se agrupen para formular códigos tipo, que tendrán el carácter de códigos deontológicos o de buena práctica profesional y que serán depositados o inscritos en el Registro General de Protección de Datos. Las organizaciones sectoriales o las entidades independientes que impulsan los códigos arbitran sistemas de control basados en su propio prestigio y en la publicidad que se otorga al cumplimiento. La confianza del consumidor se promociona con sellos de garantía indicativos de que una empresa observa una buena práctica comercial y somete su actuación a los principios promovidos por el Código. Los usuarios pueden presentar quejas ante la entidad que concede el sello, cuyas sanciones pueden alcanzar la retirada del sello, la publicidad de la medida o la denuncia ante la Agencia de Protección de Datos”

³⁴³ Es cierto, que el sometimiento de las empresas a una serie de reglas éticas relativas al ejercicio de su profesión, a la par que garantiza la leal competencia, genera seguridad y confianza en el consumo llevado a cabo por los particulares. De ahí que los CDC se conviertan también en una eficaz herramienta en la que se puede apoyar la defensa de los intereses de los consumidores, y en este sentido el legislador comunitario no ha permanecido estático sino que en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la UE, 2001, indicando en su texto: «...la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, especialmente en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos», Martín García, M.L., (2011), *Reflexiones en torno a la protección del consumidor. Los códigos de conducta*, op. cit. p. 8.

³⁴⁴ Para un estudio en profundidad sobre la publicidad en Internet, ver: López Jiménez, D., (2013), *La*

2. El consentimiento electrónico

Si tenemos en cuenta la redacción actual del artículo 1262 del Código civil³⁴⁵, en él se establece, como exigencia para la formación del contrato, la concurrencia de, al menos, dos declaraciones de voluntad: la del oferente y la del aceptante, que han de recaer sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato³⁴⁶.

En efecto, será necesario que las partes presten su conformidad sobre el objeto del contrato y sobre la causa, aunque el Código civil no exige la conformidad expresa sobre todos los elementos que comportan el contenido del contrato; basta con que el acuerdo de voluntades recaiga sobre los contenidos mínimos, siempre que sean queridos y conocidos por las partes³⁴⁷. Ahora bien, el consentimiento debe ser

publicidad en Internet: regulación y autorregulación. Ediciones Thomson Reuters Aranzadi, Navarra. En el mismo sentido, vid López Jiménez, D., (2014), *Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones: la autodisciplina del comercio electrónico*. Marcial Pons. También, Farré López, P., (2003) El derecho de rectificación en el ámbito de la publicidad comercial, en la obra *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, pp. 837-860. De la Cuesta Rute, J.M., (2005) *Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (a propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004)*, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 256, p. 675.

³⁴⁵ “El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”.

³⁴⁶ Como señala Fernández Pérez, “los contratos electrónicos, como los contratos tradicionales, serán válidos cuando los contratantes hayan prestado su consentimiento y concurren los demás requisitos que las leyes exijan en cada caso. La LSSI, siguiendo las directrices europeas, respecto de no poner impedimentos al desarrollo del comercio electrónico, hace depender la validez de los contratos electrónicos de la reunión de los requisitos que en cada caso corresponda, sin exigir el acuerdo previo de las partes contratantes para la utilización de los medios electrónicos en la contratación. Debemos acudir, por tanto, a la teoría general de los contratos para analizar los requisitos que deben concurrir para que un contrato electrónico sea válido. Además, claro está, de tener en cuenta las normas especiales que se establezcan en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas que concurren”, en Fernández Pérez, N., (2006) *El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet*, Editorial La Ley, La Ley, Madrid, p. 4.

³⁴⁷ Sobre este tema ver Domínguez Cabrera, M.P., (2003-2004) *El perfeccionamiento del contrato*

integral, aunque no se refiera a la totalidad del negocio que se pretende realizar, como señala el artículo 1258 del Código civil donde se dice que *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*³⁴⁸.

En base a este artículo, podemos entender que la celebración del contrato presupone una correlación entre oferta y aceptación³⁴⁹, por lo que para que exista perfección será necesario que la aceptación se emita, siempre que subsista la oferta, pues como señala la norma, *el consentimiento existe desde que se manifiesta la*

electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en Revista de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, nº 8-9, pp. 57 y ss.

³⁴⁸ Como señala Lasarte Álvarez, C., *“de este artículo 1258 del Código civil se desprende, que si bien el contrato es el exponente máximo de la autonomía privada, la regulación que hayan realizado los contratantes no se agota en esos acuerdos, sino que requiere integrarlos en un ambiente normativo que reflejará la ley aplicable, los usos y la buena fe, y sin que se requiera por ello ninguna laguna contractual, provocada por la ausencia de voluntad de las partes en determinados aspectos del contrato que hayan podido suscribir, más bien al contrario, del propio acuerdo o contrato nace la aplicación del precepto de integración del contrato que desarrolla este artículo del Código Civil”, Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación.* En torno a la Sentencia TS 27/01/1977. Revista de Derecho Privado Tomo LXIV, 1980 pp. 50-78. En el mismo sentido Lacruz Berdejo, J.L., (2000) *Elementos de Derecho Civil II* 1º. 2ª Edición revisada y actualizada por Rivero Fernández Madrid, p. 508. También Serrano Fernández, M., (2005) indica que *“el contrato no se integra por una voluntad hipotética de las partes, al contrario, se trata de una “ordenación objetiva” de la reglamentación contractual que introduce en ella reglas de conducta independientes, en su origen, de la voluntad de las partes”* en Estudio de Derecho comparado. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 149.

³⁴⁹ Sobre el tema ver, entre otras, Álvarez Cienfuegos Suárez, J.M., (1992) *Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos*, La Ley, nº. 4, pp. 1012-1028; Clemente Meoro, M. E., (2000) *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, Revista de Derecho Patrimonial, nº. 4, pp. 59 y ss; Carrasco Blanc, H., (1999) *Aspectos de la formación del consentimiento electrónico*, REDI, nº. 12, julio.

*aceptación*³⁵⁰. En la contratación tradicional, el consentimiento se presta a través de los clásicos medios para la emisión de la voluntad, ya sea a través de la forma escrita o mediante la verbal. Pero en la contratación electrónica la voluntad de contratar no se manifiesta de forma oral, y, en ocasiones, tampoco de forma escrita, sino apretando el botón de aceptar, con el que queda manifestada la aceptación (click agreements).

Normalmente, la contratación en Internet se realiza mediante contratos de adhesión, que incluyen condiciones generales que integran el contenido del contrato y que se establecen de forma unilateral por el empresario, limitándose la otra parte a adherirse a las mismas, si quiere contratar el producto o servicio ofertado. En el

³⁵⁰ Ahora bien, en la contratación electrónica, la formación del contrato es casi simultánea, puesto que la oferta contractual se formula a la espera de un aceptante potencial que, si le despierta su interés, pulsará un icono que supone la aceptación (click-wrap agreements), produciéndose así la perfección del contrato, en Fernández Pérez, N., (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 35. Como ha señalado la doctrina, el contrato tiene tres fases: en primer lugar, la fase en la que se genera el contrato que se compone de un conjunto de actos jurídicos, simultáneos o sucesivos, dirigidos a la manifestación del consentimiento con la que el contrato se perfecciona; en segundo lugar la fase de perfección del contrato o nacimiento a la vida jurídica; y finalmente la fase de consumación del mismo, por la que se cumple el fin para el que se constituyó el contrato. Para Díez Picazo sólo existen dos fases en el iter contractual: la precontractual y la contractual, en el medio, habría un punto de inflexión: la fase de perfección, Díez Picazo, L., (1993) *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Editorial Civitas. Admitiendo el valor de la aceptación por estos medios, De Miguel Asensio, P.A., (2002) *Derecho privado de Internet*, Civitas, Madrid, p. 307.

También, Estupiñán señala que “*el consentimiento contractual señala, pues, el momento de finalización del iter formativo del contrato, momento calificado de perfección por el art. 1258 CC (LA LEY 1/1989). En consecuencia, si existe una coincidencia entre la oferta y la aceptación, surge el consentimiento, que por sí mismo basta para el nacimiento del contrato, según la doctrina espiritualista que informa nuestro Derecho contractual y que tan diáfananamente consagra el art. 1254 (LA LEY 1/1989) del propio CC*”, en Estupiñán Cáceres, R., (2002) *La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos*. Diario La Ley, Editorial LA LEY, 19 sep, p. 2. Para un estudio sobre la cuestión Rovira y Mola, A. y Palomar Baro, A., (1958) *Problemas de la contratación entre personas distantes*”, en ADC, (1), p. 148.

contexto electrónico, el uso de condiciones generales en los contratos está generalizado, lo que favorece la rapidez de las transacciones económicas y la contratación en masa. Al igual que ocurre en la contratación presencial, las condiciones generales deberán incluirse en la oferta de contratación y deberán ser aceptadas por el cliente³⁵¹.

Además, en los contratos entre sujetos presentes, tanto la oferta como la aceptación coinciden, en la mayoría de los casos, en el mismo instante³⁵². La prestación del

³⁵¹ De ahí que en las páginas web dirigidas a contratación de productos y servicios de forma electrónica contengan un apartado exclusivo dirigido a señalar las condiciones generales de la contratación (normalmente mediante la técnica de enlaces), que el consumidor deberá aceptar para continuar con el proceso de contratación. Como señala De Miguel Asensio, P.A. *“el diseño de páginas web dedicadas al negocio con consumidores es fundamental para garantizar su tutela”*, en Derecho privado de internet, cit. p. 828. Por otra parte, Fernández Fernández, R., Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet, cit. p. 115 opina que *“el destinatario del contrato, a través de la pantalla de su ordenador, puede ver con claridad y analizar detenidamente las condiciones generales del contrato. Además, en muchas ocasiones incluso deberá «pasar» a través de ellas y visualizarlas para culminar la hoja de pedido o el encargo correspondiente. La claridad y fluidez de las imágenes, de los formularios, la necesaria identificación de las partes contratantes, la información recibida por el destinatario del producto o servicio –con exigencias mucho mayores para el oferente-empresario que en la contratación on line- y, sobre todo, la capacidad de la que dispone el comprador para reflexionar sobre el producto o servicio en la tranquilidad de su hogar o de su puesto de trabajo, sin las prisas y presión que son propias del entorno físico con frecuencia influenciado por el ámbito de actuación del comprador, son conjuntamente las circunstancias que acercan la contratación por Internet al mundo presencial e incluso superan en garantías jurídicas a la contratación tradicional”*. También es de interés el escrito *Formación y perfección del contrato en Internet*, de Guisado Moreno, Á., (2004) Editorial Marcial Pons, Barcelona, pp. 177 y ss y en el mismo sentido, Cavanillas Mújica, S., (1999) La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica, Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 4, pp. 435-458.

³⁵² Respecto a la denominación “contratación entre ausentes”, Martínez Gallego, señala que *“el termino «ausentes» no nos parece el más apropiado, máxime cuando tal concepto se encuentra reservado jurídicamente para el supuesto de ausencia legal. Por ello, y desde ahora, nos referiremos a la problemática que plantea el momento de la perfección del contrato entre personas no presentes, que creemos resulta más preciso. El por qué de la elección del término, que deja de lado la expresión «entre personas distantes» tiene una clara justificación. Con este matiz lo que pretendemos es evitar,*

consentimiento se hace a través de los clásicos medios para la emisión de la voluntad, y la voluntad de las partes se manifiesta de manera simultánea, mediante la formulación de preguntas y respuestas sucesivas, de modo que, oferta y aceptación forman un solo estado, no existiendo duda alguna sobre el momento en el que el contrato se considera perfecto. No ocurre lo mismo en la declaración de voluntad entre personas distantes, puesto que, en estos casos, oferta y aceptación ocurren en espacios y tiempos diferentes³⁵³.

Por ello, como hemos señalado anteriormente, el problema que se plantea respecto a la prestación del consentimiento en la contratación electrónica, es que la voluntad de contratar no se manifiesta en estos contratos de forma oral, ni siquiera en muchos supuestos de forma escrita, sino a través de gestos como puede ser clicar en el icono o botón que se corresponda con la aceptación (Web-wrap o Click-throug Agreements)³⁵⁴, lo que puede generar inseguridad jurídica.

En efecto, el consentimiento contractual electrónico se corresponde con una declaración escrita en el terminal del ordenador del cliente, como puede ser el caso

en la medida de lo posible, la confusión con los llamados contratos a distancia, fruto de la incidencia de una moderna política de protección a los consumidores y usuarios". Martínez Gallego, E., Contratación entre personas no presentes al amparo de la ley de servicios de la sociedad de la información. Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002, en Estudios de derecho de obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Editorial La Ley, Tomo II, p. 309.

³⁵³ El consentimiento debe ser libre y consciente, tanto en su proceso de formación cuanto a la hora de su expresión, para que la declaración de voluntad expresando éste sea válida. De ahí, que cuando las partes contratantes emiten sus declaraciones de voluntad por medios telemáticos, habrán de tenerse en cuenta también los problemas de los vicios a la hora de la formación de la voluntad (error, dolo, violencia e intimidación).

³⁵⁴ Martínez Nadal, A., (1999) señala que: "*Es preciso que tanto los consumidores como las empresas tengan confianza en que sus transacciones no serán interceptadas ni modificadas, el comprador y el vendedor son los que dicen que son, y los mecanismos de la transacción son accesibles, legales y seguros*", en La protección del consumidor en la Propuesta de directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», CDC nº 29, p. 117.

de la manifestación de la aceptación por escrito a través del correo electrónico o ejecutando la orden *aceptar*³⁵⁵. Estamos ante un auténtico consentimiento (la LSSICE alude de forma expresa al consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos)³⁵⁶ y, también en este tipo de contratación, la aceptación otorgada por medios electrónicos ha de cumplir los mismos requisitos que la aceptación realizada por escrito o de forma oral, es decir, deberá existir una exacta correspondencia entre la oferta y la aceptación. La aceptación ha de ser definitiva, simple y pura, por lo que no cabe una aceptación condicional o efectuada con reservas y ha de consistir en una manifestación dirigida al oferente mediante el procedimiento electrónico establecido (“click”; “acepto”, etc.) dentro del plazo estipulado en la oferta.

La doctrina y la jurisprudencia, generalmente, han considerado que el consentimiento contractual es el momento de finalización del proceso de formación del contrato³⁵⁷, aunque coinciden, al examinar los problemas de la contratación entre

³⁵⁵ Para mas información, Payeras Capelá, M., (2005) *Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal*, en AA.VV., Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar. (Coordinador Cavanillas Múgica), Editorial Comares, Granada, pp. 2 y ss.

³⁵⁶ De Miguel Asensio, P.A., señala que: «*La posibilidad de manifestar la aceptación no sólo mediante el envío de un mensaje de correo electrónico sino también pulsando sobre un icono por medio del ratón o tecleando en la pantalla del ordenador, en el marco de un contacto interactivo con un sitio web debe ser afirmada con carácter general*», en *Derecho privado de Internet*, 2ª edición, cit, p. 307. En el mismo sentido, Barriuso Ruiz, C., (2006) *La contratación electrónica*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 130, señala que “*elegir un producto, mediante un «clic» de ratón en una teleshopping, implica el consentimiento en la compra de ese producto*”.

³⁵⁷ En este sentido, podemos citar la STS de 14 de marzo de 1973, que establece que «*para que el consentimiento origine la creación de un contrato, a tenor de los artículos 1.254 y 1.258 del CC, es preciso, conforme al artículo 1.262, que se manifieste por la coincidencia de la oferta y de la aceptación, que deben constar de un modo claro e inequívoco, sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente* –Sentencias de 19 de junio de 1950 y de 6 de marzo de 1.969–, de suerte que si la aceptación se formula modificando o alternando la propuesta o

ausentes, en referirse a dos temas fundamentales, referidos al lugar y al momento de perfección del contrato³⁵⁸, por lo que se hace necesario determinar el momento en que ha de considerarse perfeccionado el contrato electrónico³⁵⁹. Como ya sabemos, los contratos consensuales se perfeccionan por la concurrencia de la oferta y aceptación sobre los elementos esenciales del negocio jurídico³⁶⁰. Nuestro

sometiéndola a condición, no es posible apreciar su existencia, sino la de una simple proposición que deja el convenio en estado de proyecto, en tanto manifiesta su conformidad el primer oferente". Dicha sentencia diferencia claramente entre formación y perfección del contrato, señalando que el contrato tiene un iter y que se va formando sucesivamente, con las declaraciones de las partes que intervienen en el mismo, hasta que se consuma la perfección del mismo.

³⁵⁸ Ver por todos, Azofra Vegas, F., (1997) La contratación electrónica bancaria, RDBB, nº 68, p. 1069, cuando dice que *"nuestros textos legales vigentes solo contemplan las formas de contratación entre ausentes accesibles en el estado de desarrollo tecnológico del siglo pasado, en el que surgen tanto el Código civil como el Código de comercio: la contratación por correspondencia y la telegráfica"*.

³⁵⁹ La falta de concreción normativa, a nivel general, del momento en el que un contrato es eficaz y por tanto obliga a las partes, conlleva una gran inseguridad jurídica, para los contratantes, sobre todo cuando estamos ante contratos celebrados con consumidores. La Directiva 31/2000/CE de 8 de junio relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico) no resuelve el problema y la Directiva 2011/83/UE del parlamento europeo y del consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Directiva 83/2011 UE de 25 de octubre de 2011, tampoco resuelve la cuestión relacionada con la concreción del momento de perfeccionamiento del contrato electrónico internacional. Por ello la cuestión sobre el momento de la validez del contrato electrónico, sigue siendo una cuestión sin resolver, pues ni la normativa europea, ni la interna de los Estados miembros, ha resuelto esta cuestión. En Gómez Valenzuela, E., (2013) *Formación del contrato electrónico y negocios internacionales: carencias y retos en la normativa comunitaria*. Derecho de los Negocios, Editorial La Ley, 8 de Enero de 2014, p. 2.

³⁶⁰ Perales Viscasillas M., (2002) señala que *"el acuerdo de voluntades es el elemento fundamental para poder perfeccionar un contrato, sin que sea un obstáculo para su consecución el que se otorgue por medios electrónicos, al amparo del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el*

sistema positivo refleja la idea central de que *solus consensus obligat*, es decir que el consentimiento contractual es el soporte necesario de toda contratación³⁶¹. Por tanto, para perfeccionar el contrato será necesario un acuerdo de voluntades que, en el caso de los contratos electrónicos, se otorga por medios electrónicos³⁶².

La ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico establece, en su artículo 11, que *en la formación del contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresados por medio de un mensaje de datos*. Y señala, a continuación, que *no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos*. Lo que corrobora en su artículo 12 al expresar: *“en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación u otra declaración, por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”*.

Por tanto, el proceso de expresión de la voluntad sigue el mismo camino, tanto si es a través de la vía electrónica como si es por otros medios, dado que lo único que varía es la utilización de los medios. De ahí que podamos aplicar la teoría general

artículo 1.255 del Código Civil” en Formación del contrato electrónico, cit. P. 885.

³⁶¹ Como señala Radbruch: *se concibe, entonces, al mundo jurídico como un tejido de obligaciones recíprocas aceptadas voluntariamente; como una red de contratos libres, como un gran mercado único, en el cual todo puede convertirse en mercancía. La libertad contractual es uno de los pensamientos básicos del Derecho patrimonial*, citado por Rocamora, P., *La crisis del contrato*, en RCDI, 1942, p. 570, nota 1.

³⁶² La utilización de la mecánica electrónica en España se constata ya en los años ochenta, cuando se consagra su utilización como parte de las obligaciones estatutarias de los empresarios, como ocurre con la reforma del Código de comercio de 1973, que permitió la llevanza de la contabilidad por nuevos métodos o con la Ley del Mercado de Valores de 1988, que consagra la representación de las acciones por medio de anotaciones en cuenta y recoge la posibilidad de su compraventa por medios electrónicos en mercados organizados y su liquidación a través de sistemas de compensación electrónica.

del negocio jurídico a los medios de comunicación electrónica³⁶³, es decir, que el contrato electrónico existe y se perfecciona conforme a lo dispuesto en la normativa general.

En este sentido, el artículo 1.254 del Código Civil señala que el contrato existe desde que hay consentimiento³⁶⁴, estableciendo el momento del nacimiento del contrato, al decir que *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*³⁶⁵.

³⁶³ Perales Viscasillas M., (2002) en Formación del contrato electrónico, cit. P. 886.

³⁶⁴ El Diccionario de la RAE nos ofrece una definición de consentimiento como: *manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes*. La etimología de la palabra consentir viene del latín (consentire, de cum y sentire, sentir con otro), conformidad o coincidencia del pensamiento propio con el ajeno, por lo que si la aplicamos al contrato, podemos definirla como la conformidad de dos o más personas sobre el objeto y la causa de la relación jurídica.

³⁶⁵ La materia relativa al momento y lugar del perfeccionamiento del contrato ha despertado de nuevo el debate, debido a que en las nuevas tecnologías de la información las nociones de espacio y de tiempo se ven alteradas en cierto modo. Así, como señala Martínez Gallego, *La Formación del Contrato*, cit., p. 114: *“En un contexto de incesante progreso de los medios de comunicación, como en nuestros días, se produce un progresivo aumento de las relaciones contractuales entre personas situadas en lugares diversos. Renace constantemente, a causa de tal circunstancia, un creciente interés por un tema tan viejo y nuevo como es el momento de la perfección del contrato, de cuya exacta fijación dependen cuestiones fundamentales, como la determinación del límite temporal para revocar la oferta o el límite de la retroactividad del contrato condicional, etc.”*.

En el mismo sentido se manifiesta, Martínez Nadal, (1999): *“El momento de perfeccionamiento de un contrato electrónico ha sido una de las cuestiones más debatidas y que, por tanto, genera una gran inseguridad para las partes contratantes en general, y para el consumidor en particular...Además, los comportamientos específicos que adoptan las partes para contratar por vía electrónica, provocan incertidumbres respecto a la celebración del contrato; en especial, la propia acción de hacer clic en el icono “Aceptar” puede tener un significado jurídico distinto para cada Estado miembro (¿es la aceptación de una oferta del prestador de un servicio o de una oferta de contrato de cliente?). Estas enormes diferencias entre los regímenes jurídicos nacionales, combinadas con la especificidad del*

En cuanto al momento de perfección del contrato electrónico, el artículo 1.262 confirma que *“en los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación”*³⁶⁶ y lo mismo manifiesta el artículo 54 del Código de comercio. Ciertamente, los contratos nacen por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato³⁶⁷.

contexto tecnológico, provocan situaciones de inseguridad, en especial para el consumidor, en las relaciones contractuales “sin fronteras”, situaciones que no contribuyen al desarrollo de la confianza necesaria en el comercio electrónico”. Martínez Nadal, A. en Comercio Electrónico en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores. Madrid. Editorial Mc Graw Hill, p. 267.

³⁶⁶ Lo cierto es que la mera concurrencia del consentimiento formalizado por vía electrónica -siempre y cuando como es obvio se den los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa- determina la existencia del contrato, sin que sea precisa ninguna otra formalidad, Fernández Pérez, N., *Problemática derivada de la aplicación de los conceptos tradicionales a la contratación a distancia: la singularidad de la contratación electrónica* en El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, cit, p. 18. Sobre la contratación entre presentes, Almagro Nosete, J., (2000) “Artículo 1262”, en AA.VV., Comentario del Código Civil (coordinación Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Libro IV De las obligaciones y contratos. Artículos 1086 al 1314, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 542, opina que *“las peculiaridades del comercio electrónico en pleno desarrollo obliga a la consideración en cada caso del momento en que el contrato se perfecciona...”*.

³⁶⁷ Como opina Fernández Pérez, *“en el estadio actual de la tecnología no puede negarse que los medios telemáticos aseguran una práctica inmediata, en cuanto a la emisión de las declaraciones de voluntad, lo que determinaría una formación instantánea del contrato y, por tanto, que la determinación del momento de perfeccionamiento del mismo se plantee en los mismos términos que la contratación entre presentes. Siendo cierto que la aceptación va a llegar a su destino casi al mismo tiempo que se ha realizado, la variedad de situaciones a que puede dar lugar el entorno de Internet, hace que no pueda afirmarse con carácter general el referido carácter instantáneo. Para que se produzca una continuidad en las declaraciones negociales será preciso, bien que los ordenadores del oferente y aceptante estén conectados entre sí o, que haya una conexión permanente al proveedor de Internet, que haga posible que los mensajes que se envíen electrónicamente puedan descargarse de forma inmediata en el correspondiente ordenador, bien que la contratación se realice directamente a través de una página web. Por otra parte, habrá que tener en cuenta la propia naturaleza de la operación a realizar, que puede requerir el desarrollo de fases sucesivas”*, Fernández Pérez, N.,

Por otra parte, si analizamos la LSSICE, vemos que establece, en su artículo 23, la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, cuando exige la necesidad de concurrencia del consentimiento de los contratantes para la validez de los contratos electrónicos, al señalar que: *“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”*³⁶⁸. Consagra este artículo el principio de equivalencia funcional entre los contratos electrónicos y los contratos celebrados por escrito y de libertad de forma³⁶⁹.

Problemática derivada de la aplicación de los conceptos tradicionales a la contratación a distancia: la singularidad de la contratación electrónica en El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, cit, p. 52.

³⁶⁸ En el proceso de formación contractual, existen situaciones anteriores que también conforman la formación de la declaración de voluntad: los llamados tratos previos o fase preliminar del contrato en la que las partes realizan contactos previos a la oferta con diferentes finalidades, ya sea informarse, realizar sus cálculos, valorar sus posibilidades, etc. Esta fase preliminar se da con frecuencia cuando se contrata mediante el intercambio de mensajes electrónicos, dado que las partes podrán discutir los términos del acuerdo, aunque será más difícil que se de en el caso de las ofertas permanentes en la Web puesto en estos casos no existe posibilidad de discutir los términos del contrato por parte del consumidor en Perales Viscasillas, M.P. Formación del contrato electrónico, cit. p.886. Carrascosa López, V.; Pozo Arranz, M.A.; Rodríguez de Castro, E.P., (1997), *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Editorial Comares, Granada, pp. 29-30, quienes consideran como fase necesaria en la contratación lo que ellos llaman fase de generación o precontrato. En este sentido, Blasco señala que *“la protección del consumidor no es una finalidad en sí, sino un medio necesario para favorecer la verdadera finalidad: la potenciación de la contratación electrónica”*, Blasco Gascó, F.P., (2005) *Contratación y nuevas tecnologías*, cit, p. 21.

³⁶⁹ La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 1 de septiembre de 2006 señala que el artículo 23.2 de la LSSICE exige, en la celebración de contratos por vía electrónica, *“el común acuerdo entre las partes en la utilización de dichos medios electrónicos*, señalando a su vez que *“el régimen de contratación por vía electrónica que recogen los artículos 23 a 29 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, participan de los efectos previstos en el Ordenamiento jurídico para el común de los contratos que hasta ahora habían sido objeto de regulación en nuestro derecho”*.

Esa es la finalidad de esta Ley, que ha venido a transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 31/2000/CE³⁷⁰, con la que el legislador europeo trata de establecer las bases de un marco legal, que regule las transacciones comerciales que se realizan a través de las redes de telecomunicación y, en especial, del fenómeno del comercio electrónico³⁷¹.

Es decir, las reglas sobre perfección de los contratos mercantiles y los principios reguladores de la contratación entre ausentes han constituido las bases sobre las que se asienta el derecho de la contratación electrónica, caracterizado por la ausencia de presencia física de las partes contratantes³⁷².

³⁷⁰ Directiva 31/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico, DOCE 178/1, en la que se recoge el pleno reconocimiento de los contratos por vía electrónica. El artículo 9 de la misma establece que los Estados miembros velarán para que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica: *“Los Estados miembros garantizarán, en particular, que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y validez jurídica a este tipo de contratos, en razón de su celebración por vía electrónica”*.

³⁷¹ En relación al perfeccionamiento del contrato electrónico, la Directiva sobre comercio electrónico obliga a los Estados a otorgar efectos jurídicos a los contratos realizados electrónicamente, a la vez que otorga una regulación armonizada de algunas cuestiones que surgen en estos contratos, Gómez Valenzuela, E. (2013), en *Formación del contrato electrónico y negocios internacionales: carencias y retos en la normativa comunitaria*. Derecho de los Negocios, La Ley mercantil, 8 de Enero de 2014, Editorial La Ley.

³⁷² Como señala Geste-Alonso, M.C. (2000) por perfección del contrato podemos entender: *la cualidad que produce (o de la que se deriva) la vinculación de las partes a la relación jurídica creada, la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y, normalmente, el nacimiento de su eficacia típica (la producción de obligaciones)*. Teoría General del Contrato, en *Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*. Madrid. 3ª edición. Editorial Marcial Pons, p. 577. En el mismo sentido, La laguna, cuando dice que *“en los casos de formación instantánea (compraventa al contado, donación manual, etc.) el fenómeno de la concurrencia de la oferta y la aceptación se nos ofrece con una notable simplicidad y no plantea, por lo general, problema alguno respecto a la determinación del momento en que el contrato se*

En definitiva, el comercio electrónico conlleva una nueva modalidad de intercambio comercial, caracterizada por la ausencia de presencia física de las partes contratantes y por la realización de este intercambio a través de la Red. Esa es la verdadera revolución que conlleva Internet, la posibilidad de contratar a través de estos medios y de que tales acuerdos tengan plena validez jurídica, sin la presencia simultánea de las partes contratantes. Habrá que precisar, a continuación, el sentido de los mensajes de datos que contienen declaraciones negociales, la viabilidad legal de la remisión de clausulados generales, la circulación de derechos y obligaciones y los problemas de seguridad jurídica que pueden acarrear³⁷³.

perfecciona". La laguna Domínguez, E. (1993) *Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, p 108.

En el mismo sentido, señala Martínez: *"en los contratos entre sujetos presentes, los cuatro estados por los que pasa, tanto la proposición como la aceptación, coinciden, en la mayoría de los casos, en el mismo instante. La voluntad de las partes se manifiesta a través de preguntas y respuestas sucesivas, de modo que, confundiéndose propuesta y aceptación entre sí, forman un solo estado. Así no existe duda alguna sobre el momento en el que el contrato entre presentes debe considerarse perfecto. Sin embargo, la declaración de voluntad entre personas distantes es difícil e incierta, ocurriendo en espacios y tiempos diferentes. Por ello ha de aclararse el momento en que ha de considerarse perfeccionado el contrato por la presencia del consentimiento, en cuanto recíproca manifestación de voluntades"* en Martínez Gallego, E.M. (2000) *La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación*. Madrid. Editorial Marcial Pons, p. 114. También, Álvarez Cienfuegos, J. Mª., (1992) *Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos*, Editorial La Ley pp. 1022-1023, señala *"Respecto del momento de perfección del contrato electrónico, a mi juicio, es perfectamente aplicable la regla del párrafo 2 del art. 1262, entendiéndose producida cuando llega a conocimiento del oferente. En este sentido, no parece un obstáculo el contenido divergente del art. 54 del Código de Comercio, pues, en la actualidad la emisión de la respuesta y su conocimiento por el oferente se nos representan como actos simultáneos en el tiempo"*. Asimismo, Pombo, F. (2001) *Contratación electrónica, en Régimen jurídico de Internet*, Editorial La Ley, pp. 1139-1176.

³⁷³ También los problemas de insolvencia del deudor de obligaciones electrónicas y los medios de pago electrónicos son temas de gran envergadura que han supuesto una innovación respecto de los mismos contratos cuando se contraen por vía no electrónica, en soporte papel.

2.1. La declaración de voluntad electrónica

El contrato no surge a la realidad de manera súbita sino que se desarrolla por fases durante las cuales se va gestando el mismo³⁷⁴. Dicho proceso se inicia con la declaración de voluntad, hasta llegar a reunir todos los elementos esenciales para que tengamos un contrato que despliegue plenamente su eficacia jurídica.

En el caso de la contratación electrónica, la declaración de voluntad va a consistir en un mensaje de datos que contiene una declaración de voluntad del que inicia el mensaje, destinado a otra parte que debe prestar su consentimiento, mediante su declaración de voluntad, de comprometerse en los extremos designados por el iniciador del mensaje de datos. Es fundamental que a la declaración de voluntad que se emite en esta forma, se le atribuyan los mismos efectos que a la declaración de voluntad que se expresa por los medios tradicionales³⁷⁵.

Dicha declaración de voluntad es constitutiva de un compromiso firme unilateral, precontractual o contractual emitida electrónicamente³⁷⁶. En este sentido, el profesor Illescas (2009), señala que *la declaración de voluntad emitida electrónicamente es un mensaje de datos, que contiene la voluntad de comprometerse de su iniciador y firmante en el caso concreto*³⁷⁷.

Pues bien, la oferta es una declaración de voluntad, tendente a la perfección del contrato mediante la declaración de voluntad del aceptante, que debe dejar clara la

³⁷⁴ A estos efectos, podemos ver Clemente de Diego, F., (195)) en Instituciones de Derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Madrid, pp. 113 y ss.

³⁷⁵ De Miguel Asensio, P.A. Derecho Privado de Internet, 4ª edición, cit. p. 831.

³⁷⁶ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 209.

³⁷⁷ Illescas, R., en *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 209 señala que el compromiso comunicado se encuentra destinado a una contraparte cuyo consentimiento recíproco es buscado por el iniciador del mensaje de datos.

intención seria y definitiva del oferente, de quedar obligado en los términos de la misma, sin que incida ningún vicio del consentimiento y debe manifestarse de manera expresa, dejando constancia de que estamos ante una verdadera oferta³⁷⁸. En este sentido, no cabe duda de la existencia de riesgos e incertidumbres acerca de la capacidad de las partes contratantes (suplantación de personalidad, de firmas, etc.).

Como no puede ser de otra manera, la respuesta es la misma que en la contratación tradicional, por lo que se aplicarán, en orden a determinar la capacidad, las reglas tradicionales señaladas por el Código civil, sobre la capacidad para contratar y los efectos que los vicios del consentimiento, error, violencia, intimidación o dolo tienen sobre dichos contratos. No obstante, hay que reconocer las particularidades de la contratación electrónica, que se realiza en entornos virtuales, ofreciendo una mayor dificultad para determinar la efectiva capacidad del destinatario de los productos o servicios (que puede tratarse de un menor de edad, o de una persona que carezca de la disposición de sus bienes), así como la integridad de las declaraciones negociales, por la posibilidad de que el contenido de la declaración de voluntad quede alterado una vez suscrita.

Existen mecanismos que ofrecen soluciones a estos problemas de autoría e identidad de las declaraciones de voluntad. Hablamos del uso de la firma electrónica, que será de vital importancia a la hora de atribuir a las declaraciones de voluntad emitidas por medios electrónicos, los correspondientes efectos jurídicos, al igual que

³⁷⁸ *En los ordenamientos continentales, según criterios doctrinales hoy consolidados, para que podamos hablar de oferta de contrato es necesario que haya una declaración de voluntad, destinada a integrarse en un contrato, para lo que sería suficiente que se tratara de una oferta suficientemente precisa. Tratándose de ofertas dirigidas al público, como es el caso, se considera que no basta con que el declarante manifieste su voluntad de contratar, sino que es requisito indispensable que se contengan en la declaración todos los elementos esenciales del contrato proyectado (en particular, oferente, características, precio determinado o determinable, modalidades de ejecución forma de pago y plazo de validez de la oferta) y que el contrato se formalice con la aceptación de la otra parte.* Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 18.

lo hace la firma manuscrita. De ahí que el uso de la firma electrónica se vaya extendiendo, y en concreto de la firma electrónica reconocida, de forma que el oferente tenga plena confianza sobre la capacidad de obrar del signatario³⁷⁹.

La formación de la voluntad del contratante que accede mediante dispositivos electrónicos a las ofertas de bienes y servicios que se encuentran en la Red, es uno de los aspectos fundamentales en la contratación electrónica, puesto que la declaración de voluntad emitida ha de ser libre y consciente, es decir, ha de formarse un conocimiento exacto del contenido de la prestación que va a contratar³⁸⁰. Por ello, se hace imprescindible que los consumidores cuenten con toda la información posible antes de concluir el contrato. De ahí que la LSSICE haga depender la eficacia y validez final del contrato de que se hayan cumplido por el comerciante u oferente una serie de obligaciones específicas en materia de información. En este sentido, el art. 27 LSSICE relaciona una serie de extremos sobre los que el oferente (prestador de servicios de la sociedad de la información) debe informar al destinatario de la oferta, en base al principio del consentimiento informado y debido al carácter tuitivo que el ordenamiento ofrece al consumidor contratante³⁸¹.

Estamos ante la llamada *oferta de contrato*, entendida como una declaración de voluntad (emitida en forma de mensaje de datos) que se dirige a los consumidores, en la que se ofrece la suscripción de un contrato determinado. La oferta de contrato se ha de emitir con la intención de obligarse. Por tanto, la oferta debe reunir todos

³⁷⁹ Guisado Moreno, Á., *Formación y perfección del contrato en Internet*, cit. p. 146-153.

³⁸⁰ El hecho de que las partes contratantes emitan sus declaraciones de voluntad a través de medios telemáticos determina que la clásica problemática de los vicios en la formación de la voluntad contemplados en el art. 1265 del Código Civil (error, dolo, violencia e intimidación), adquiera un significado especial.

³⁸¹ Rubio Gimeno, G., (2003) *Validez y perfección del contrato electrónico* en La regulación del comercio electrónico, coordinación Barral Viñals, I., Editorial Dykinson, pp. 41-56.

los elementos para que la contratación se lleve a efecto, es decir, debe ser completa y definitiva, como señala el artículo 60 de la LGDCU, cuando dice que *“Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano”*³⁸².

³⁸² Por su parte, el artículo 97 se refiere a la información precontractual al exigir al empresario que facilite al consumidor, antes de quedar vinculado por la oferta, de forma clara y comprensible la información sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, incluido su nombre comercial y la dirección y datos del establecimiento del empresario así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones, el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, así como todos los gastos adicionales, el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, los procedimientos y fechas de pago, entrega y ejecución, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario, la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento y si el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución, la indicación de que al consumidor y usuario de que no procede el derecho al desistimiento, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda, un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes y cuando proceda, la existencia de asistencia posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones, la existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso, la duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución así como la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato y cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario, la funcionalidad de los contenidos digitales, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer y la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

Como señala Perales (2002), la oferta o propuesta de contrato se concibe como *aquella declaración de voluntad receptivita, que siendo suficientemente precisa, se encamina a la perfección del contrato mediante el concurso con la declaración del destinatario de la propuesta*³⁸³. Así, define la oferta como “*una declaración de voluntad cuyo fin es perfeccionar el contrato con la declaración de voluntad correlativa del aceptante. De ahí que en la oferta deba constar la intención del oferente de quedar obligado de forma definitiva, completa, consciente y libre*”, es decir, que no exista ningún vicio del consentimiento³⁸⁴. O, como señala Guillén (2009) *una declaración de voluntad a través de la cual una de las partes, llamada oferente, propone la celebración de un contrato a otra u otras, conocidas como destinatarios, y que debe contener todos los elementos esenciales del contrato proyectado*.

Ciertamente, la oferta es una declaración de voluntad a través de la cual se propone la celebración de un contrato. Es una declaración de voluntad unilateral que se emite por los oferentes, con la intención de obligarse y darse a conocer al destinatario³⁸⁵. Y como hemos dicho, esta oferta debe contener todos los elementos esenciales del contrato y si es aceptada, el contrato quedará perfeccionado.

Ahora bien, en el mundo de Internet no toda oferta comercial realizada dentro del entorno electrónico supondrá una declaración de voluntad dirigida a culminar un contrato. En ocasiones la declaración de voluntad no va dirigida a una persona determinada, sino a realizar meros contactos entre las partes para que, en su caso, el contrato pueda llegar a materializarse.

³⁸³ Perales Viscasillas, M. P. (1996). *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. p.269. Valencia, Editorial tiran lo Blanch.

³⁸⁴ Cfr: Perales Viscasillas, M.P. *Formación del contrato electrónico*, cit. p.888. También Moreno Quesada, B., (1963) *La oferta de contrato*, Editorial Nereo, Barcelona, pp. 59 y ss.

³⁸⁵ Guillén Catalán R., (2009) *Oferta contractual y nuevas tecnologías*. Editorial Aranzadi. Pamplona, p. 19.

Pues para que estemos ante una oferta vinculante, se requiere que la declaración de voluntad contenga datos como el precio de los productos o servicios, el plazo de duración de la oferta y los demás elementos esenciales del contrato y la fecha debe ser completa y precisa, reflejando la voluntad del oferente de vincularse contractualmente con la otra parte³⁸⁶.

Por tanto, la oferta contractual electrónica deberá reunir una serie de requisitos generales: en primer lugar, la oferta debe ser completa, es decir, tener todos los elementos esenciales del contrato, pues con la aceptación del destinatario de la misma quedará perfeccionado el contrato; en segundo lugar el oferente debe tener la voluntad de vincularse a la oferta realizada, es decir la voluntad de concluir el contrato³⁸⁷; además la oferta necesita de un periodo de tiempo de vigencia, con el fin de que pueda recaer sobre ella la aceptación, ya que el destinatario debe tener un tiempo para meditar sobre el producto o servicio a contratar y adoptar la decisión de confirmar la aceptación³⁸⁸.

³⁸⁶ Por ejemplo, en el caso de las páginas web, si dicha página no contiene el botón de aceptación no nos encontraremos ante una verdadera oferta, sino probablemente ante una publicidad o una simple invitación a contratar. Clemente Meoro, M.E., (2000) *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, Revista de Derecho Patrimonial., nº4, pp. 78-79.

³⁸⁷ Es el llamado elemento objetivo de la oferta como señala Menéndez Mato, J.C., (1998) *La oferta contractual*, Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 144.

³⁸⁸ En este sentido Guillén (2009) diferencia dos supuestos en cuanto al tiempo de vigencia de la oferta: que la oferta tenga un plazo de duración determinado, bien establecido legalmente, bien en la misma oferta, en cuyo caso la oferta se extinguirá cuando el plazo transcurra sin haber concurrido la aceptación y que la oferta no tenga período de duración establecida, en cuyo caso la oferta finalizará su vigencia en un plazo razonable, teniendo en cuenta distintos factores, como la naturaleza de las cosas objeto de la oferta, o los usos vigentes para finalizar la vigencia en un plazo razonable, como señala la doctrina y la jurisprudencia. Por parte de la doctrina, Moreno Quesada, B., *La oferta de contrato*, Revista del Notariado 1956 p. 184; Puig Brutau, J, (1988) *Fundamentos de derecho civil, Doctrina general del contrato*. Título II volumen 1, Barcelona, Editorial Bosch, p. 189. Por parte de la jurisprudencia, STS de 3 de noviembre de 1993 y STC de 16 de noviembre de 1981.

Además, la oferta se puede formar espontáneamente o ser el resultado final de los tratos preliminares entre las partes. Si el contrato contiene condiciones generales, la oferta vendrá determinada unilateralmente por una de las partes³⁸⁹. Al respecto, la LSSICE establece, en el párrafo final del artículo 27 que “*con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario, las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*”³⁹⁰.

Además, la LSSICE establece, en su artículo 10.1 que el prestador de servicios de la sociedad de la información, estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información: sus datos personales, tanto si es persona física como jurídica: nombre, dirección, establecimientos permanentes en España, inscripción en el Registro Mercantil, NIF, autorizaciones administrativas, códigos de conducta, etc.,. Añadiendo, en el párrafo 2 que la obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet³⁹¹.

³⁸⁹ Normalmente en la oferta a través de páginas web no suelen existir los tratos preliminares pues la oferta viene predeterminada dispuesta a la aceptación del cliente que se limita a aceptar su contenido

³⁹⁰ Xalabarder, R., (2006) en *La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios*, Revista de Internet, Derecho y Política. Nº 2. UOC. [01/11/2014]. <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>. pp. 39-48.

³⁹¹ La misma obligación aparece recogida en la Directiva de Comercio electrónico, en su artículo 5, cuando señala que: *Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente como mínimo a los datos siguientes: a) nombre del prestador de servicios; b) dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicios c) señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico; d) si el prestador de servicios está inscrito en un*

En la Ley se destaca el interés del legislador porque el consumidor quede protegido con suficientes garantías a la hora de adquirir bienes o servicios por Internet, señalando que constituirá una infracción grave el que el prestador de servicios no ponga a disposición del destinatario del servicio, las condiciones generales a que se sujete el contrato³⁹². El legislador dedica especial atención al consumidor dado que es la parte más débil del contrato³⁹³.

Así, la aceptación debe coincidir con los términos de la oferta y debe emitirse antes de que la oferta caduque y, en caso de querer alterar el contenido de la oferta, estaríamos ante la contraoferta y no frente a la aceptación y no sería la oferta inicial sino otra adaptada a los deseos del aceptante³⁹⁴.

registro mercantil u otro registro público similar, nombre de dicho registro y número de inscripción asignado en él al prestador de servicios, u otros medios equivalentes de identificación en el registro; e) si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente; f) en lo que se refiere a las profesiones reguladas: si el prestador de servicios pertenece a un colegio profesional o institución similar, datos de dicho colegio o institución, título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió, referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento y los medios de acceder a las mismas; g) si el prestador de servicios ejerce una actividad gravada por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el número de identificación.

³⁹² Artículo 38. 3 apartado c).

³⁹³ Flores Doña, Mª. De la Sierra, (2002) *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, Madrid, Editorial Edersa, p. 107.

³⁹⁴ Cabe preguntarnos si la contraoferta, modificando algunos aspectos de la oferta anterior, es una nueva oferta de contrato o una modificación de la oferta anterior. La doctrina mayoritaria entiende que estamos ante una nueva oferta de contrato, en este caso de la parte aceptante, que rechaza la oferta inicial y, por tanto, se produce su caducidad. Si la modificación afecta a los elementos accidentales del contrato, podemos decir que estamos ante el mismo contrato en formación. En este sentido algunas sentencias como la STS de 3 de octubre de 1955 ó de 30 de enero de 1965, mantienen que ligeras modificaciones al contenido de la oferta (como la adición de un plazo), no alteran la naturaleza de la misma, que seguiría siendo una aceptación y no una contraoferta, en Fernández Fernández, R, *El contrato electrónico*, cit. p. 107.

No obstante, hemos de señalar que en el entorno electrónico existe una dificultad añadida, la relativa a la autenticidad de la declaración de voluntad electrónica. En efecto, puede darse una suplantación de personalidad, por lo que en estos casos se habrá de negar la constitución de un vínculo jurídico

De ahí, que el artículo 60 bis de la LGDCU añada una referencia nueva, al exigir que *“antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago”*.

Por su parte, el artículo 61 de la LGDCU establece la integración de la publicidad de los bienes o servicios en el contrato, señalando que *“el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato”* ³⁹⁵. Aunque añade que *“si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”*.

³⁹⁵ En este sentido, Rubio Gimeno, señala *“de esta forma, si el producto o servicio no se ajusta a la publicidad realizada, se producirá un incumplimiento del contrato, aún cuando las alegaciones publicitarias no se contengan en el contrato, lo cual se relaciona con el principio de buena fe contractual y con la prohibición de publicidad engañosa (art. 4 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad)”*, en Rubio Gimeno, G., (2003) *Validez y perfección del contrato electrónico* cit. p. 41.

En este sentido, la Ley exige que la información se suministre al consumidor con carácter previo, es decir, con anterioridad al inicio del procedimiento de contratación³⁹⁶. Esta obligación de información encuentra su fundamento en un desequilibrio de conocimientos entre los contratantes³⁹⁷. De ahí que la información sea el principal instrumento con que cuentan los consumidores para hacer frente a las técnicas agresivas del comercio moderno.

³⁹⁶ Rincón Cárdenas señala, *“Respecto a las ofertas en páginas web es importante tener en cuenta las siguientes precisiones: Conviene que el empresario valore adecuadamente el contenido que tiene que dar a las páginas web, teniendo en cuenta que en la medida que incluyan todos los elementos esenciales del contrato, podría considerarse que hay una oferta vinculante dirigida a un número indeterminado de personas y, por tanto, el empresario queda legalmente obligado respecto todas aquellas personas que acceden a su página web y aceptan la oferta en las condiciones señaladas. Para evitar este efecto, convendrá configurar los contenidos de las páginas web de forma que se entienda que el empresario sólo formula una invitación. Esta cuestión es suficientemente importante teniendo en cuenta las consecuencias de posibles errores en las condiciones ofrecidas (por ejemplo, el llamado “caso Argos” en Inglaterra, donde se produjo un pedido de 1.700 televisores a una tienda online a un precio irrisorio que era el que aparecía anunciado en la página web)”*. Rincón Cárdenas, E., (2014) *Aplicación de la firma digital en la contratación como mecanismo idóneo para garantizar seguridad jurídica en el proceso contractual*, [consultado el 02 de noviembre de 2014]

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2866

³⁹⁷ Como señala Fernández Pérez, N., en *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 12, *“Uno de los aspectos fundamentales de cara al desarrollo del comercio electrónico en general, y en particular de la contratación electrónica de servicios financieros, es la de dotar a estas operaciones de la oportuna transparencia de modo que el potencial cliente o inversor pueda disponer de los elementos de juicio necesarios para decidir sobre la concreta operación que se propone realizar. En este punto, no hay diferencia respecto a la contratación tradicional en la que de igual modo, deben proporcionarse al potencial cliente toda una serie de informaciones previas a la celebración del contrato. Sin embargo, cuando se utilizan medios telemáticos para contratar, es preciso que se proporcione información adicional, máxime tratándose de consumidores, acerca del prestador de servicios de la sociedad de la información, así como sobre los pasos que deben darse durante el proceso de contratación, y sobre la forma de corregir los errores en la introducción de los datos”*.

La obligación de información implica, para el prestador de servicios, abstenerse de dar información errónea y transmitir toda la información exigible por la normativa en vigor, conforme al principio de buena fe que preside todo proceso de contratación.

En efecto, el prestador de servicios debe informar al consumidor sobre las características del bien o servicio que pretende ofrecer. Es, por ello, que la LSSICE ha establecido un deber de información precontractual a cargo del vendedor, con el que se cumple una función protectora del consumidor, debido a la situación de desigualdad entre las partes contratantes. Tanto la LSSICE, como los códigos de conducta existentes en materia de comercio electrónico, otorgan una especial relevancia al derecho de información del consumidor o usuario.

Así, el artículo 10 de la LSSICE, contiene la obligación del prestador de servicios de informar sobre diversos elementos que permitan su identificación completa (nombre o denominación social, dirección postal y electrónica, inscripción registral y CIF), así como otros extremos, entre los que destacan los relativos al precio final detallado del producto, los códigos de conducta a los que esté adherido y el enlace electrónico que posibilite la consulta de éstos, pues en la contratación electrónica se producen algunos problemas añadidos, como la inexistencia de espacio físico de la actividad comercial o la facilidad con la que aparecen y desaparecen algunos sitios Web; de ahí que las exigencias de información sobre la identificación del vendedor, deban ser exhaustivas, para asegurar la veracidad de tales datos y no generar desconfianza en el consumidor o usuario, así como posibilitar la correcta identificación, a efectos de una eventual reclamación por parte del consumidor³⁹⁸.

³⁹⁸ En este sentido, López Jiménez, D., y Martínez López, F. J., (2009) *La formación del contrato electrónico*, en Revista de Contratación Electrónica nº 105, Junio, señalan que “Los datos de identidad del PSSI podrán constar en la página de entrada o principal del sitio Web -home page- así como en todas las fases de la relación contractual. La práctica empresarial revela como la inmensa mayoría de sitios Web incluyen un apartado, denominado “información legal”, “quienes somos”, “datos de la empresa” o expresiones de carácter similar, que contiene la información identificativa que venimos examinando, además de reproducir, como ya hemos señalado, en uno de los extremos de la página -en todo momento- y en letra de tamaño reducido, estos mismos datos de modo análogo a lo

Respecto al contenido de la publicación previa, la LSSICE lo establece en su artículo 27, al imponer las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación, estableciendo que, además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica, tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca:

- Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.
- Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.
- Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y
- La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.

Añade que esta obligación se entenderá cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet de forma permanente, fácil y gratuita, por lo que el consumidor podrá seguir el procedimiento indicado en dicha página para mostrar su conformidad³⁹⁹.

que acontece en el ámbito de la documentación comercial. Sobre estas practicas en materia informativa, actúa una tendencia extensiva que se ajusta, con relativa facilidad, a la fisonomía del nuevo soporte virtual que carece de las limitaciones consustanciales a los medios de comunicación tradicional que ya conocemos. Deberá permitirse, en todo momento, el acceso electrónico a la información que comentamos, de una forma permanente, sencilla, directa y gratuita, sin que resulte admisible el hecho de que tal información conste en una zona restringida del sitio Web o que, previamente, haya que registrarse para poder tener acceso a la misma”.

³⁹⁹ La misma exigencia se contenía en la LOCM en su antiguo artículo 40 (derogado por el número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

No obstante, el párrafo 2º releva al prestador de servicios de la obligación de información cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor (comercio entre empresarios exclusivamente), o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente (en cuyo caso estaríamos ante una contratación personalizada, equivalente a una contratación por carta).

Y en el párrafo 4º, añade la exigencia de que el prestador de servicios, con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación ponga, a disposición del destinatario, las condiciones generales a que deba sujetarse el contrato, para que puedan ser almacenadas y reproducidas por éste. Es decir, que si el oferente utilizase condiciones generales en el contrato, las deberá poner a disposición del consumidor.

En cuanto a la vigencia de la oferta de contrato, la LSSICE establece que las ofertas o propuestas de contratación realizadas por vía electrónica, serán válidas durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio (sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación específica)⁴⁰⁰.

complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), que requería también *que sea veraz, eficaz y suficiente, debiendo respetar en particular el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar*". En el mismo sentido se pronunciaba el RD 1906/1999, (derogado por el número 3 de la disposición derogatoria única de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias), cuando exigía *"que la información sea veraz, eficaz y además completa"*.

⁴⁰⁰ Artículo 27.3. En este medio es imposible que se produzca la retirada de la oferta por parte del oferente, dada la inmediatez del medio de comunicación. Este artículo acoge la tesis defendida por Puig Brutau, que entiende que *"la oferta debe tener duración suficiente, en consideración al medio y circunstancias en que se produce y al propio objeto del contrato. Siendo Internet el medio determinante de las circunstancias del contrato y de sus efectos, en tanto que los consumidores o*

De ahí que sólo será posible revocarlas antes de que se produzca la contratación y respetando siempre a aquellos consumidores y usuarios que hayan formalizado su operación de aceptación⁴⁰¹.

Es cierto que la oferta tiene un plazo de vida y tiende a mantenerse en el tiempo, pero no es perpetua, por lo que será fundamental determinar durante cuánto tiempo podrá realizarse la aceptación por parte del consumidor⁴⁰². Es posición unánime en la doctrina y la jurisprudencia, entender que toda oferta ha de tener un plazo mínimo de vigencia para que su destinatario pueda o no aceptarla, plazo que puede fijarlo el propio oferente en su propuesta y que, caso de no hacerlo, se ha de entender como un plazo «razonable» para que pueda recaer la aceptación⁴⁰³.

potenciales aceptantes puedan conocer la oferta en la Red podrán aceptarla y el contrato será válido”.

⁴⁰¹ En el caso de utilización del correo electrónico como fórmula de intercambio de manifestaciones de voluntades, parece razonable que se pueda revocar la oferta mediante el envío del correspondiente mensaje de datos, siempre y cuando la declaración que se pretende dejar sin efecto no se hubiese tornado irrevocable (en los casos en lo que el destinatario ya ha empezado a desplegar actos de ejecución del contrato). Sin embargo, si las ofertas se realizan a través de una página web, entonces la revocación sólo sería efectiva si se insertase la declaración de voluntad revocatoria, en el mismo medio por el cual se dio a conocer la oferta.

⁴⁰² En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 1956 declaraba “*respecto de la fuerza vinculante de la proposición, oferta o policitación de contrato, mientras la doctrina civilista tradicional considera que si aquella no contiene fijación de un plazo para la aceptación, corresponde al proponente en todo momento el derecho absoluto a retirar su oferta, la doctrina moderna estima que toda oferta lleva consigo la fijación de un plazo para la aceptación, que cuando es implícito hay que entender como tal el corriente, lógico, adecuado a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su valor económico, por una serie de circunstancias que solo dado el caso práctico pueden determinarse*”.

⁴⁰³ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2013 se refiere a la revocabilidad de la oferta: “*Debemos partir de que la oferta es una declaración de voluntad de carácter recepticio y, por tanto, precisa llegar a su destinatario para ser perfecta y desplegar total eficacia. Al tiempo, contamos con el principio general de revocabilidad de la oferta, es decir, es posible que cuando media un intervalo de tiempo entre la oferta y la aceptación, el promitente pueda desvincularse de su declaración de voluntad, con el fin de que el contrato no quede perfeccionado. En el caso que nos*

Si existe un plazo predeterminado, la oferta no puede ser retirada durante ese plazo de tiempo, ni tampoco el oferente puede, con posterioridad a la declaración de voluntad, reducir el plazo. Por el contrario, si no existe plazo predeterminado, la doctrina tradicional y la jurisprudencia sostienen que, en cualquier momento antes de la aceptación, el oferente puede retirar la oferta⁴⁰⁴.

El tiempo de duración de la oferta dependerá del tiempo en que se prevea que se formará la voluntad del aceptante, del objeto del contrato y del medio de comunicación que se haya adoptado. En todo caso, el oferente debe actuar de buena fe, comunicando al destinatario que se reserva el derecho a modificar la oferta, para que éste pueda aceptar o no la modificación realizada, siempre que todavía no haya habido aceptación y no se haya perfeccionado el contrato⁴⁰⁵, y asumiendo su obligación de mantener la oferta durante determinado plazo, haciendo constar, de forma clara y expresa, que existirá un plazo de mantenimiento de la oferta, transcurrido el cual sin aceptación, la oferta caduca⁴⁰⁶.

ocupa, existe un plazo de vigencia de la oferta fijado por la propia parte oferente, en concreto, hasta el 25 de abril, de forma que, en principio, el oferente no puede revocar la misma antes de que haya transcurrido dicho plazo". Puig Brutau sostiene que seguridad del tráfico exige, a falta de una disposición legal explícita al respecto, que la oferta tenga una vida no indefinida pero sí prolongada temporalmente.

⁴⁰⁴ Así lo ha manifestado en STS 20 de abril de 1904, de 22 de diciembre de 1956 y la de 7 de junio de 1986. No obstante, en algunas sentencias el TS ha reconocido que la seguridad del tráfico recomienda que el oferente mantenga la oferta durante un tiempo razonable, como en la STS de 7 de marzo de 1968 que dice que el oferente puede retirar la oferta transcurrido un tiempo que sea un término lógico a la importancia y cuantía del objeto ofrecido.

⁴⁰⁵ Fernández Fernández, R.(2013) en *El contrato electrónico, formación y cumplimiento*, cit. p. 77.

⁴⁰⁶ La doctrina, con carácter general, estima que la ruptura de los tratos preliminares no genera responsabilidad, ni derecho a reclamar indemnización alguna por la parte perjudicada, salvo que en el proceso de negociación haya existido mala fe por parte del oferente (como en los casos de que se ofrezcan productos cuya entrega es imposible).

En las páginas web, se ofrecen espacios dirigidos a la divulgación de los productos o servicios de la empresa, dirigidos a la exteriorización de la imagen empresarial. Los contenidos divulgados en esos espacios pertenecen al ámbito de la publicidad y no deben ser entendidos como ofertas contractuales, pues no ofrecen la posibilidad de celebrar un contrato. En algunos casos, pueden darse situaciones en las que el usuario no tenga claro si está contratando un producto o servicio con un portal en el que inició la navegación o con otra web a la que ha sido redireccionado (hyperlink), sin llegar a saber con quién contrata en realidad, lo que ocasiona muchos conflictos en la práctica. De ahí que deba diferenciarse claramente, en la página que integre ofertas contractuales, la mera publicidad de la oferta contractual del producto o servicio.

El problema está en detectar la voluntad real de contratar del oferente, ya que podemos estar ante una invitación a hacer ofertas (*invitatio ad offerendum*) o ante una mera información o descripción corporativa⁴⁰⁷, por lo que debemos diferenciar estas declaraciones de voluntad dirigidas a contraer un compromiso firme de contrato, de la emisión de declaraciones con fines meramente publicitarios, en las que el sujeto que las emite no contrae obligaciones negociales⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Como señala Martínez Gallego, E.M. (2006), *“partimos de un dato cierto, el contrato no surge a la realidad súbitamente; por el contrario, como todo acto humano, se desarrolla por períodos o fases de gestación. Proceso que se inicia en la voluntad, hasta llegar a constituirse con todos los elementos necesarios para obtener un contrato que despliegue plenamente su eficacia jurídica”* en Contratación entre personas no presentes al amparo de la ley de servicios de la sociedad de la información. Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002 en *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, coord. por Eugenio Llamas Pombo*, Vol. 2, p. 306.

⁴⁰⁸ En la Red se encuentran innumerables mensajes de tipo publicitario que se limitan a describir productos o servicios pero que no constituyen una oferta contractual. Por su parte, también encontramos declaraciones de ciencia destinadas a que las partes decidan, por ejemplo en materia de seguros, si quieren continuar con el contrato. No obstante, las personas que emiten dichos mensajes de datos, si bien no contraen obligaciones negociales, si pueden contraer responsabilidad extracontractual (culpa in contrahendo) derivada de los tratos preliminares. Atendiendo a nuestro Derecho positivo y a la doctrina mayoritaria, la responsabilidad por culpa in contrahendo debe ser

La distinción acerca de cuando nos hallamos ante una auténtica oferta por parte de la entidad, frente a un supuesto de mera invitatio ad offerendum, es una cuestión esencial pues sólo cuando se trata de una verdadera oferta de contrato, surgirá la obligación del oferente de cumplir los términos de la misma. Al igual que en las relaciones en soporte papel, en las relaciones electrónicas se permite la distinción entre declaración de voluntad, declaración publicitaria y declaración de ciencia o conocimiento, aplicando el principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, por lo que podemos admitir que dicha distinción se aplique al entorno electrónico⁴⁰⁹.

En efecto, la declaración de voluntad emitida electrónicamente dirigida a constituir un contrato, no impide que estemos ante meras declaraciones publicitarias o de ciencia, en las que el sujeto emisor del mensaje de datos no tiene como finalidad contraer una obligación negocial⁴¹⁰. En este tipo de contratación no se ven alteradas las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código

encuadrada en la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del Código Civil, puesto que el contrato aún no se ha concertado. Para más información, Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 279.

⁴⁰⁹ La invitación para contratar que formula una entidad en una web pasiva, puede ser encuadrada dentro de la categoría de los llamados “tratos preliminares”. En realidad, estos actos tienen trascendencia en orden a la formación de la voluntad contractual y en orden a la interpretación del contrato. En ese sentido, la STS de 15 de noviembre de 1993 en la que se señala que los tratos preliminares se integran en la fase de formación del contrato y sirven como dato para su posible interpretación.

⁴¹⁰ Como señala Illescas, R., en *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 209, el mundo del C-E se encuentra repleto de mensajes publicitarios, que se pueden ver activando cualquier navegador en Internet para visualizar gran cantidad de mensajes publicitarios, que carecen de precisión sobre los productos o servicios cuya contratación se promociona en la página web. Lo mismo sucede respecto a las declaraciones de ciencia, por ejemplo en la contratación electrónica de los seguros, en la que las partes se expiden mensajes de datos cuyo contenido es mera declaración de conocimiento, ni siquiera absolutamente cierto.

civil⁴¹¹. De ahí que sea necesario expresar con exactitud, en los medios electrónicos, (normalmente en la página web), que se trata de una oferta de contrato, en la que consten los elementos esenciales para el nacimiento del contrato (la cosa y el precio)⁴¹² y en la que se indique el procedimiento a seguir por parte del consumidor para prestar su conformidad con el mismo⁴¹³.

⁴¹¹ Estos artículos hacen referencia a las reglas de interpretación de los contratos y de las declaraciones de voluntad contenidas en ellos. Habrá que acudir a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en cuyo artículo 2 ofrece la siguiente definición de publicidad: *se entenderá por publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.*

⁴¹² Salvo que el propio anunciante haga constar con claridad y exactitud que la oferta, a pesar de contener los elementos esenciales para considerarse como tal, no lo es, siempre que utilice términos que demuestren claramente que no se trata de una verdadera oferta, como por ejemplo utilizando las palabras “salvo confirmación”, “sin compromiso” “sin obligación”, etc., en cuyo caso estaremos ante una *invitatio ad offerendum*.

⁴¹³ En este sentido el artículo 10 de la Directiva sobre Comercio Electrónico exige que los Estados miembros garanticen, excepto cuando las partes que no son consumidores así los acuerden, que el prestador de servicios facilite, al menos, la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido: a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible; c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido; d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato, indicando los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y la manera de consultarlos electrónicamente. También deberán poner a disposición del destinatario las condiciones generales de los contratos, de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

En el mismo sentido se manifestaba la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, (actualmente derogada) en cuyo artículo 4, referido a la información previa, señalaba que, antes de la celebración de cualquier contrato a distancia, y con la antelación necesaria, el consumidor deberá disponer de una determinada información, mediante cualquier medio adecuado a la técnica de

En el caso de ofertas dirigidas al público en general, no basta con que el declarante manifieste su voluntad de contratar, sino que es requisito indispensable que se contengan en la declaración todos los elementos esenciales del contrato (en particular, quién es el oferente, las características del producto o servicio, el precio determinado o determinable, las formas de pago y el plazo de validez de la oferta) y que el contrato se formalice con la aceptación de la otra parte⁴¹⁴. Así, cuando la información ofrecida por Internet reúna los elementos esenciales del contrato y promueva directamente la contratación, se podrá considerar como una oferta de contrato, salvo cuando se trate de una mera información descriptiva de la empresa⁴¹⁵.

En las declaraciones de voluntad dirigidas a contraer un compromiso firme de contrato es donde se pueden encontrar problemas generados por el soporte electrónico, como los efectos jurídicos producidos por dichas declaraciones en el entorno electrónico y la atribución de dichas declaraciones y de sus contenidos al iniciador y firmante de las mismas. Pues, cuando la contratación es electrónica, los dispositivos de seguridad deben permitir la verificación y autenticación de las partes intervinientes, asegurar la integridad de los mensajes, de modo que el mensaje recibido sea idéntico al enviado y se evite una alteración accidental o dolosa del mismo, así como asegurar la total confidencialidad de la transacción, garantizando que los datos de la misma y la verificación de la identidad del cliente, su número de cuenta o de tarjeta, permanezcan ocultos a terceras partes, durante el proceso de

comunicación a distancia utilizada.

⁴¹⁴ Fernández Pérez, N., (2009), *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 2.

⁴¹⁵ Al respecto, Reyes López, M. J. (1997), *El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, en Estudios sobre Consumo nº 43 pp. 63-67 hacía un estudio sobre el antiguo artículo 8 referente a la publicidad como parte del contrato.

transmisión de los mismos o en su almacenamiento en los sistemas del receptor⁴¹⁶.

En la actualidad y como medida para garantizar la seguridad y la identidad de los clientes de la Red, la mayoría de las empresas que prestan sus servicios a través de ella, utilizan dispositivos de seguridad para identificar a los participantes en la transacción, como puede ser el nombre y la contraseña (password), el número de identificación personal (PIN), o la firma electrónica, denegando el acceso de usuarios que no faciliten esos datos⁴¹⁷. El problema de estos sistemas es que no ofrecen total garantía en caso de que un tercero intercepte la comunicación y acceda a los datos⁴¹⁸. Y aunque la ciencia está avanzando rápidamente en el terreno de la seguridad con dispositivos más seguros (como la identificación por medio del iris, los vasos capilares de la retina del ojo, la decodificación de la voz y la identificación de las huellas dactilares), actualmente estos medios están reservados para sistemas de alta seguridad⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit, p. 21.

⁴¹⁷ Recoder De Casso, E., (2000) *Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública*, en Derecho de Internet. La contratación Electrónica y Firma Digital cit. p. 120, señala que “*el solo hecho de que dicha firma sea realizada mediante un sistema que no permita su alteración, en realidad no aporta una especial seguridad jurídica al sistema, hasta el punto de que haya que reconocer a esa firma unos efectos jurídicos privilegiados. Pues lo que aporta seguridad al sistema jurídico, y lo que le permite a éste dotar -o incluso aún mejor, le obliga a dotar- de unos efectos jurídicos privilegiados a la firma, es la autenticidad del consentimiento, y esta autenticidad, insisto, no se logra por el hecho de que la tinta sea de mejor calidad o porque el programa informático sea más o menos fiable. Se logra por la interposición del consentimiento y eso es precisamente lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico; eso es dar fe pública y no otra cosa, y eso sea en el ámbito de la administración judicial, en la administración pública o en el tráfico de particulares*”.

⁴¹⁸ Jiménez De Parga, R, (2000) se refiere al concepto de seguridad jurídica, señalando los principios y normas que lo integran, al decir que “*la seguridad jurídica queda en interrogante, al menos en esta fase del proceso histórico del comercio electrónico*” en *El comercio electrónico ¿seguridad jurídica?*, Derecho de los negocios 118-119, p. 12.

⁴¹⁹ Guerra Balic, J.T., señala que “*la identificación por medio del iris, puede llegar a suponer una*

Como ya se ha señalado, los efectos jurídicos que producen las declaraciones de voluntad emitidas a través de medios electrónicos no difieren de los efectos que producen las declaraciones de voluntad escritas o verbales, como admite nuestro Código de Comercio en su artículo 51⁴²⁰, salvo las excepciones de los contratos ad solemnitatem, recogidas en el artículo 52. Esta fórmula omnicomprendensiva y liberal de cualquier método de manifestación de la voluntad contractual, es una transcripción de la regla de libertad de pacto recogida en el artículo 1255 del Código Civil⁴²¹, conforme a la cual existe plena libertad de pactos en la contratación ya sea oral o escrita, ya sea a través de medios electrónicos.

Ciertamente, el Derecho privado español parte del principio espiritualista de que para la validez de los contratos no es necesaria una determinada forma y así se consagra con carácter general en el artículo 1278 del Código Civil y en el artículo 51.1 del Código de comercio, cuando señala que *“serán válidos y producirán obligación y acción en Juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que*

revolución inimaginable, dado que permitirá una identificación más segura que en un contrato escrito, teniendo en cuenta que se ha comprobado científicamente que cada persona tiene un iris distinto. Igualmente, el sistema de identificación de las huellas puede dar lugar a resultados muy positivos, habida cuenta que consiste en un sistema combinado de sensores infrarrojos, que decodifican las huellas, lo que evita que se pueda falsificar y de sensores térmicos que controlan la temperatura, lo que permite saber si el sujeto está vivo. Quizá el que menos garantías ofrezca es el de la decodificación de la voz, al ser ésta fácilmente manipulable, en La conclusión de contratos por medios informáticos, Informática y Derecho, nº. 8. UNED. Centro Regional de Extremadura, Mérida 1995, pp. 97-99.

⁴²⁰ El artículo 51.1 establece que *“Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos”*.

⁴²¹ El artículo 1.255 del Código Civil establece que *“Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*.

tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos”. Quedando a salvo las excepciones contempladas en el artículo siguiente, que exceptúa del principio citado en el artículo anterior a “los contratos que, con arreglo a este Código o a las Leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia y los contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la Ley española”.

Es decir, que cuando las declaraciones de voluntad se emiten a través de medios electrónicos, no cabe duda de su validez, toda vez que el principio de libertad de forma consagrado en el artículo 51 del Código de Comercio avalaría su licitud, sin necesidad de que expresamente el artículo 23 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico haya tenido que establecer que 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*”.

Por lo tanto, los principios consagrados en la contratación tradicional tienen plena vigencia en la contratación electrónica; la libertad de pactos y la libertad de forma siguen estando plenamente vigentes en esta nueva modalidad de contratación. Si nuestro Ordenamiento jurídico indica que las declaraciones de voluntad emitidas en cualquier forma o idioma en las que se expresen, suponen declaraciones de voluntad con plenos efectos jurídicos, las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente, en aplicación del principio de equivalencia funcional, producirán los mismos efectos.

El nuevo soporte que recoge las declaraciones de voluntad – el electrónico- no altera el alcance del principio de libertad de forma recogido en el Código y así lo recoge el Tribunal Supremo cuando reconoce la validez y eficacia de los contratos pactados de forma telefónica, telegráfica, fax y correo electrónico⁴²².

⁴²² El principio espiritualista que rige el Derecho Civil y Mercantil español hace que nuestro

El reconocimiento de la realidad que constituyen las nuevas tecnologías, debe ser realizado intentando introducir la menor cantidad de modificaciones a la teoría general de la contratación, teniendo en cuenta el principio de inalteración del derecho de obligaciones y contratos, en cuya virtud se pretende que las reglas introducidas para disciplinar el comercio electrónico no impliquen una modificación sustancial del derecho existente de obligaciones y contratos⁴²³.

ordenamiento jurídico no presente en general obstáculos a la contratación por vía electrónica. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia del Tribunal Supremo (STS) núm. 673/1996, de 30 de julio, se señala que *“el medio utilizado, es decir, la comunicación por fax, no resulta para nada impeditiva a efectos de llevar a cabo actos de contratación”*. La aceptación por carta, admitida en el contexto del artículo 1.262 del Código Civil, cabe extenderla a *“otros medios de comunicación aportados por los avances de la técnica moderna, así sucede con el telégrafo, telex, telefax y correo electrónico en todas sus variedades, y sirven para exteriorizar declaraciones de voluntad...”*. En el mismo sentido, la STS de 31 de mayo de 1993, sobre un suministro efectuado entre las partes, indica que el télex *“en tráfico mercantil es un acto de comunicación suficiente para crear expectativas y relaciones comerciales, siendo considerado su uso, como normal y habitual en dicho ámbito”*.

También la STS de 30 mayo de 1996 establece que *“la doctrina científica y jurisprudencia vienen exigiendo sin fisuras que el concurso de la oferta y la aceptación como requisitos indispensables para la perfección del contrato han de contener todos los elementos necesarios para la existencia del mismo, y coincidir exactamente en sus términos, debiendo constar la voluntad de quedar obligados los contrayentes, tanto por la oferta propuesta, como por la aceptación correlativa a la misma; no pudiendo entenderse esta perfecta concordancia cuando tanto una como otra se hacen de modo impreciso, reservado, condicionado e incompleto, o cuando lo que se formula es una contraoferta”*. El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 3 de noviembre de 1997, ya señalaba la importancia de superar el requisito de forma documental escrita privada, cuando declaraba que *“estamos asistiendo, en cierto modo, en algunas facetas de la vida, incluso jurídica, al ocaso de la civilización del papel, de la firma manuscrita y del monopolio de la escritura sobre la realidad documental. El documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse, ya, en exclusiva, con el papel como soporte, ni con la escritura, como unidad de significación. El ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen hoy en día una nueva forma de entender la materialidad de los títulos valores y, en especial, de los documentos mercantiles”*.

⁴²³ Mateu De Ros, R. *El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica*, en Derecho de Internet. La contratación Electrónica y Firma Digital, cit. p. 71.

Pues, como ha señalado Illescas (2009) *la electrónica es un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales, pero no un nuevo derecho regulador de las mismas y su significación jurídica*. De ahí que la regulación de las obligaciones nacidas entre las partes que manifiestan su consentimiento por vía electrónica, no deben implicar un cambio en el derecho preexistente referente a la perfección, ejecución y consumación del contrato⁴²⁴. En este sentido, los elementos esenciales del negocio jurídico, consentimiento, objeto y causa, así como sus manifestaciones no sufren, en principio, alteración significativa cuando el vínculo se establece en el ámbito del comercio electrónico⁴²⁵.

Por tanto, los efectos jurídicos producidos por declaraciones de voluntad emitidas tanto de forma oral, escrita como electrónica, serán los mismos en todos los casos, salvo las excepciones señaladas por las leyes, cuando nos referimos a contratos para cuya validez o perfección hayan de respetarse determinadas formas o solemnidades. En definitiva, no puede negarse validez a las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente si nuestro ordenamiento jurídico señala que *“serán válidos y producirán obligación y acción en Juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren”* y la LSSICE, en su artículo 23, realiza la consagración de la contratación electrónica, cuando dice que los contratos *“celebrados por vía electrónica producirá todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez”*.

En efecto, los elementos esenciales de la validez de los distintos negocios jurídicos no se modifican en la LSSICE, permaneciendo aplicables los postulados de los códigos tradicionales, que recogen las normas del régimen contractual común. Las

⁴²⁴ Rodríguez Adrados, A. (1998) *El Documento Negocial Informático* en Revista jurídica del Notariado, nº 28, Madrid, p. 356 señala que *si la voluntad puede declararse por gestos, y aún por silencios, ¿cómo no se va a poder declarar por medio de un ordenador?*.

⁴²⁵ Pinochet Olave, R. (2004) La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. La Oferta Electrónica. *Revista Ius et Praxis*, nº 2, pp. 267-320.

cuestiones relativas al consentimiento, objeto y causa de los contratos, serán plenamente aplicables a los contratos celebrados por vía electrónica. Este principio se concreta en los artículos 23 y 24 de la LSSICE, cuando establecen que para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica, no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos y que el soporte electrónico será admisible en juicio como prueba documental⁴²⁶.

La Ley española apuesta por la equiparación automática entre la forma escrita privada y la forma electrónica sin hacer referencia, como si lo hacían las versiones anteriores, a requisitos adicionales de perdurabilidad de la información relativa a la transacción electrónica, por lo que la perdurabilidad de la información no es un requisito legal para la validez del contrato. En caso de que surja cualquier problema en la fase probatoria se aplicarán las reglas generales del ordenamiento jurídico español⁴²⁷. La LSSICE consagra este principio en su artículo 23, en el que señala la plena validez jurídica de los contratos celebrados electrónicamente⁴²⁸.

⁴²⁶ Hernández Jiménez-Casquet, F. El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos, en Principios de Derecho de Internet. García Mexía, P. 2005.

⁴²⁷ La Ley Modelo de UNCITRAL contempla garantías de archivo y accesibilidad de las informaciones contractuales, así como de fiabilidad de las informaciones conservadas y la propia LSSICE, en su 25 contempla que *“las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública. El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años”*.

⁴²⁸ Señalando que *“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. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial”*. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 1.261 y 1.262 de nuestro Código Civil referidas al consentimiento de los contratantes como requisito esencial del pacto.

Por su parte, la normativa europea contiene normas similares, dirigidas a dar plena validez a los contratos otorgados electrónicamente. Así, podemos citar la Directiva 1999/93 del parlamento europeo y del consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establecía un marco comunitario para la firma electrónica, que se consideraba como el primer fundamento positivo de la validez del contrato electrónico (actualmente derogada) y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en la que se consagra definitivamente la validez contractual del soporte electrónico, en su artículo 9.1, cuando señala que *“Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”*.

Y en el párrafo 2 del mismo artículo 9, se exceptúan solamente los contratos en materia de Derecho de familia o de sucesiones y los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan la función pública. Por su parte, en el artículo 5, obliga a los prestadores de servicios de la información a poner a disposición del público y de las autoridades los datos necesarios para ser identificados y poder contactar con ellos⁴²⁹.

⁴²⁹ El artículo 5 exige, además de otros requisitos, en materia de información que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente como mínimo a los datos personales del prestador de servicios (nombre, dirección de establecimiento, señas para ponerse en contacto con él, incluyendo su dirección de correo electrónico, sus datos registrales, si los hubiera; si una determinada actividad está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la autoridad de supervisión correspondiente. Si ejerce una profesión regulada deberá informar si pertenece a un colegio profesional o institución similar y sus datos, el título profesional expedido y el Estado miembro en que se expidió, haciendo referencia a las normas profesionales aplicables en dicho Estado y los medios de acceder a las

Seguidamente, en los artículos 6 y 7, establece los requisitos que deben cumplir las comunicaciones comerciales y ofrece una serie de cautelas, referidas a las oferta y publicidad de los productos que los proveedores deben respetar, a la hora de comercializar sus productos o servicios a través de la Red⁴³⁰.

Por tanto, en base a los principios de equivalencia funcional (recogido en la LMUCE y en la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico) y al principio de libertad de forma (recogido en el artículo 1.278 del Código Civil), serán válidas las declaraciones de voluntad emitidas en orden a la formación de un contrato, hechas por medios electrónicos, siempre y cuando quede constancia y garantía de esta declaración. Ahora bien, será necesario para garantizar la veracidad de la declaración emitida electrónicamente que existan mecanismos de eficacia complementarios o específicos del medio electrónico, como firma electrónica

mismas; si ejerce una actividad gravada por el impuesto sobre el valor añadido (IVA), el número de identificación. En cuanto a los precios, deberán indicarse claramente y sin ambigüedades, haciendo constar en particular, si están incluidos los impuestos y los gastos de envío.

⁴³⁰ En efecto, el artículo 6 exige a los prestadores de servicios *que las comunicaciones comerciales que forman parte o constituyen un servicio de la sociedad de la información cumplan al menos las condiciones siguientes:*

a) las comunicaciones comerciales serán claramente identificables como tales;

b) será claramente identificable la persona física o jurídica en nombre de la cual se hagan dichas comunicaciones comerciales;

c) las ofertas promocionales, como los descuentos, premios y regalos, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, deberán ser claramente identificables como tales, y serán fácilmente accesibles y presentadas de manera clara e inequívoca las condiciones que deban cumplirse para acceder a ellos;

d) los concursos o juegos promocionales, cuando estén permitidos en el Estado miembro de establecimiento del prestador de servicios, serán claramente identificables como tales las condiciones de participación; serán fácilmente accesibles y se presentarán de manera clara e inequívoca.

certificada o la garantía de no manipulación de los contenidos de las voluntades negociales.

También en la LMUCE⁴³¹ se contempla esta afirmación cuando señala, en su artículo 11 que *“en la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”* y en el artículo 12, referido al reconocimiento por las partes de los mensajes de datos, al decir que *“en las relaciones entre el iniciador y el destinatario de un mensaje de datos, no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración por la sola razón de haberse hecho en forma de mensaje de datos”*.

A su vez, los dos preceptos contienen excepciones a la regla general de reconocimiento pleno de eficacia jurídica a las declaraciones de voluntad emitidas a través de medios electrónicos⁴³².

⁴³¹ La ley modelo UNCITRAL consagra el principio de la no discriminación respecto del medio de emisión de la declaración de voluntad negocial, en sus artículos 5 y 11. En el mismo sentido, la Directiva de Comercio Electrónico incluye la garantía general de que serán válidos los contratos perfeccionados por medios electrónicos, salvo excepciones puntuales, estableciendo la obligatoriedad de informar a la otra parte de los procedimientos y vicisitudes en la formación de los contratos on line, en aras de proteger a los consumidores por la vía del reconocimiento del derecho general a la información sobre el contenido y las circunstancias de elaboración y ejecución de los contratos de consumo (artículo 9).

⁴³² En este sentido, habrán de tener acogida las excepciones al principio de libertad de forma consagrados en el artículo 52 del Código de Comercio, que exceptúa de lo dispuesto en el artículo 51 aquellos contratos que, con arreglo al Código o a las Leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia y aquellos contratos celebrados en país extranjero en que la Ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la Ley española, señalando que en ambos casos, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas no producirán obligación ni acción en juicio. En el mismo sentido, la LSSICE, en su artículo 23.4 excluye expresamente los contratos de derecho de familia y sucesiones así como los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su

El mismo sentido podemos encontrar en el artículo 8.1 de la CNUUCECI que viene a reproducir casi literalmente el párrafo 1 del artículo 11 de la LMUCE⁴³³.

Así, podemos ver que la legislación europea reconoce la eficacia y validez de las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente, así como otorgan plena validez jurídica a los contratos, cuya formación se ha producido mediante el intercambio de dos o más mensajes de datos⁴³⁴, siempre que cumplan todas las exigencias legalmente establecidas para que puedan ser considerados como tales. Asimismo, en el Modelo Europeo de Acuerdo de EDI⁴³⁵, se contempla la producción de efectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y se recomienda la renuncia expresa de las partes, a hacer uso de cualquier derecho a interponer una acción

validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas. La producción de efectos jurídicos de los contratos celebrados por medios electrónicos se establece también por el derecho convencional, como podemos observar en el artículo 3.1 del Modelo Europeo de Acuerdo de EDI, referido a la validez del contrato, cuando prevé que las partes no puedan discutir la validez de las transacciones efectuadas mediante el EDI por la sola razón de que se hayan efectuado por dicho procedimiento. Esta regla viene a consolidar los efectos jurídicos de los contratos pactados mediante EDI. El EDI (Intercambio electrónico de datos) es el intercambio entre sistemas de información, por medios electrónicos, de datos estructurados de acuerdo con normas de mensajes acordadas. A través del EDI, las partes involucradas cooperan sobre la base de un entendimiento claro y predefinido acerca de un negocio común, que se lleva a cabo mediante la transmisión de datos electrónicos estructurados. En el EDI, las interacciones entre las partes tienen lugar por medio de aplicaciones informáticas, que actúan a modo de interfaz con los datos locales y pueden intercambiar información comercial estructurada. Los típicos campos de aplicación del EDI son el intercambio de información industrial, comercial, financiera, médica, administrativa, fabril o cualquier otro tipo similar.

⁴³³ El citado artículo 8, referido al reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas, señala que “no se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica”.

⁴³⁴ Cfr. Illescas, Derecho de la contratación electrónica, cit., p. 214.

⁴³⁵ DOCE No. L 338/98 de 28 de diciembre de 1994.

tendente a invalidar un contrato celebrado mediante el uso de EDI, de conformidad con las condiciones establecidas en el Acuerdo, basándose únicamente en el hecho de que se celebró mediante el uso del EDI. La regla aquí reproducida asegura la eficacia de los efectos jurídicos de los contratos pactados mediante EDI, estableciendo la renuncia de las partes a emprender acciones judiciales contra los contratos que se celebren mediante este sistema⁴³⁶.

Podemos, por tanto, concluir señalando que las declaraciones de voluntad emitidas electrónicamente tienen plena validez jurídica, con independencia del soporte elegido, ya sea mediante mensaje de datos, documento electrónico o intercambio electrónico de datos y así lo manifiesta nuestro legislador en la normativa referida.

2.2. El acuse de recibo

Como hemos señalado, la oferta y la aceptación son declaraciones de voluntad dirigidas a la formación del contrato y a la producción de efectos jurídicos, pudiendo realizarse en cualquier forma y emplear cualquier medio para su emisión. Cuando se producen en Internet, estaremos ante un contrato electrónico, con plenos efectos jurídicos.

Llegados a este punto, se hace necesario hacer referencia, de modo sintético, a uno de los elementos fundamentales a la hora de establecer la certidumbre respecto de la llegada del mensaje de datos desde el iniciador al destinatario: *el acuse de recibo*, que consiste en un mensaje de datos que contiene una declaración emitida por el destinatario de un mensaje de datos anterior, comunicando al iniciador del mensaje su recepción⁴³⁷.

⁴³⁶ Esta norma encuentra su parangón en el artículo 6 del Código civil, cuando establece que *“la exclusión voluntaria de la Ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”*.

⁴³⁷ El artículo 14 de la Ley Modelo y el punto 93 de la Guía para su incorporación al derecho interno de 1998, el cual entiende que el acuse de recibo se entenderá como una vida de aceptación de un

En cualquier caso, no se debe confundir el acuse de recibo con la aceptación de la oferta contenida en el mensaje de datos originario, emitido por el iniciador⁴³⁸.

En este sentido, el artículo 11 de la Directiva de Comercio Electrónico, obliga al prestador de servicios a enviar un acuse de recibo, lo más rápido posible. Asimismo, establece que las declaraciones de voluntad se entenderán recibidas desde el momento en que el receptor pueda tener acceso a la misma, señalando que *“Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicarán los principios siguientes:*

- *el prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica,*
- *se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo cuando las*

contrato cuando así las partes lo consideren oportuno en virtud de la libertad de forma del artículo 1278 del Código civil, establece que *“El empleo funcional de acuses de recibo es una decisión comercial que deben tomar los usuarios del comercio electrónico; la Ley Modelo no tiene la finalidad de imponer ningún procedimiento de este tipo. No obstante, habida cuenta de la utilidad comercial de un sistema de acuse de recibo y del uso extendido de esos sistemas en el contexto del comercio electrónico, se consideró que la Ley Modelo debía abordar una serie de cuestiones jurídicas derivadas del uso de procedimientos de acuse de recibo.*

Cabe señalar que la noción de “acuse de recibo” se emplea a menudo para abarcar toda una gama de procedimientos, que van desde el simple acuse de recibo de un mensaje no individualizado a la manifestación de acuerdo con el contenido de un mensaje de datos determinado. En muchos casos, el procedimiento de “acuse de recibo” se utilizaría paralelamente al sistema conocido con el nombre de “petición de acuse de recibo” en las administraciones postales. Los acuses de recibo pueden exigirse en diversos tipos de instrumentos, como en los mensajes de datos propiamente tales, en acuerdos sobre comunicaciones bilaterales o multilaterales, o en “reglas de sistema”.

⁴³⁸ Al respecto ver por todos, Illescas, R., en *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. pp. 234 y ss. También, referido al acuse de recibo entre empresarios, otorgado en entorno cerrado, ver Juliá Barceló, R., (2000) *Comercio electrónico entre empresarios, la formación y la prueba del contrato electrónico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 285 y ss.

partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos”.

Señala a continuación que *“Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando así lo acuerden las partes que no son consumidores, el prestador de servicios ponga a disposición del destinatario del servicio los medios técnicos adecuados, eficaces, accesibles que le permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido. El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 11 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente”.*

La Directiva no establece el momento a partir del cual el contrato está formalizado, sino en qué momento se considera que se ha recibido el pedido y el acuse de recibo. En cualquier caso, establecer el momento de perfección del contrato no es fácil, pues sólo se concreta que debe tenerse acceso a la confirmación, pero no se concreta en qué momento se entiende que el receptor tiene acceso a la misma (pues puede acceder en varias horas o en varios días después de que sea accesible). Esta falta de regulación se explica por la diversidad de soluciones existentes en los Estados miembros, de ahí que la Directiva se limite a regular los mecanismos de prueba, al exigir un acuse de recibo, aunque sea a efectos puramente probatorios.

Por su parte, la LSSICE sigue las mismas pautas que la Directiva, como se puede observar de la lectura del artículo 28, cuando dice que *“El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios: a) El envió de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario”.*

En efecto, con respecto a la información posterior al contrato, la LSSICE establece la obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo, por

algunos de los medios establecidos en el art. 28, permitiendo la confirmación mediante el envío de un acuse de recibo por correo electrónico, en el plazo de veinticuatro horas siguientes⁴³⁹.

Para evitar dudas y posibles abusos, este artículo establece una regla sencilla, cuando establece, como momento de la confirmación, cuando las partes a las que se dirijan tales informaciones puedan tener constancia de las mismas. Parece que la intención del legislador es asegurar que el oferente llegue a obtener una prueba de la contratación realizada, utilizando el criterio de la recepción de la aceptación. En base a este criterio, el contrato se entenderá formalizado con la recepción de la aceptación de la oferta previamente enviada, es decir, en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél 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 (art. 28.2 LSSICE), sin que sea necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta, en los casos contemplados en el párrafo tercero.

La Ley, en su párrafo 2 concreta que *“en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél 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”*⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Pendón Meléndez, M.A., en La Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en Revista de la contratación electrónica, nº. 34, 2003, pp. 65-75. También Rubio Gimeno, G., (2003) *Validez y perfección del contrato electrónico* en La regulación del comercio electrónico, cit, p. 46.

⁴⁴⁰ Añade a continuación que *“no será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando: a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean*

Este artículo asegura que el mensaje de datos ha llegado al destinatario, mediante la emisión del acuse de recibo y aunque no nos da la certeza de que el mensaje de datos se corresponda con el original que ha sido remitido al destinatario, si nos da una gran certidumbre de que la declaración expresa del destinatario, responde al mensaje de datos emitido por el iniciador del mismo y recibido originariamente por el destinatario. La verdadera certidumbre se suele culminar con la confirmación del mensaje de datos recibido y acusado por el destinatario (salvo uso fraudulento)⁴⁴¹ que, a su vez, sirve para que el iniciador del mensaje de datos emita un duplicado del mismo, otorgando certeza al contenido del mensaje emitido originariamente. De este modo, sin ofrecer una garantía total para la seguridad del comercio electrónico, el acuse de recibo y la confirmación del mensaje de datos, son elementos clave para la misma y ambas constituyen pruebas fundamentales en caso de conflicto.

3. La perfección del contrato

3.1. Momento de la perfección del contrato electrónico

El contrato electrónico sigue las mismas reglas para su perfección que los contratos tradicionales⁴⁴²; así, se perfecciona por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa, como señalan el artículo 1.262 del Código civil y 54 del Código de comercio⁴⁴³, en base al principio de inalteración del derecho preexistente

empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación”.

⁴⁴¹ Como señala Illescas, R., en *Derecho de la Contratación Electrónica*, cit. p. 234, si bien la confirmación no garantiza que no haya un uso fraudulento de un nombre ajeno en el contrato electrónico, lo que sí hace es dificultar el uso fraudulento del sistema informático ajeno.

⁴⁴² La ley acoge el principio espiritualista que rige en nuestro ordenamiento civil en cuanto a la perfección del contrato, en base al cual el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse (art. 1254 C.c.) y se perfecciona por el mero consentimiento (art. 1258 C.c.).

⁴⁴³ La STS de 26 marzo 1993, señala que “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, manifestado por el concurso de la oferta y la aceptación, que marca el final del iter formativo del contrato, el final de los actos preliminares al mismo, lo que requiere que la oferta contenga todos los*

de obligaciones y contratos. Pero debemos tener en cuenta que estamos ante un contrato entre ausentes, en el que las declaraciones de voluntad de los intervinientes no son simultáneas, e incluso se pueden extender en el tiempo, (tiempo de deliberación que puede tardar horas, días e incluso semanas, tanto tiempo como el período de vigencia establecido en la oferta). Por ello, determinar cuándo y dónde surge el contrato es esencial para establecer el momento de perfección del mismo⁴⁴⁴.

La celebración del contrato entre presentes no presenta dificultad especial, en cuanto a la determinación del momento de celebración, ya que las declaraciones de voluntad se expresan de forma simultánea. En cambio, cuando las declaraciones de voluntad se emiten entre personas ausentes habrá que determinar el momento en el que se entiende celebrado el contrato, pues en el mundo virtual, al no existir inmediatez entre las partes, aunque pueda darse la simultaneidad en el consentimiento, determinar el momento en el que se entiende celebrado el contrato es una cuestión controvertida⁴⁴⁵.

elementos determinantes del objeto y la causa, para que la posterior aceptación determine el concurso respecto de ellos, sin introducir modificación alguna que requiriese un nuevo acuerdo”.

⁴⁴⁴ *Determinar el momento de la perfección del contrato, es importante para saber hasta qué momento pueden ser retiradas y revocadas oferta y aceptación, para determinar la capacidad de los contratantes o para conocer la norma aplicable en supuestos de modificaciones legislativas. Por su parte, el lugar de perfección del contrato resulta importante para determinar básicamente la competencia del juez que ha de conocer de los eventuales litigios y la aplicación de una u otra legislación, en conflictos de Derecho interregional o internacional, en Estupiñán Cáceres, R., La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos. Diario La Ley, Editorial LA LEY, 19 Sep. 2002, Ref. D-203, p. 1.*

⁴⁴⁵ Como señala De Miguel, “*El momento de celebración del contrato resulta controvertido siempre que las declaraciones de voluntad negociales se intercambian entre ausentes, a través de medios que no permiten una comunicación inmediata entre las partes*”, De Miguel Asensio, P. A., (2011) *Derecho Privado de Internet*, 4ª edición, p. 855.

Por ello, establecer el momento en que se entiende celebrado el contrato, es una cuestión relevante ya que, a partir de ese momento, comienza a desplegar sus efectos, el cumplimiento de las obligaciones, el nacimiento de las relaciones jurídicas entre las partes, la sucesión mortis causa en caso de fallecimiento de cualquiera de las partes, la prueba de la existencia del contrato, la distribución del riesgo, etc⁴⁴⁶.

En cuanto al momento de perfección del contrato electrónico, podemos señalar que existen diversas teorías: en primer lugar, *la teoría de la declaración o de la emisión*, según la cual el contrato entre personas distantes, se perfecciona en el momento en el que el aceptante declara su voluntad de aceptar la oferta de contratación propuesta. Bastará con que el oferente haya declarado su oferta y que el aceptante, posteriormente, la admita para que el contrato quede perfeccionado.

El contrato ya existe y produce efectos con la aceptación y la obligación de comunicar la aceptación al oferente sería un mero requisito posterior⁴⁴⁷. Mediante la aceptación, el destinatario formula una declaración en virtud de la cual manifiesta su conformidad con todo el contenido de la oferta. Dicha aceptación se realiza a través de dispositivos electrónicos, bastando con seleccionar el botón de aceptación para que su voluntad quede constatada, aunque la LSSICE exigirá que posteriormente se confirme la recepción de la aceptación por el aceptante⁴⁴⁸.

⁴⁴⁶ Fernández Fernández, R. (2013) *El contrato electrónico, formación y cumplimiento*, cit, p. 82.

⁴⁴⁷ Esta es la teoría que se podía derivar del antiguo artículo 54 del Código de Comercio modificado por la LSSICE, al decir que “*Los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada*”.

⁴⁴⁸ Domínguez Cabrera, M. P., El perfeccionamiento del contrato electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en Revista de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, ISSN 1137-0912, Nº 8-9, 2003-2004, p. 59. También Fernández Fernández, R. (2013) *El contrato electrónico, formación y cumplimiento*, cit, pp. 82-87, hace una referencia a las principales teorías que explican la contratación entre ausentes y el momento de perfección del contrato entre ausentes.

En segundo lugar, se encuentra la *teoría de la recepción*, que considera que el momento de perfección del contrato, es el de la llegada de la declaración del aceptante a conocimiento del oferente, no bastando por tanto, ni que la declaración se haya emitido ni que ésta se haya puesto en camino del oferente; es necesario que haya llegado al ámbito de actuación o círculo del oferente o, en el caso de los contratos electrónicos, cuando llega al servidor informático o entorno tecnológico sobre el que se soporta el sistema de información del oferente⁴⁴⁹.

Por último, existen teorías intermedias, como la *teoría de la expedición*, según la cual el momento de la perfección del contrato tiene lugar cuando el aceptante envía su aceptación al oferente⁴⁵⁰, es decir, cuando la pone en camino hacia el oferente⁴⁵¹.

Antes de la nueva redacción dada al Código civil por la LSSICE, éste señalaba como momento de la perfección del contrato, aquél en el que la aceptación llegaba al entorno o al ámbito de influencia del oferente, de modo que pudiera tener

⁴⁴⁹ Varios mercantilistas defienden que realmente se trata de la teoría de la emisión. En contra se halla la posición de Bercovitz, R., y otros, *Centenario del Código Civil* (1889-1989), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.

⁴⁵⁰ Fernández Pérez, N., (2009) en *El nuevo régimen de la contratación a distancia*, cit., p. 49, señala “A mi juicio el criterio de la recepción primero es el más acorde con las reglas de la buena fe y de la auto-responsabilidad, con el carácter «recepticio» que tiene la declaración de voluntad del aceptante, con el hecho de que este sea el criterio determinante para la confirmación de la aceptación por el prestador del servicio y con la protección de los consumidores, que está ínsita en la regulación del comercio electrónico y, por tanto, más acertado. No se trata, sin embargo, de una opinión compartida por toda la doctrina, destacando los autores que han venido defendiendo la aplicación diferenciada, atendiendo a la naturaleza del contrato, de los criterios propuestos por el Código Civil y el Código de comercio, mientras que otros autores se han mostrado partidarios del criterio de la emisión, sobre la base de que este criterio permite evitar incertidumbres sobre el momento en que el mensaje llega al destino, dado que este dato aparece incluido de forma automática en el correo electrónico”.

⁴⁵¹ De Miguel Asensio, P. A., (2011) *Derecho Privado de Internet*, 4ª edición, p. 855.

conocimiento de dicha aceptación, admitiendo la teoría de la recepción (artículo 1262), es decir, que cada parte debe conocer la voluntad positiva de la otra para que el contrato se considere perfecto.

Por otra parte, la antigua redacción del artículo 54 del Código de comercio, establecía que la aceptación se produce desde que se contesta aceptando la propuesta, aplicando la teoría de la expedición.

En este sentido, son variadas las posturas doctrinales sobre si estamos ante contratos entre presentes o entre ausentes, para determinar el momento de su perfección⁴⁵². De un lado, nos encontramos la posturas de los autores que sostienen que el criterio que lo determinará será el de la distancia entre las partes, de modo que en los contratos en los que existe inmediatez en la oferta y la demanda, ya sea porque los contratantes se encuentren presentes en el mismo lugar, o porque utilicen algún medio electrónico que permita la inmediatez, serán contratos entre presentes; por el contrario, otros autores sostienen que los contratos celebrados entre personas distantes que utilizan medios de comunicación que no permiten la inmediatez, serán contratos entre ausentes⁴⁵³.

⁴⁵² “El régimen de la perfección del contrato en el Derecho privado español, anterior a la reforma operada por virtud de la disposición adicional cuarta de la LSSICE, se basaba (en el aspecto que nos interesa) en la clásica distinción entre contratación entre presentes y contratación entre ausentes. A la regulación de las correspondientes modalidades se destinaban los preceptos contenidos en los artículos 1.261 C.c. y 54 C. de com., cada uno en su correspondiente ámbito (contratación civil y mercantil especial, respectivamente)”, Pendón Meléndez, M. Á., (2009), *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., pp. 90-114.

⁴⁵³ Vid. Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 32 cuando dice que “La jurisprudencia existente en materia de contratos a distancia en cualquiera de sus manifestaciones, telégrafo, telex, telefax y etc., suele poner el énfasis a la hora de caracterizar estos contratos en la falta de continuidad de las declaraciones de voluntad de las partes” (STS de 31 de mayo de 1993 y de 30 de julio de 1996). En el mismo sentido, la STS de 3 de enero de 1948 consideró que correspondía calificar la contratación telefónica como un supuesto de contratación “entre presentes”. Podemos ver una reflexión sobre estos temas en: Romero Matute, “La obligación

Posteriormente, se produce la unificación del tratamiento de los contratos electrónicos establecida por la LSSICE, que viene a reformar y unificar la redacción de los artículos 1262 del Código civil y 54 del Código de Comercio, aunque, en opinión de Illescas (2009), no se ha producido la pretendida simplificación de las disposiciones aplicables a la perfección del contrato entre ausentes⁴⁵⁴, ya que

de información de las condiciones generales en la contratación a distancia", RCE, nº 5 2000, pp. 5 y ss. También, en García Rubio, La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales, en AA.VV., *Comercio electrónico en Internet*, dirección Gómez Segade, J.A., coordinación Fernández-Albor Baltar, A. y Tato Plaza, A., Madrid-Barcelona, 2001, pp. 325-337. Concretando más, Domínguez Luelmo, A., (2000) *Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico*, RCDI, p. 243, quien señala que el momento de perfección del contrato no debe determinarse tanto en función del intervalo de tiempo entre las declaraciones de voluntad de las partes, sino en función del intervalo de tiempo que hay entre la emisión de la aceptación y el conocimiento de la misma por el oferente, pues en los medios en que existe inmediatez en estas declaraciones (como el teléfono, la videoconferencia, el videochat), podrían calificarse de contratos celebrados entre presentes, mientras que otros medios (como las cartas y telégrafo), son contratos de formación sucesiva cuya perfección debe resolverse atendiendo a la legislación civil y mercantil, que en este sentido coinciden. También Martínez Gallego, E.M, (2000), *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 115-117, distingue entre contrato entre ausentes o contrato entre personas no presentes, como aquellos que se producen entre personas separadas o distanciadas sin posibilidad de comunicación oral, y contrato a distancia, que son aquellos que derivan de ofertas que provienen de titulares de medios de comunicación a distancia.

⁴⁵⁴ Así, según Illescas (2009) el artículo 54 del Código de Comercio establece tres criterios en orden a determinar el momento de perfección del contrato entre ausentes: a) el momento del conocimiento de la aceptación del ofertado por el oferente, b) el momento de la presunción del conocimiento de la aceptación del ofertado por el oferente de buena fe, c) el momento de la manifestación de la aceptación por el ofertado en contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, Illescas, R. *Derecho de la contratación electrónica*, cit. p. 254. Por su parte, Fernández Pérez, N., señala que "no se ha establecido un único criterio legal de determinación del momento de perfección de los contratos sino uno doble para la categoría de los contratos a distancia en general y uno específico para los contratos a celebrar por medios «automáticos»... Junto al criterio de la recepción, se establece para los contratos «celebrados mediante dispositivos automáticos» otro distinto. Lo primero que llama la atención es la propia terminología utilizada por el legislador, que no guarda relación con el resto del articulado de la ley, en el que se utiliza "los contratos electrónicos o celebrados por vía electrónica".

entiende que esta solución no ha venido a cubrir de manera suficiente las necesidades del tráfico electrónico⁴⁵⁵.

Ya hemos señalado, que la contratación electrónica difiere de la contratación tradicional, pues aunque nos encontramos con sujetos físicamente separados, en virtud de la inmediatez de estas nuevas tecnologías, puede producirse una interconexión de las partes en tiempo real y en unidad de acto⁴⁵⁶. En el estado actual

La pregunta que inmediatamente se plantea es si puede identificarse los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, con los contratos celebrados por vía electrónica. La duda es más que razonable, si se tiene en cuenta que no se cuenta con ninguna definición en la Ley de lo que debe entenderse por dispositivo automático...”, continúa diciendo “...cabría pensar que solo una parte de los contratos electrónicos —aquellos celebrados mediante un dispositivo electrónico programado para actuar automáticamente— podría quedar encuadrados entre los celebrados por dispositivos automáticos y que a los restantes, aquellos en los que hay una intervención humana activa, les resultaría de aplicación los criterios anteriormente señalados..., debe señalarse que también podría pensarse que la intención del legislador no ha sido esa, sino otra, esto es, la de sujetar a los contratos electrónicos a un criterio diferenciado del resto de contratos a distancia, lo que nos llevaría a identificar las dos categorías de contratos inicialmente señaladas.

Seguramente en una interpretación flexible podría llegarse a esa conclusión. A su favor milita el hecho de que el art. 29 LSSICE, relativo al lugar de celebración del contrato, señala que «los contratos celebrados por vía electrónica» se presumirán celebrados, en caso de intervención de un consumidor, en el lugar de residencia del consumidor, y de no ser así, en defecto de pacto, en el lugar de establecimiento del prestador de servicios, con lo que difiere del criterio fijado por los Códigos Civiles y de Comercio”, en El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, cit. pp. 60-62.

⁴⁵⁵ Otra solución se encuentra en la fórmula de la CNUCCIM (Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, CISG - Convention on International Sale of Goods, o su acrónimo en español CNUCCIM), cuando se trata de compraventas internacionales de mercaderías no destinadas al uso personal, familiar o doméstico, conforme a la cual perfección se produce en el momento de la llegada de la aceptación al destinatario, sin que ello implique necesariamente el conocimiento por parte del destinatario del mensaje de datos que, en ocasiones, deberá realizar una actividad adicional para conocerlo.

⁴⁵⁶ Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 34.

de la tecnología, los medios telemáticos aseguran una emisión de las declaraciones de voluntad prácticamente inmediatas, por lo que podría parecer que estamos ante un contrato entre presentes, en orden a la determinación del momento de perfección del mismo⁴⁵⁷.

No obstante, hay que decir que a pesar de que estamos ante contratos en los que la oferta y aceptación, así como la recepción de ésta última, son prácticamente instantáneos, no se produce la simultaneidad en todas las ocasiones (en el entorno de Internet no siempre hay simultaneidad, por ejemplo un problema de conexión, un virus que reinicie el ordenador...), por lo que podemos señalar que estamos ante contratos de formación sucesiva y a distancia⁴⁵⁸.

Por tanto, la cuestión relevante, en relación con la perfección del contrato celebrado entre ausentes, no debe ser la de la presencia o ausencia de los contratantes, sino el medio de comunicación empleado⁴⁵⁹, que permita la inmediatez de las

⁴⁵⁷ Defienden el carácter de contratos de formación sucesiva, Vaitier Fuenzalida, C., (1999) *En torno a los contratos electrónicos*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia p. 87 y también Clemente Mero, M. E., (2000) *Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica*, RDP 4 pp. 76-77.

⁴⁵⁸ Mateu de Ros, *El consentimiento y el proceso de contratación electrónica*, cit. p. 60-61 señala que: “no hay, por tanto, ausencia ni distancia, sino una forma distinta de presencia tan auténtica, tan inmediata y tan instantánea, y, a menudo, mucho más libre y espontánea, que la presencia personal, física o material. A esta modalidad nueva de encuentro, de concurrencia presencial de voluntades, a la reunión virtual de los contratantes y la prestación del consentimiento on line, el Derecho no puede ofrecer una respuesta rígida y uniforme...”. También Madrid Parra, A., (1996) *La contratación electrónica*, Estudios en Homenaje a Aurelio Menéndez, tomo III, Civitas Madrid, pp. 2951-2952, admite que “aunque el diálogo entre ordenadores en tiempo real hace prácticamente inapreciable la diferencia de tiempo, puede no ser siempre así, en los casos de falta de simultaneidad o aceptación por tandas”.

⁴⁵⁹ Garrigues, J., Curso de Derecho mercantil, T. II. 8.ª ed. revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, Madrid, 1983, p. 17, señalaba “más, en realidad, no es la ausencia o la presencia de los contratantes, sino el medio de comunicación que éstos empleen el criterio que debe servir de base para la distinción. Nuestro Código de comercio se inspira en el criterio acertado cuando habla en

comunicaciones y, por tanto, la inmediatez de las declaraciones (supuestos de contratación telefónica o contratación mediante otros sistemas de comunicación que jurídicamente equivalen a la presencia física de las partes)⁴⁶⁰.

Ciertamente, entre la oferta y la aceptación contractual, se aprecia un lapso de tiempo entre una y otra (que podrá ser más o menos largo), pues el proceso de comunicación de la oferta, la llegada a conocimiento de la misma al cliente y su valoración, para aceptarla o no, requiere de un tiempo, que se verá incrementado por el tiempo que necesite el destinatario de la oferta para comunicar su propia aceptación. Si la aceptación es inmediata, el lapso de tiempo puede resultar irrelevante (el caso de los contratos de formación instantánea), pero si el lapso de tiempo es mayor adquiere más relevancia jurídica (el caso de los contratos de formación sucesiva), pues en este lapso de tiempo se pueden introducir modificaciones sustanciales, que tengan consecuencias jurídicas (como la retirada de la oferta antes de su aceptación o la caducidad de la misma).

En este sentido, la Ley Modelo reconoce la validez de los contratos y negocios jurídicos manifestados por medios electrónicos, regulando en su artículo 15, el tiempo y lugar del envío y la recepción de un mensaje de datos⁴⁶¹ y aunque se limita

su artículo 54, no de los contratos entre ausentes, sino de los contratos que se celebren por correspondencia, dejando sin prejuzgar el problema del momento de la perfección del contrato cuando, estando realmente ausentes los contratantes, pueden, sin embargo, ser considerados como presentes, por la índole especial del medio de comunicación elegido”

⁴⁶⁰ En opinión de Rubio Gimeno, G., (2003) *Validez y perfección del contrato electrónico* en La regulación del comercio electrónico, p. 45, *hace tiempo ya que la doctrina había matizado la noción de contratación entre ausentes fijando la atención no tanto en la cuestión física o espacial, como en el desarrollo del proceso de contratación. El Tribunal Supremo acogió ese matiz en la fundamental sentencia de 3 de enero de 1948, que consideró la contratación telefónica como supuesto de contratación entre presentes. Así, se consideró que la contratación es entre presentes cuando puede desarrollarse de modo ininterrumpido. Es una pena que la reforma del art. 1262 C.c. no haya servido para corregir la definición de la “ausencia” a efectos contractuales*.

⁴⁶¹ Según la Guía para la incorporación, el artículo 15, por un lado, señala el momento de expedición

a hablar del momento de emisión y recepción de mensajes de datos, del mismo se deduce que el contrato se perfecciona cuando la aceptación haya sido emitida por el aceptante, por el procedimiento informático correspondiente y haya sido recibida por el oferente o, al menos, haya entrado en el sistema de datos del ámbito de influencia del oferente, siguiendo el sistema de la recepción.

Por su parte, el artículo 11 de la Directiva 31/2000 señalaba que *“Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, en los casos en que el destinatario de un servicio efectúe su pedido por vía electrónica, se aplicaran los principios siguientes: (a) El prestador de servicios debe acusar recibo del pedido del destinatario sin demora indebida y por vía electrónica. (b) Se considerará que se han recibido el pedido y el acuse de recibo, cuando las partes a las que se dirigen, puedan tener acceso a los mismos. El primer guión del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 11 no se aplicarán a los contratos celebrados exclusivamente por intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente”*⁴⁶². La Directiva parecía decantarse por la

del mensaje de datos cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador. Por otra parte, señala como momento de recepción del mensaje de datos cuando entre en el sistema de información designado por el destinatario, caso de haberse establecido tal sistema de información o cuando el destinatario recupere el mensaje de datos; y de no haberse designado, al entrar el mensaje de datos en el sistema de información del destinatario. En opinión de Hernández Jiménez, *la ley modelo está, además de definiendo el momento de emisión y recepción de la declaración de voluntad, recomendando de alguna manera la adopción de dos posibles criterios: la teoría de la emisión (según la cual el consentimiento se entiende prestado en el momento de emisión de la aceptación) o la teoría de la recepción (según la cual el consentimiento se produce cuando la aceptación llega al ámbito del oferente). De acuerdo con esta Ley modelo, con muy pequeñas variaciones, han sido elaboradas diversas leyes en Derecho comparado, especialmente en el ámbito anglosajón (Irlanda, Estados Unidos, Canadá y Australia)*, en Hernández Jiménez, F. (2005) El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos en Principios de Derecho de Internet, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, p. 36. Sobre la materia también ver: Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. pp. 64 y ss.

⁴⁶² La tendencia en el Derecho europeo es la de armonizar el Derecho contractual que afecta a los

necesidad del acuse de recibo, como exigencia para la perfección del contrato⁴⁶³, siguiendo la teoría de la confirmación, pero esta concepción choca con los principios de nuestro Derecho Privado, dejando al arbitrio de una de las partes la decisión de que el contrato se perfeccione o no.

Ahora bien, el artículo 11 del texto comunitario, fue modificado y en la nueva redacción establecía que la perfección del contrato quedaba condicionada a que el aceptante recibiera un acuse de recibo de su aceptación. Se trata de un cambio sustancial, pues en la nueva redacción se exigía que, salvo acuerdo de las partes, (siempre que ninguno de ellos fuera consumidor), los pedidos realizados por un medio electrónico debían ser confirmados por un acuse de recibo, remitido sin demora indebida y por vía electrónica. Además, para determinar el momento de la recepción de cada comunicación, se establecía la presunción de que se han recibido

contratos electrónicos, con el fin de establecer la aplicación de los mismos criterios por las diferentes Directivas, en lo que se refiere a los aspectos esenciales del contrato: formación y perfección de los mismos, así como las consecuencias de la falta de cumplimiento. Podemos señalar al respecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de acción. Bruselas, 12.2.2003 COM(2003) 68 final, que señala que *“Este marco común de referencia debería presentar las mejores soluciones posibles a nivel de terminología y de reglas comunes, por ejemplo, la definición de conceptos fundamentales y abstractos como «contrato» o «daños», y de las normas aplicables, por ejemplo, en caso de incumplimiento de contrato. Una revisión del acervo actual en materia de Derecho contractual europeo, podría eliminar las incoherencias identificadas, mejorar la calidad de la redacción, simplificar y clarificar las disposiciones vigentes, adaptar la legislación en vigor a ciertos elementos económicos y comerciales novedosos que no estaban previstos en el momento de la adopción, y suplir las carencias de la legislación comunitaria que han causado problemas en su aplicación. El segundo objetivo del marco común de referencia, es constituir una base para una futura reflexión sobre un instrumento facultativo en el ámbito del Derecho contractual europeo.*

⁴⁶³ La modificación del artículo 11 de la Directiva pretendía una simplificación del proceso de contratación y de actuaciones que debían realizar las partes en orden a la perfección del contrato, aproximando la contratación electrónica a los consumidores, generando una mayor confianza y contribuyendo a la consolidación del comercio electrónico Pendón Meléndez, M.Á., (2009), *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p.115.

el pedido o el acuse de recibo “*cuando las partes a las que se dirigen puedan tener acceso a los mismos*”.

El texto comunitario no establece el momento de la perfección del contrato, sino que permite que cada Estado adopte como momento de perfección del contrato el que considere más adecuado. La Comunidad europea pretendía más bien reforzar la seguridad de los consumidores exigiendo el acuse de recibo⁴⁶⁴, sin detenerse a establecer el momento de perfección del contrato⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Consideraron que el tiempo que transcurría entre la emisión del pedido y el envío del acuse de recibo sería mínimo en los sistemas automáticos de contratación electrónica con consumidores, por lo que se entendió que no supondría ningún perjuicio razonable para éstos, una espera tan breve para la obtención de aquél elemento probatorio, Pendón Meléndez, M. Á., (2009), *La perfección del contrato en derecho privado*, cit., p.116.

⁴⁶⁵ Respecto a la normativa internacional, podemos citar la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980, que contiene normas materiales que regulan numerosos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, tales como la perfección del contrato, las obligaciones de los contratantes y transmisión de los riesgos, así como la patología del contrato y el sistema de acciones, en cuyo artículo 15.1, señala que: 1) *La oferta surtirá efecto cuando llegue al destinatario.* 2) *La oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta.* Optando por la teoría de la recepción. El mismo criterio se adopta en los Principios de UNIDROIT, en su artículo 1. 10 al señalar que: *La notificación surtirá efectos cuando llegue al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida. A los fines del párrafo anterior, se considera que una notificación “llega” al ámbito o círculo de la persona a quien va dirigida cuando es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o dirección postal.* También, la Ley modelo de comercio electrónico UNCITRAL, en su artículo 15.2 al señalar que: *De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el momento de recepción de un mensaje de datos se determinará como sigue: a) Si el destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de mensajes de datos, la recepción tendrá lugar:*

i) En el momento en que entre el mensaje de datos en el sistema de información designado; o

ii) De enviarse el mensaje de datos a un sistema de información del destinatario que no sea el sistema de información designado, en el momento en que el destinatario recupere el mensaje de datos;

La Directiva no pretende fijar un nuevo principio para la perfección del contrato que modificaría los principios internos en orden a la perfección del negocio jurídico; más bien plantea las líneas básicas de los requisitos que las partes deben cumplir, sin precisar si se trata de requisitos de perfección del contrato o bien de meras obligaciones posteriores a la perfección.

Así parece que lo ha entendido la LSSICE, cuando establece, en el artículo 28, la obligación de emitir el acuse de recibo, como una obligación posterior sujeta al régimen sancionador en caso de incumplimiento, no como un requisito de perfección. Además, en su Disposición Adicional cuarta, modifica los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, unificando literalmente la regulación respecto al momento y al lugar de celebración del contrato entre ausentes. Por tanto, la Ley aplica la teoría del consentimiento matizada con la de la recepción, en los contratos entre ausentes, ya sean civiles o mercantiles, siempre que no se utilicen procedimientos automáticos y, si se utilizan procedimientos automáticos en la contratación, se acoge, por la Ley, la teoría de la emisión⁴⁶⁶.

En definitiva, el contrato será válido y perfecto por la prestación del consentimiento bilateral entre oferente y aceptante, por lo que el acuse de recibo no va a afectar a la fase de formación del mismo y se perfecciona cuando cada una de las dos partes conoce la declaración de voluntad de la otra parte, una vez que llega al entorno del oferente, de modo que razonablemente pueda conocerla si tiene una actitud diligente⁴⁶⁷.

b) Si el destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar al entrar el mensaje de datos en un sistema de información del destinatario.

⁴⁶⁶ Fernández Fernández, R., (2013) *El contrato electrónico*, cit. p. 86.

⁴⁶⁷ En el mismo sentido, los Principios de la UNIDROIT establecen en su artículo 1.9 que “la comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a quien vaya dirigida” y que “....se considerará que una comunicación llega a la persona cuando le es comunicada oralmente o entregada en su establecimiento o en su dirección postal”.

En el futuro, la mayoría de los contratos se realizarán de forma electrónica, lo que conllevará la ausencia de documentos escritos y su sustitución por el documento electrónico, firmado por las partes que intervienen en la contratación, lo que ofrecerá plenas garantías de validez jurídica en el nuevo escenario de la contratación⁴⁶⁸.

3.2. Lugar de celebración del contrato

Una de las características que definen el comercio electrónico, es la no presencia simultánea entre los contratantes. Partiendo de la idea de que los contratantes pueden encontrarse en diferentes lugares, es necesario determinar, en este tipo de contratos, el lugar en que se va a considerar celebrado el contrato, puesto que servirá para determinar dónde se van a producir los efectos jurídicos contractuales (lugar de ejecución de las obligaciones, determinación del juez competente para la solución de los conflictos de intereses que pudieran derivarse del contrato)⁴⁶⁹.

Estamos ante un problema que afecta a varias disciplinas jurídicas, que entronca con aspectos procesales y de derecho internacional privado, que exceden del objeto de este estudio, por lo que sólo haremos referencia a algunos aspectos

⁴⁶⁸ Guisado Moreno, Á., *Formación y perfección del contrato en Internet*, cit. p. 175. También, De Miguel Asensio, P. A., (2011) *Derecho Privado de Internet*, 4ª edición, cit. pp. 862-863.

⁴⁶⁹ Fernández Pérez, N., señala que “Tras la reforma del art. 1262 CC y del 54 CCom., en ambos se mantiene el criterio señalado. Al margen parece que quedan los contratos celebrados «mediante medios automáticos», cuestión sobre la que se volverá al hablar de la perfección de los contratos de servicios financieros. La cuestión que ante este precepto se ha venido planteado la doctrina y que sigue teniendo vigencia, a la vista de que la dicción es la misma, es si tal regla debe aplicarse de forma indistinta tanto a los contratos de formación sucesiva, o planteado de forma distinta, si existe una conexión entre el momento y lugar de perfección o por el contrario son cuestiones distintas. El criterio que dota de mayor seguridad es el relativo al domicilio o residencia habitual del oferente, o aquel en que tenga su centro principal de actividades si se trata de una sociedad. Esta es la posición adoptada en la Directiva sobre comercio electrónico, y a la vista de las consideraciones anteriores, merece una valoración positiva”, Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. p. 70.

sustanciales⁴⁷⁰. La LMUCE establece, en su artículo 14, una serie de reglas respecto del lugar y tiempo del envío y la recepción del mensaje de datos⁴⁷¹. Las reglas que establece dependerán de las circunstancias.

De esta forma, atiende en primer lugar, al establecimiento del iniciador para la expedición y al establecimiento del destinatario para la recepción y si tienen más de un establecimiento, se considerará como tal el que tenga relación más estrecha con la operación efectuada y, en caso contrario el lugar del establecimiento principal y, por último, en caso de no tener establecimiento el lugar será el de su residencia habitual.

Se desprende de su lectura, que el criterio para determinar el lugar en el que la actividad empresarial se realiza debe ser el de la localización principal.

⁴⁷⁰ Como señala Hernández Jiménez-Casquet, *“El lugar de celebración del contrato es relevante sobre todo para la determinación de la Ley aplicable a la forma y fondo de ciertos contratos, y tendrá igualmente determinadas implicaciones de tipo procesal y penal”*. En este sentido, el artículo 26 de la LSSICE establece que *“para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en cuenta lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de esta Ley”*, en Hernández Jiménez-Casquet, F. El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos, en Principios de Derecho de Internet. García Mexía, P. 2005.

⁴⁷¹ Así señala que *“de no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el iniciador tenga su establecimiento y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo. Para los fines del presente párrafo:*

a) Si el iniciador o el destinatario tienen más de un establecimiento, su establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con la operación subyacente o, de no haber una operación subyacente, su establecimiento principal;

b) Si el iniciador o el destinatario no tienen establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual”.

La determinación del lugar de perfección del contrato tiene gran relevancia⁴⁷². El Anteproyecto de la LSSICE experimentó algunos cambios hasta su redacción definitiva. En la primera redacción señalaba como lugar de perfección del contrato el lugar de residencia del destinatario de los servicios. En el segundo borrador estableció la regla del lugar del oferente o prestador de los servicios. En el borrador de enero de 2001, se establecía como lugar de celebración el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, salvo cuando intervenga como parte un consumidor, en cuyo caso se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Finalmente, en su redacción final, la Ley estableció, en su artículo 29, que *“los contratos celebrados por vía electrónica, en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”*.

Este artículo establece una regla especial en referencia a la regla general que se aplica en los contratos celebrados a distancia por parte del artículo 1.262 del Código civil cuando dispone que *“la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”*.

⁴⁷² En este sentido se puede citar la Directiva 2002/38/CE que modifica temporalmente la Directiva 77/388/CEE respecto del régimen del impuesto sobre el valor añadido aplicable a los servicios de radiodifusión y de televisión y a algunos servicios prestados por vía electrónica, y que considera como lugar de prestación de los servicios efectuados por vía electrónica y suministro de servicios como programas informáticos, tratamiento de datos y de informática, el lugar en el que el que el adquirente haya establecido la sede de su actividad económica o empresarial, o en el que tenga un establecimiento permanente o en su defecto el lugar de su domicilio o residencia habitual. La Directiva 2002/38/CE fue modificada posteriormente por la Directiva 2006/58/CE de 27 de junio de 2006, aunque los cambios introducidos por la modificación no afectan al régimen especial para los servicios prestados por vía electrónica.

En el mismo sentido, el artículo 54 del código de comercio que establece que *“hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta”*⁴⁷³.

Hay que tener en cuenta que el artículo 29 distingue entre los contratos celebrados entre empresarios (business to business o B2B) de los contratos celebrados entre empresario y consumidores (business to consumer o B2C). En el primer caso, se presume celebrado en el lugar en el que esté establecido el prestador de los servicios (sin entrar a determinar si el soporte técnico del prestador de los servicios se encuentra en España o si el centro de dirección está en España porque no es objeto de nuestro estudio). En el caso de los contratos entre empresarios y consumidores (objeto de nuestro estudio) se señala como lugar de celebración del contrato el lugar en que el consumidor tenga su residencia habitual⁴⁷⁴.

Parece que existe una contradicción entre el contenido de ambos preceptos, pues como hemos visto, el artículo 29 de la LSSICE, establece que cuando una de las partes contractuales sea un consumidor *“se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual”*, atendiendo al criterio subjetivo de la residencia habitual del consumidor. En cambio en la redacción del Código civil y del Código de comercio, el legislador ha optado por considerar celebrado el contrato en

⁴⁷³ Perales Viscasillas, M.P., (2002) Publicidad y formación del contrato, Revista de la contratación electrónica, nº 33, Diciembre, p. 82. Otro estudio sobre la LSSICE lo podemos ver en Lobo Coello, M. C. (2003) La nueva ley de Internet: Comentarios a la Ley 31/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico. Madrid, Editorial La Ley, pp. 30-361. También, Guisado Moreno, Á., *Formación y perfección del contrato en Internet*, cit. pp. 194-213.

⁴⁷⁴ *“Es decir, que para otorgar una mayor protección al consumidor, se entiende celebrado el contrato en el lugar de su residencia habitual, cuestión esta que sin duda en una contratación como la electrónica en la que la incertidumbre y la sensación de inseguridad predominan en el consumidor, le ayuda a confiar en la contratación por medios electrónicos”*, como señala Arias Pou, M., en Manual Práctico de Comercio Electrónico, cit., p. 207

el lugar en que se hizo la oferta, en conexión con la preeminencia que da el mismo precepto al conocimiento del oferente respecto al momento de celebración.

Si tenemos en cuenta que la LSSICE, en su Disposición Adicional Cuarta, modificó los mencionados artículos del Código civil y del Código de comercio, podemos entender que deberá aplicarse el artículo 29 de la LSSICE (que contiene una previsión específica) al lugar de celebración del contrato electrónico⁴⁷⁵. Y se dejarán los artículos 1.262 del Código civil y 54 del Código de comercio, que señalan como lugar de perfección del contrato el lugar en que se hizo la oferta, para los contratos no electrónicos entre ausentes, celebrados con dispositivos no automáticos⁴⁷⁶.

3.3. La prueba del contrato electrónico

Las principales amenazas de Internet en la actualidad, no se encuentran en la inseguridad de las transacciones que se realizan a través de la Red, ni en la falta de certeza sobre la identidad de las personas que prestan su consentimiento para

⁴⁷⁵ Plaza Penadés, J., (2003) señala que *“La Disposición Adicional Cuarta de la LSSI-CE pretende modificar los vigentes artículos 1262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio (...) para armonizar y unificar sus dispares soluciones (...). Ahora se propone que ambos textos tengan la misma redacción (...) Sin embargo, para la contratación electrónica y, en definitiva, para los contratos celebrados por «medios automáticos» que permiten tener un conocimiento inmediato de las declaraciones de voluntad, se establece una solución especial en ambos preceptos, según la cual habría consentimiento «desde que se emite la aceptación» (...) El artículo 29 dispone que los contratos electrónicos se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios, salvo aquellos en los que intervenga como parte un consumidor, que se presumirán celebrados en el lugar en que este tenga su residencia habitual, abandonando así de modo acertado criterios como el lugar donde se hizo la oferta, contenido en el artículo 1262.2 CC en beneficio de criterios más seguros y fiables para la contratación electrónica”, en Contratación y comercio electrónico», Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 439-440.*

⁴⁷⁶ Así se pronuncia una gran parte de la doctrina, como Puig Brutau, quien señala que lo relevante jurídicamente en la determinación del lugar de celebración del contrato no es el lugar como tal, sino resolver donde es más justo que sea entablado un litigio y qué normas son las más procedentes para su decisión, Puig Brutau, J., (1983) *Fundamentos de Derecho Civil*. Editorial Bosch.

formalizar un contrato. La mayor amenaza proviene de la posibilidad de vulnerar la seguridad de los sistemas informáticos y de los datos personales que se encuentran almacenados en ellos, con el fin de destruir información o apropiarse de tales datos para cometer delitos⁴⁷⁷. Pues bien, el uso de Internet y los negocios jurídicos que se realizan en la Red requieren de un instrumento que otorgue credibilidad y fuerza probatoria a dichas actuaciones.

Cuando nos referimos a la contratación a distancia efectuada en soporte en papel, el tema de la prueba no ofrece problema alguno, pues el soporte se identifica con facilidad, pudiéndose diferenciar claramente el original, de las posibles copias que se puedan hacer del documento así como posibles modificaciones del mismo, lo que asegura su integridad. Por otra parte, el documento en soporte papel irá firmado de forma autógrafa, por lo que se podrá identificar fácilmente a la persona que suscribe el documento⁴⁷⁸. Respecto a los contratos a distancia formalizados por vía telemática, habrá de determinarse su valor probatorio⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Nos referimos a los cyberpiratas, que intervienen en la Red para almacenar información, destruirla o utilizarla en beneficio propio.

⁴⁷⁸ Según Cabezudo, *la posición del papel como sustrato preeminente para la reproducción de ideas y para su almacenamiento declina, de modo pausado pero inexorable, en favor de otros dispositivos tecnológicos (documento electrónico). Y otro tanto está sucediendo con los medios tradicionales de comunicación (correspondencia escrita, telégrafo o teléfono)*, Cabezudo Rodríguez, N., *Omisiones y recelos del legislador procesal ante los medios de prueba tecnológicos*. Diario La Ley, nº 6158, Sección Doctrina, 30 Dic. 2004, Año XXV, Ref. D-267, Editorial La Ley, p. 1.

⁴⁷⁹ Como señala Fernández Pérez, *“dos parecen ser las cuestiones a resolver. De una parte, la admisibilidad de un documento que no esté formalizado en papel como medio de prueba y, de otra, de ser viable como prueba, determinar cuáles son las garantías necesarias para dotarle de una mínima seguridad”*, en Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. pp. 75-76. Sobre la materia, ver Rodríguez Adrados, A., *Firma electrónica y documento electrónico. El Notario del siglo XXI*. Ensayos de actualidad. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, pp. 36 y ss. También Mira Ros, M. C., (2008) *La prueba documental electrónica, algunas concesiones a la seguridad jurídica preventiva* en Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. Federico Carpi, Manuel

Desde la aparición de la posibilidad de almacenar datos en formato electrónico, se han planteado varios interrogantes, tales como si el soporte informático se puede concebir como un documento y, en caso afirmativo, si se debe asimilar a la prueba documental y si se podrá admitir como prueba en un juicio⁴⁸⁰. Para tratar de dar respuesta a dichos interrogantes hemos de referirnos, al concepto de documento electrónico, su desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia y la regulación del mismo por parte del Ordenamiento jurídico español⁴⁸¹.

Ortells (editores), Vol. 2, Universitat de Valencia p. 110. Igualmente, Nieva Fenoll, J., (2009) *La prueba en documento multimedia*, en Jurisdicción y proceso, Editorial Marcial Pons, p. 313.

⁴⁸⁰ Sobre el documento electrónico y sus efectos jurídicos, ver Vega Vega, J. A., en Contratos electrónicos y protección de los consumidores, Editorial Reus, 2005, pp. 136-138, quien sostiene que *es el redactado en un soporte de idéntica naturaleza que incorpora datos que están firmados electrónicamente*. Añade que *los documentos electrónicos pueden ser soporte de documentos públicos, documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas y documentos privados*. También Carrascosa López, V., (1995) Valor probatorio del documento electrónico, en Informática y derecho nº 8 UNED, Mérida, pp. 133-173.

⁴⁸¹ Como antecedente podemos citar el artículo 45 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su redacción del 93, referido a la incorporación de medios técnicos que decía que: *“Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes”*. Añadiendo, en su párrafo 5º que *“Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes”*.

Así, entre otras, podemos citar la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que señala, en su artículo 230, (tras la reforma hecha por Ley Orgánica 16/1994) que: *“Los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su*

El documento electrónico pretende las mismas características de autenticidad, fiabilidad, integridad y permanencia del documento escrito tradicional, pues se trata de un instrumento que pretende dar constancia de actos y hechos con valor jurídico⁴⁸². Ahora bien, el reto del documento electrónico es la conservación física del mismo y la preservación de su autenticidad a lo largo de los años. En efecto, surgen una serie de dudas acerca de la autenticidad, la integridad, el momento exacto en que se ha generado el documento electrónico: en definitiva, la seguridad técnica y la seguridad jurídica. La accesibilidad y la seguridad son, por tanto, sus dos pilares fundamentales, además de la preservación a largo plazo.

Por ello, en los contratos electrónicos habrá que probar la existencia de la declaración de voluntad, que constituyen tanto la oferta como la aceptación, que dichas declaraciones de voluntad son atribuibles al sujeto correspondiente y, por otro lado, la existencia del contrato, puesto que los contratos electrónicos no se recogen en soporte papel, sino en documentos electrónicos.

actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, y demás leyes que resulten de aplicación". Posteriormente e impulsadas por la obligación impuesta por las diferentes Directivas europeas, se aprueban leyes como la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público; la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico del Ciudadano a los Servicios Públicos y la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, la Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entre otras normas que han venido a regular la materia.

⁴⁸² Sobre el documento electrónico ver: Ormazábal Sánchez, G., (2006) *El documento electrónico como instrumento de prueba ante los Tribunales*. Boletín de la ANABAD, Tomo 56, nº 4, coordinado por Pedro González García, pp. 61-94. También, Ormazábal Sánchez, G., (2008) en *El valor probatorio de la firma electrónica*, en Derecho sobre internet: www.derechosobreinternet.com / coord. por José Manuel Sala Arquer, Julián Martínez-Simancas Sánchez, pp. 205-229.

Como señala Mira Ros (2008), el documento electrónico tiene unas características propias y diferenciadoras con respecto al papel, pues *“mientras el texto escrito en papel es un documento porque enseña lo que contiene, y en él hay identidad entre lo grabado y lo exteriorizado, por el contrario, lo almacenado en soporte electrónico no se exterioriza, y si lo hace, no hay entonces identidad entre lo conservado y lo exteriorizado: lo conservado constituye un archivo en sistema binario, mientras lo exteriorizado adopta la forma de escritura con las letras de nuestro alfabeto, pero son signos de escritura que no existen en la realidad natural, no tienen base material tangible, sino virtual”*⁴⁸³.

Por su parte, la LEC no contiene una referencia explícita a la prueba electrónica, cuando enumera los medios de prueba tradicionales, pero de la lectura del artículo 299, podemos deducir que la expresión “documento electrónico” engloba a todos los medios de prueba previstos en él, al señalar como medios de prueba: *“los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”*⁴⁸⁴.

Vemos que el legislador introduce una nueva forma de prueba “por medios e instrumentos” (prueba electrónica del artículo 299.2 de la LEC), diferenciándola de la

⁴⁸³ Mira Ros, M. C., *La prueba documental electrónica*, cit. p. 2, dice *“Mientras el texto escrito en papel es un documento porque enseña lo que contiene, existiendo identidad entre lo grabado y lo exterioriza, lo almacenado en un soporte electrónico no se exterioriza y si lo hace no existirá identidad entre lo conservado y lo exteriorizado puesto que el almacenaje se realiza a través de un sistema binario y lo exteriorizado adopta la forma de escritura con las letras de nuestro alfabeto”*.

⁴⁸⁴ Aige Mut, M^a B., (2013) *El documento electrónico en el ámbito de la contratación turística*, cit. pp. 1 a 9. Fuera del ámbito probatorio encontramos algún artículo que hace referencia al documento electrónico, como el artículo 812 de la LEC al señalar que *“podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda el pago de una deuda que se acredite mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor”*.

prueba documental tradicional, pero sin resolver la ambigüedad de la terminología utilizada (medios e instrumentos)⁴⁸⁵. Se ha dicho que *"en el nuevo artículo 299 puntos 2 y 3 no se regulan, en puridad de sentido, genuinos medios de prueba, sino*

⁴⁸⁵ Muchos autores niegan valor de documento al documento electrónico a raíz de la incorporación del artículo 299.2 LEC, que introduce como medio probatorio los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras o datos, en relación con el artículo 384 LEC. En dicho sentido, Ormazábal Sánchez, G., (2006) *¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica?*, Revista Jurídica de Catalunya Vol. 105, nº 3, pp. 783 a 806, quien considera que el documento electrónico no tiene ninguna ventaja probatoria. También, De Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., (2003) *La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Thomson Aranzadi, p. 108, rechazan que se trate de documentos puesto que tienen autonomía propia y la referencia al documento se hace de forma subsidiaria para integrar lagunas.

Por otra parte, la Exposición de Motivos de la LEC señala que *"Sobre estas bases, la regulación unitaria de la prueba documental, que esta Ley contiene, parece completa y clara. Por lo demás, otros aspectos de las normas sobre prueba resuelven cuestiones que, en su dimensión práctica, dejan de tener sentido. No habrá de forzarse la noción de prueba documental para incluir en ella lo que se aporte al proceso con fines de fijación de la certeza de hechos, que no sea subsumible en las nociones de los restantes medios de prueba. Podrán confeccionarse y aportarse dictámenes e informes escritos, con sólo apariencia de documentos, pero de índole pericial o testifical y no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales"*. Por tanto la LEC considera que los nuevos soportes deberán tener una consideración análoga a la prueba documental.

En el mismo sentido, Aige Mut, Mª. B., en su tesis doctoral "Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso", dirigida por la Dra. Dña. Isabel Tapia Fernández, ofrece una definición de documento electrónico como *aquel que incluye declaraciones de voluntad, al igual que el documento tradicional, siendo el "instrumento que permita archivar, conocer o reproducir palabras" no el propio documento electrónico sino en todo caso el ordenador o servidor en el que se puede almacenar, pero teniendo en cuenta que eso no define el documento electrónico que igualmente podría presentarse en el proceso por sí mismo, por comunicación telemática, por impresión en formato papel, por incorporación a un soporte de almacenamiento... de muchas maneras diferentes sin que ninguna de ellas defina en sí misma el concepto de documento electrónico sino que simplemente son formas de transmitirlo o almacenarlo, al igual que un archivo, carpeta, libro o cuaderno pueden almacenar los documentos tradicionales"*.

*nuevas fuentes de prueba, que podrán ser aportadas y utilizadas en el proceso a través de la actividad regulada en los arts. 382 a 384 de la LEC*⁴⁸⁶.

Por lo tanto, partiendo de esta interpretación de la LEC, podemos entender que los soportes electrónicos no son documentos en sentido estricto, aunque su régimen probatorio se identifique con el de los documentos tradicionales⁴⁸⁷. Con la nueva regulación de la LEC y la incorporación de los nuevos medios de prueba recogidos en el artículo 299 (*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen,*

⁴⁸⁶ Ordoño Artés, C., (2002) *El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en *El régimen jurídico de Internet*, Cremades, J., Fernández Ordoñez, M. A. e Illescas, R. (coordinadores), Editorial La Ley, Madrid, p. 493. También en la SAP Barcelona, 2 de mayo de 2007: "*Se regula, pues, en la nueva LEC, la utilización de medios y soportes técnicos para la reproducción y archivo de imágenes, sonidos y datos de manera autónoma, aun cuando no suponen propiamente nuevos "medios de prueba" independientes, sino nuevas fuentes de prueba*".

⁴⁸⁷ En este sentido Arbós i Llobet, R. (2011) *Copias de la prueba electrónica* en *Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Picó i Junoy, J., Ginés Castellet, N., Abel Lluch, X., p. 316 señala que "*la realidad "documental" del ejemplar y su certeza acreditativa así como su eficacia jurídico-procesal, dependerán probablemente de la existencia de una actividad pericial complementaria e integradora del conjunto probatorio. En cuanto al acceso al proceso, resulta habitual la aportación de los contenidos informativos en formato papel, por devenir de fácil comprensión. Ahora bien, es cierto que esta configuración resulta alterable, modificable y, en general ofrece poca fiabilidad. Constituyen, sin duda, copias o, mejor dicho, versiones del documento electrónico traducidas e incorporadas a un soporte impugnabile en grado sumo. Su presentación en archivo electrónico resulta más genuina, pero precisará de otras operaciones técnicas complementarias para generar su intelección, y aquí colaborarán tanto la información pericial como el examen o reconocimiento judicial*".

Otra posibilidad pasará, especialmente en lo que se refiere a las páginas web, por la apreciación personal, en el desarrollo de la fase probatoria. Efectivamente, en la propia vista o juicio, el Juez podría acceder a la red y examinar la página que ofrezca el contenido interesado, si bien la volatilidad de la información aconseja, de ser posible, la práctica probatoria anticipada. Si la operación no resulta excesivamente compleja, la seguridad proporcionada es cuestionable, si no va acompañada de un dictamen pericial técnico que acredite la fuente de la página, fechas de constitución, titularidades, procedencia, seguridad de la misma, etc., y es que la modificación y suplantación de contenidos en Internet no son actividades, desgraciadamente, extrañas".

así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso) y su desarrollo en los artículos 382 y siguientes, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia⁴⁸⁸ consideran que el documento electrónico es una prueba sui generis⁴⁸⁹ debido a su naturaleza electrónica, diferente de la prueba documental tradicional, lo que puede provocar un tratamiento desigual por los Tribunales, debido a la contradicción que existe con otra normativa como la Ley de Firma Electrónica 59/2003 y Ley de Servicios de la Sociedad de la Información 34/2002, que sí consideran al documento electrónico como verdadera prueba documental⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ En dicho sentido, ver la STS de 30 de noviembre de 1981 donde se dice que *“si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un escrito, ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que sin tener esa condición puedan hacer prueba fidedigna como aquellos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos”*; También, la STS de 30 de noviembre de 1992, en la que se alude a los nuevos medios probatorios de forma amplia cuando habla de *“cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano”*; Y la STS de 10 de julio de 1996, que señala que *“merecerá la condición de documento cualquier soporte de los hoy conocidos o que en el futuro pudieran concebirse, con tal de que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica... lo decisivo será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material cuyo sentido o contenido se manipula o altera”*. Finalmente, la STS de 3 de noviembre de 1997, en la que el Tribunal concluye con que no puede identificarse el documento con el papel como soporte, de forma exclusiva ni tampoco con la escritura, *“de modo que el ordenador y los ficheros que en él se almacenan constituyen una nueva forma de entender los documentos”*.

⁴⁸⁹ De Urbano Castrillo, E., (2003) *La valoración de la prueba electrónica* en La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 118. También la SAP de Málaga de 8 de marzo de 2010; STSJ de Navarra de 6 de febrero de 2006. También, Bujosa Vadell, L.M., (2015) *La valoración de la prueba electrónica*. FODERTICS 3.0: (estudios sobre nuevas tecnologías y justicia). coordinado por Federico Bueno de Mata, pp. 75-85.

⁴⁹⁰ Pérez Gil, J., (2001) *Documento Informático y firma electrónica: aspectos probatorios*, en El comercio electrónico, Echebarría Sáenz, J.A., Editorial EDISOFR, S.L. Madrid, pp. 219-269.

En efecto, tanto el artículo 382⁴⁹¹ como el artículo 384⁴⁹², negaban el valor de documento al documento electrónico, dejando al libre albedrío del Tribunal su valor en juicio y fuera de éste. Pero con la aprobación de la LSSICE, en cuyo artículo 24 se otorgaba carácter de documento al soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica, surgía la duda de si se debía considerar al soporte electrónico como documento; de ahí que se viera la necesidad de ofrecer una definición de documento electrónico, recogida en el texto final de la Ley 56/2007 de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que modifica la Ley 59/2003 de firma electrónica, cuyo artículo 3.5 recoge que: *“Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza, en forma electrónica archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, para que un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público o de documento administrativo, deberá cumplirse, respectivamente, con lo dispuesto en*

⁴⁹¹ Que afirma que *“Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido. El tribunal valorará las reproducciones a que se refiere el apartado 1 de este artículo según las reglas de la sana crítica”*. Al respecto, vid. Fernández Pérez, N., *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. pp. 77 y ss. Juliá se muestra crítica con la regulación de la LEC, en Juliá Barceló, R., (2000) *Comercio electrónico entre empresarios, La formación y la prueba del contrato electrónico (EDI)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 183-185.

⁴⁹² Que señala que *“Será de aplicación a los instrumentos previstos en el apartado anterior lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 382. La documentación en autos se hará del modo más apropiado a la naturaleza del instrumento, bajo la fe del Secretario Judicial, que, en su caso, adoptará también las medidas de custodia que resulten necesarias. El tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquéllos según su naturaleza”*.

las letras a) o b) del apartado siguiente⁴⁹³ y, en su caso, en la normativa específica aplicable”.

En base a este artículo, el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente, será admisible como prueba documental en juicio. Además, en el apartado 8 de este artículo, concreta lo que debe entenderse por documento haciendo referencia, en todo caso, a la firma electrónica, cuando dice: *“El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica”.*

No obstante, como ya hemos señalado, la LSSICE, en su artículo 24 se refiere no solamente a los documentos electrónicos donde esté incorporado un contrato, sino en general a todo tipo de documentos cuando señala que *“el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental”*, aplicándose las normas generales que la Ley de Enjuiciamiento Civil determina, según se trate de un documento privado o público electrónico.

⁴⁹³ *“El documento electrónico será soporte de:*

a) Documentos públicos, por estar firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias con los requisitos exigidos por la ley en cada caso.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados”.

Continúa diciendo, cuando se refiere a la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, que *“La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él, se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica.*

Como señala García Mas (2010)⁴⁹⁴, *no se trata de una simple prueba determinada por las reglas de la sana crítica y de apreciación por los Tribunales, sino una autentica prueba documental, superando así los límites en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil regulaba la prueba para los instrumentos electrónicos.*

Por tanto, la LSSICE nos remite a la normativa sobre firma electrónica⁴⁹⁵ y admite el soporte electrónico como prueba documental, reconociendo así la forma electrónica como forma válida para hacer constar el contrato electrónico, por lo que se aplicarán las normas generales sobre prueba documental que determina la LEC⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ García Mas, F.J., (2010) en *Especial consideración del documento electrónico en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. La modificación de la Ley 56/2007.* Actualidad Civil, nº 10, Sección A, Tomo I, Editorial La Ley p. 13.

⁴⁹⁵ En cuya Exposición de Motivos añade como una de las novedades el *“seguir la pauta marcada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, incluyendo dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en el que figuran los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas de eficacia en juicio de la prueba documental”*

⁴⁹⁶ En este sentido, García Más señala que *“El documento electrónico es todo un conjunto de su soporte, de lo que él contiene y de la firma que determina la autoría, y por ello existirán documentos públicos electrónicos y documentos privados electrónicos, y la diferenciación de uno y otro se establece como en el soporte papel dependiendo de su autor, y de los requisitos que establece la ley para unos y para otros, y el mismo valor y efectos tendrá un documento privado electrónico, que un documento privado en soporte papel, con una consideración especial, sólo el documento privado electrónico con firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor que el documento privado en so-*

Ahora bien, el artículo 23 de la LEC impone la observancia de los requisitos formales de validez y eficacia, exigidos por la legislación española, en los actos o negocios jurídicos que necesiten la forma documental pública o requieran la intervención de órganos jurisdiccionales o autoridades públicas.

En este sentido, el art. 230.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), dispone que *los documentos emitidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos impuestos por las leyes procesales*. El legislador español, cuando pone estas excepciones, manifiesta su recelo frente a la forma electrónica, en aquellos negocios cuya celebración debe someterse a especiales garantías de seguridad, aunque ello no conlleva necesariamente a la nulidad o inexistencia de estos negocios realizados por medios electrónicos, sino que los efectos de la inobservancia formal dependerán del carácter con que el ordenamiento exija la solemnidad⁴⁹⁷.

Al remitirnos la LSSICE a los medios de prueba admitidos en nuestro Ordenamiento jurídico debemos referirnos a dichos medios, entre los que se encuentra la prueba documental, destacando la importancia de utilizar la firma electrónica como prueba documental⁴⁹⁸, pues como ya hemos señalado, el artículo 299 de la LEC⁴⁹⁹, admite

porte papel con firma manuscrita, por el principio de equivalencia funcional, consagrado en la Directiva de firma electrónica y en la reciente Ley española de firma electrónica", en García Más, F.J., (2004) *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. 2ª Edición. Editorial Lex Nova, Valladolid p. 279.

⁴⁹⁷ Bonardell Lenzano, R., (2007) *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XLIII, pp. 137-167.

⁴⁹⁸ En relación con la eficacia probatoria del documento electrónico en diversas normativas, ver Cervelló Grande, J. M., (2000) *La prueba y el documento electrónico*, en Derecho de Internet, Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M. (directores), Editorial Aranzadi, Navarra, p.395.

⁴⁹⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

como medios de prueba, además de los tradicionales (interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), *los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.*

*Añadiendo que cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias*⁵⁰⁰. Todo esto nos lleva a pensar que

⁵⁰⁰ Asensio Mellado, J. M., comenta que según el artículo 24 de la LSSICE, “*el contrato electrónico con sus especiales características, será aportado al proceso como documento privado y deberá someterse al régimen previsto en la LEC para la documental privada, salvo las especialidades previstas en relación con la carga de la prueba en el art. 17 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. A la vista de esta norma, resulta que el legislador ha optado por dotar a los contratos electrónicos de la naturaleza de medio de prueba documental, sujetándolos en su práctica a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en sus arts. 382 a 384, prevé un novedoso medio probatorio que es perfectamente aplicable a la acreditación de los contratos electrónicos, ya que viene referido a los instrumentos de filmación, grabación y semejantes, de la palabra, imagen o sonido, así como a aquellos que sirven para el archivo, conocimiento o reproducción de datos relevantes para el proceso. La duda provocada por el legislador reside en saber si las disposiciones de la Ley 34/2002 son preceptivas, de modo que la prueba de los contratos electrónicos debe hacerse siempre por vía documental o si, por el contrario, cualquiera puede acreditar dichos convenios mediante el mecanismo que le proporciona la norma general. Ni los abogados, ni los jueces se plantean siquiera en abstracto otra vía que no sea la documental, tal vez por la tradición o la costumbre. Muy posiblemente los arts. 382 a 384 pasen a formar parte de ese núcleo de toda norma que juega un papel ornamental y que nadie practica, pues el mismo legislador demuestra que no desea su eficacia. Sea lo que sea lo que suceda en el futuro, es lo cierto que hoy cualquier actor podría hallarse ante la disyuntiva de aportar un contrato electrónico como documental o por la vía ordinaria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo los tribunales los que habrían de resolver la antinomia provocada por un legislador excesivamente ligero en sus decisiones y despreocupado por la calidad de las leyes que redacta, demasiadas veces influidas por criterios extrajurídicos que sobrepasan a la propia coherencia del sistema*”, en *La prueba en la contratación electrónica. Otro ejemplo de desatención del*

es necesario una regulación conjunta sobre los documentos electrónicos como medio de prueba, asimilando la prueba documental tradicional a la prueba electrónica⁵⁰¹.

Conviene ahora acercarnos a la noción de documento electrónico. No es fácil ofrecer una definición concreta del documento electrónico. Para abordar este tema hay que

legislador, Práctica de Tribunales, nº 68, Sección Editorial, Febrero 2010, Editorial La Ley, p. 2.

⁵⁰¹ Aige Mut, M^a B., (2013) en *El documento electrónico en el ámbito de la contratación turística*, cit. pp. 1-2, cita una sentencia, en el ámbito turístico, que refleja una tendencia por parte de los tribunales a asimilar directamente, tanto el billete electrónico como los e-mails derivados de la contratación turística (documentos electrónicos) con el concepto de prueba documental tradicional. Así, cita la SAP de Barcelona, Secc. 13^a, 347/2013, de 5 de junio que, recoge un supuesto de apelación de una demanda interpuesta contra una entidad intermediaria por incumplimiento en cuanto a una reserva de vuelo y de alojamiento. En este caso, la prueba (en principio se entiende que documental) que se presenta consiste en varios documentos electrónicos, los e-mails. La realidad en el ámbito turístico es que las compañías están trabajando con documentos electrónicos y ya no emiten documentos en soporte papel, por lo que de cara a una posible prueba, no existe un documento con un soporte papel que presentar ante los Tribunales, sino únicamente un documento de carácter electrónico, por lo que los Tribunales están realizando un proceso de adaptación, al menos en el ámbito turístico, admitiendo los documentos electrónicos como verdaderos documentos.

Además, todo el proceso de compra es electrónico: reserva on-line, e-mail de confirmación con emisión de billete electrónico, pago electrónico mediante tarjeta de crédito, e incluso vías posteriores de reclamación de manera virtual. Lo importante de este supuesto es la aplicación real que le dan los Tribunales en el ámbito del proceso a los documentos electrónicos generados en el comercio electrónico del sector turístico, que parece no ser la misma aplicación dada por los Tribunales en otros ámbitos a otros tipos de documentos electrónicos, con los que parece que son mucho más estrictos. Cita otros ejemplos como la sentencia 120/2010, de 8 de marzo, de la AP Málaga, que considera al documento electrónico como prueba independiente; o la sentencia 1/2006, de 6 de febrero, del TSJ Navarra, sala civil y penal, que si bien reconoce el carácter de documento a los electrónicos, finalmente no los considera medios probatorios sujetos a la prueba tasada documental (haciendo referencia a la fuerza probatoria de un «e-mail»); también la sentencia 43/2013, de 15 de febrero, del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, en el que se acreditan como pruebas practicadas el billete electrónico así como el correo electrónico de la demanda, señalando completa la prueba documental presentada.

recordar que los autores no se ponen de acuerdo en la denominación de documento electrónico⁵⁰².

A este respecto, podemos observar varias tendencias que proponen diferentes conceptos. Estas opciones van desde las que ofrecen un concepto muy amplio de documento electrónico, concibiéndolos como *aquellos documentos en los que, de cualquier forma, haya intervenido la informática en su elaboración, incluyendo los recogidos en soportes ópticos y auditivos (correo electrónico, videos, fax, fotografía digital, discos duros, pen drives y similares)*⁵⁰³, concepto demasiado amplio que engloba los medios audiovisuales en los que no participa la informática (carrete de fotos, diapositiva, videos, etc), hasta otra concepción menos amplia que abarca dentro del concepto de documento electrónico *aquellos documentos en los que, en cualquiera de sus fases, haya intervenido un equipo informático o la informática, es decir, que tienen su origen en la informática*.

Finalmente, se ha dado otro concepto que ofrece una concepción más estricta, concibiendo al documento electrónico como *aquellos documentos contenidos o almacenados en equipos o soportes informáticos*. Este concepto parece ser el recogido en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, en su artículo 3.5 cuando considera documento electrónico a *“la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un*

⁵⁰² Pues la realidad electrónica nos limita al soporte electromagnético, que comprende también, dentro de la noción de documento informático, aquellos documentos que se encuentran archivados en otras clases de respaldos, como los denominados soportes ópticos y auditivos. En este sentido, Pinochet Olave, citando a Cervelló y Fenrnádez opina que los soportes ópticos y auditivos no debieran considerarse comprendidos dentro de la expresión documento electrónico, salvo que se hubiesen almacenado en soporte informático, Pinochet Olave, R., (2006) *El documento electrónico y la prueba literal*, Red Ius et Praxis, p 377.

⁵⁰³ De Urbano Castrillo, E., (2003) *La valoración de la prueba electrónica* en La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Aranzadi, Navarra, p. 48.

*formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*⁵⁰⁴.

Por lo que podemos observar que, aunque no haya total acuerdo en cuanto al concepto de documento electrónico, parte de la doctrina propugna abandonar el criterio del tipo o clase de soporte de almacenamiento de la información, como criterio definitivo para la delimitación de la noción.

Siguiendo con nuestro propósito de aproximarnos a un concepto de documento electrónico, en la doctrina podemos encontrar otras definiciones del mismo⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Algunos autores incluyen, dentro de la noción de documento electrónico, aquellos que se encuentran en soportes informáticos como los disquetes y el CD-ROM, Cervelló, J. M., Fernández, I., (2000) *La prueba y el documento electrónico*, en "Derecho de Internet", Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M. (directores), Aranzadi Editorial, Navarra, pp. 392 y 393.

⁵⁰⁵ En Insa Mérida, F.; Lázaro Herrero, C; García González, N., (2008) *Pruebas electrónicas ante los tribunales en la lucha contra la cibercriminalidad. Un proyecto europeo*, en Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento, año 5, pp. 142, concluyen que, *tras examinar la legislación de dieciséis países miembros de la Unión Europea, no existe una definición legal específica de prueba electrónica, pero sí referencias legislativas a [prueba tradicional] y a [documento electrónico], [firma electrónica], y [medios de prueba], todas aplicables a la prueba electrónica, pero con las debidas matizaciones*. En el mismo sentido, Abel Lluch, X., (2011) *Las nuevas tecnologías y su acceso al proceso*, ESADE Facultad de Derecho, Barcelona, cita la SAP de Barcelona de 2 de mayo de 2007, que distingue entre la fuente, el medio y la práctica de las pruebas: *"Ello impone una serie de precisiones: la palabra, la imagen y el sonido (la palabra es "sonido") son la fuentes de prueba de donde pueden obtenerse los datos relevantes para el proceso; tales fuentes son captadas con instrumentos de grabación, filmación u otros análogos (magnetófono, casete, aparato de video, ...) y recogidos en un soporte determinado (cinta magnetofónica, cinta de video, soporte informático que recoja imágenes o sonidos) lo que sin duda planteará problemas sobre quién ha de proporcionar el aparato para la reproducción; la prueba es la reproducción ante el tribunal de la palabra, la imagen o el sonido". Con respecto a los instrumentos informáticos (art. 384 LEC), la fuente de prueba serán las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas; tales fuentes se almacenan y se recogen en instrumentos de archivo, conocimiento o reproducción de datos (DVD, CD, CD-ROM, pen drive, disco duro,...); la práctica de la prueba es la reproducción ante el tribunal de las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas"*.

Así, De Urbano ⁵⁰⁶ lo define como *“un documento producido por medios automatizados, escrito en un lenguaje binario –el de los bits– en un soporte –cinta o disco– que reúne estas características: legible, inalterable y reconocible o identificable”*⁵⁰⁷. En el mismo sentido se manifiesta Abel Lluch (2010) cuando define al documento electrónico como *“la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho”* o, con mayor precisión doctrinal, *“la información obtenida a partir de un dispositivo electrónico o medio digital, el cual sirve para formar la convicción en torno a una afirmación relevante para el proceso”*⁵⁰⁸.

Por su parte, Illán Fernández (2009) propone la siguiente definición *“Todos aquellos objetos materiales en los que puede percibirse una manifestación de voluntad o representativos de un hecho de interés para el proceso, que pueda obtenerse a través de los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la fonografía, la cinematografía, el magnetófono, la cintas de video, los discos de ordenador y cualquiera otros similares”*⁵⁰⁹. Otra definición la ofrece Aige Mut, que lo define como

⁵⁰⁶ Citado por Abel Lluch en Abel Lluch, X; Picó I Junoy, J (directores) (2011) *La Prueba electrónica*. Barcelona, Editorial Bosch, p. 23.

⁵⁰⁷ Por otra parte, hay que señalar que existen diferentes clasificaciones doctrinales del documento electrónico, pudiendo diferenciar entre el documento electrónico firmado (con firma electrónica avanzada o reconocida o de otra clase) y el documento electrónico sin firma. También se habla de documentos formados por el ordenador (internos) y documentos formados por medio del ordenador (externos). Finalmente, se habla de documentos electrónicos en sentido estricto (volátiles, permanentes, inalterables) y los documentos en sentido amplio (ya creados y en fase de difusión), en Abel Lluch, X; Picó I Junoy, J (2011) *La Prueba electrónica*, cit. p. 30.

⁵⁰⁸ Abel Lluch, X; Picó I Junoy, J (2011) *La Prueba electrónica*, cit. p. 23, añade *“Una fotografía, un video, una página web, un correo electrónico, una base de datos, una contabilidad en un programa de calculo Excel, en cualquier soporte (digital, magnético o informático), constituyen una “prueba electrónica” o “documento electrónico”, aún cuando su reproducción e impugnación puedan ser diferentes”*.

⁵⁰⁹ Illán Fernández, J. M., *La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil*. Editorial

*“aquel conjunto de datos que en lugar de aparecer plasmados en un soporte duradero [papel], lo hacen en un soporte duradero [electrónico]”*⁵¹⁰.

Aranzadi, Navarra, pp. 467 y ss.

⁵¹⁰ Aige Mut, M.B., (2013) *El documento electrónico en el ámbito de la contratación turística*, Diario La Ley, No 8203, Sección Tribuna, 2 Dic. 2013, Año XXXIV, Ref. D-413, Editorial La Ley, p. 1. Un estudio sobre el documento electrónico lo podemos ver en Pinochet Olave, R., *El documento electrónico y la prueba literal*, Red Ius et Praxis, 2006. p 377. Este autor hace una reflexión interesante cuando dice que: *“Es conveniente repasar el procedimiento que debe seguir un documento electrónico para ser producido y, lógicamente, para poder ser leído por medio de la informática. A priori podemos señalar que tal proceso consta de tres etapas; etapa de creación, etapa de almacenamiento y etapa de recuperación o lectura. En el proceso de creación, el computador utiliza un programa informático para traducir la información expresada en lenguaje humano al lenguaje comprensible, o más bien dicho, almacenable por medio del computador, esto es el lenguaje binario, que consiste en una combinación de unos y ceros que representan los diversos caracteres del lenguaje humano. El proceso de almacenamiento puede hacerse, según hemos explicado, en diversos soportes. La mayoría de las veces un documento quedará guardado en el disco duro del computador por medio del cual ha sido creado pudiendo, además, archivar en otras clases de respaldos tales como disquetes o discos compactos.*

Una vez archivada la información, tales datos son incomprensibles para el ser humano, pues no son legibles directamente por el ojo humano y están expresados en lenguaje binario, el cual no puede ser comprendido sino es traducido informáticamente a otro lenguaje comprensible por el hombre. Continúa su reflexión diciendo que “dado que el procedimiento de almacenamiento de la información a través de un computador puede hacerse en soporte no electrónico, ha sido señalada la inconveniencia de utilizar dicho elemento como nota esencial y distintiva a la hora de delimitar el concepto de documento electrónico. Como criterio alternativo se ha propuesto definir el documento electrónico en atención a la circunstancia de que en cualquiera de sus etapas haya participado de algún modo la electrónica”, criterio con el que no concuerda este autor por el alto grado de indeterminación que presenta. Así Simó, siguiendo a la doctrina italiana, define los documentos informáticos, como aquellos que están escritos en lenguaje binario en un soporte adecuado para ser leído por un computador (magnético u óptico generalmente), por medio del cual son traducidos a lenguaje natural y así son hechos comprensibles.

Tan profusa conceptualización nos lleva a observar la falta de unidad en la doctrina sobre el concepto de documento electrónico y a desear una unificación en el tratamiento de este tipo de documento, para una mayor seguridad del tráfico económico y mayor protección de los consumidores.

Una vez que hemos intentado ofrecer una definición del documento electrónico, hay que señalar que el verdadero problema que se plantea, en el caso de los contratos electrónicos, es el de probar que éste se haya perfeccionado. Ciertamente, es necesario garantizar la perfección del contrato electrónico, mediante la prueba del mismo pues, en cualquier caso, la prueba de la celebración de un contrato electrónico y de las obligaciones y derechos que regula, se sujeta a las reglas generales del ordenamiento jurídico, por lo que en los procedimientos judiciales que se entablen sobre la validez de un contrato celebrado por vía electrónica, se aplicarán las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan la prueba documental como señala el artículo 24 de la LSSICE.

Ahora bien, garantizar la certeza del documento electrónico, que sirve de prueba del contrato electrónico, es difícil debido a la facilidad de manipulación y a la dificultad de su perdurabilidad en el tiempo. En efecto, existe la creencia de que los soportes informáticos son fácilmente manipulables, pero esta idea no es tan cierta.

En opinión de Sanchis Crespo (1999)⁵¹¹ la manipulación de un soporte informático es muy difícil e incluso puede llegar a ser imposible, si está debidamente protegido mediante sistemas de encriptación, que garanticen la imposibilidad de su manipulación. Esta autora subraya la posibilidad de utilizar métodos de cifrado basados en la biometría, que permiten determinar, de forma segura, la identidad de la persona que accede a un sistema electrónico para emitir un mensaje, así como la autenticidad del mensaje transmitido y recibido, ampliando el nivel de seguridad.

⁵¹¹ Sanchis Crespo, C., *La prueba por soportes informáticos*. Valencia Editorial Tirant lo Blanch, pp. 65-66.

Por ello, teniendo en cuenta la dificultad de probar la perfección de un contrato electrónico, se han desarrollado mecanismos que otorgan mayor seguridad en la contratación electrónica, como la firma electrónica, regulada en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que otorga a la firma electrónica reconocida el mismo valor que a la firma manuscrita⁵¹².

⁵¹² García Mas, F.J., (2010) en Especial consideración del documento electrónico en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cit. p. 3, La modificación de la Ley 56/2007. Actualidad Civil, nº 10, Sección A, Tomo I, Editorial La Ley p. 3, realiza una extensa explicación del sistema de cifrado de los documentos electrónicos en aras a garantizar su seguridad. En este sentido señala que *“El sistema criptográfico es un sistema de tratamiento de la información que transforma un mensaje, de manera que solo las personas en posesión de los algoritmos (procedimiento matemático) y claves (conjunto de dígitos alfanuméricos) adecuados pueden acceder a su contenido de manera correcta. Estos sistemas criptográficos por tipo de clave se pueden clasificar en sistemas simétricos y asimétricos.*

En los simétricos, la misma clave es compartida en origen y destino, y en los asimétricos existen dos claves complementarias, una de ellas privada, en poder del emisor, y otra pública en poder de uno o varios receptores. Está claro que el sistema más seguro es el asimétrico, al existir dos claves complementarias que evitan en gran medida la ruptura de una de ellas, y que garantizan, al ser complementarias, la seguridad del sistema.

En este sistema criptográfico de carácter asimétrico o de clave pública, en el punto de origen de emisión del mensaje, se aplica la clave privada utilizando un algoritmo criptográfico sobre unos datos a transmitir. En destino, cuando se recibe el mensaje, el receptor que tiene en su poder la clave pública correspondiente que le ha proporcionado el emisor puede proceder a la correcta descryptación de los datos transmitidos; de igual manera el procedimiento puede ocurrir en sentido inverso.

Las claves siempre funcionan de forma complementaria pública-privada. Si el emisor encripta datos con la clave privada, solo podrán descryptarse por el otro poseedor de la clave pública. Si el destinatario encripta datos con la clave pública, no podrán leerlos otros poseedores de la clave pública, sino únicamente el poseedor de la clave privada. Por lo tanto, las dos claves están matemáticamente relacionadas entre sí y con el estado de la técnica es imposible obtener una a partir de la otra. Existe una complementariedad única de las claves privada y pública asimétricas, teniendo en cuenta que la clave privada está bajo el exclusivo control del emisor y nunca bajo otra persona.

Así, este artículo señala que *“Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma. La firma electrónica reconocida tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*⁵¹³.

Éstas son las bases técnicas de la firma electrónica avanzada, en la que existe también la denominada función hash o huella digital de un documento que no es nada más que la aplicación de la transformación matemática sobre un documento, dando como resultado una cadena de bits de tamaño predeterminado denominada hash, o huella digital, que es representativa de cada documento, que es de tamaño constante y habitualmente menor que el documento original, y que no es reconstruible el documento original a partir de ella.

El proceso sería el siguiente: se aplica una función hash sobre el documento que se quiere enviar y se extrae su huella digital. A continuación se encripta la huella digital extraída aplicando la clave privada del firmante, denominada datos de creación de firma, mediante un sistema informático denominado dispositivo de creación de firma. A continuación se remite el documento (en claro), junto con la huella digital encriptada y la clave pública del firmante. Cada firma electrónica generada depende por tanto del documento firmado (de su hash) y no coincidirá con otra firma electrónica efectuada por el mismo firmante sobre otro documento.

Para verificar esta firma electrónica en destino, es decir, cuando recibe el receptor el documento se extrae la huella digital del documento recibido (aplicando la misma función hash que en origen) y posteriormente se compara con la huella digital recibida que debe ser desencriptada con la clave pública del firmante (utilizando el mismo algoritmo aplicado para encriptar). Si coinciden la huella extraída localmente con la recibida desencriptada, entonces la verificación es correcta y se asegura la integridad de la información.

⁵¹³ Al respecto, Martínez Nadal, A., (2001) *La Ley de Firma Electrónica*, Editorial Civitas, pp. 47 y ss. En el mismo sentido, Arbós i Llobet, R. (2011) *Copias de la prueba electrónica*, cit. p. 23, señala que *“existen sistemas de seguridad que permiten afirmar que un determinado documento electrónico presenta las garantías enunciadas. El más conocido es el uso de la firma electrónica avanzada reconocida. De esta manera se certifica que el contenido no ha podido ser objeto de alteración, además de otros extremos como la autoría. Por lo tanto, el original dotado de dicho mecanismo de acreditación, siempre ofrecerá mayor seguridad frente a la manipulación que cualquier copia que se disponga del documento de referencia, salvo que la copia cuente con idéntico sistema de garantía”*.

Se ha señalado, que la firma digital o firma electrónica, en relación con los documentos electrónicos, cumple las mismas funciones que se atribuyen a la firma manuscrita sobre un documento en papel, la autenticación y la integridad⁵¹⁴.

No obstante, con este sistema no se puede garantizar con total garantía y fiabilidad que el mensaje no se intercepte o no haya alteración de su contenido, pues en el caso de la firma manuscrita el sujeto que firma lo hace a través de su propia mano y en el papel, mientras que en el caso de la firma electrónica es necesario tener una clave o pin de acceso, que puede ser utilizado por otra persona que firme el documento electrónico, por lo que el titular de la firma puede no ser la misma persona, sino un tercero que ha accedido a la clave privada de acceso por diferentes razones (se la entrega voluntariamente el titular, sustracción, copia, etc.).

De ahí, que resulte necesario establecer procedimientos de revocación y suspensión, cuando el mecanismo privado de firma haya resultado comprometido o haya pasado a poder de un tercero, por lo que no se puede expresar que la firma electrónica plasmada en un documento electrónico es, sin lugar a dudas, obra de su titular y garantiza, por tanto, la identidad del firmante. Esto quiere decir que si el documento electrónico no ha sido firmado por el consumidor que realiza el contrato electrónico sino por un tercero, no existirá la prestación del consentimiento en el contrato.

También, De Urbano expresa lo mismo al indicar que la posibilidad de manipulación y falsificación de estos medios afecta a su seguridad, constituyendo su auténtico talón de Aquiles, en *La prueba electrónica*, cit., p.13.

⁵¹⁴ La autenticación permite identificar al autor del escrito y la integridad permite constatar que el mensaje no ha sido alterado después de su firma. García Mas, F.J., (2010) en *Especial consideración del documento electrónico en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. La modificación de la Ley 56/2007*. Actualidad Civil, nº 10, Sección A, Tomo I, Editorial La Ley p. 4. También Carrascosa López, V., (1997) *El documento electrónico: su aceptación como prueba documental*, en Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid, p.680.

En cambio, si para firmar el documento electrónico se utiliza la firma electrónica reconocida, contemplada en el artículo 3 de la LSSICE⁵¹⁵, *basada en un certificado reconocido, y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma*, se produce la llamada equivalencia funcional entre la firma electrónica y la firma manuscrita⁵¹⁶. Sin olvidar el apartado 9 del citado artículo donde se aclara 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*”. En definitiva, la LSSICE ha establecido una garantía a favor de la firma electrónica reconocida, sin negar validez a la firma que no reúna los requisitos de esta clase de firma.

Otro mecanismo de seguridad son los terceros de confianza digitales, regulados en el artículo 25 de la LSSICE que señala que “*Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública. El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años*”.

⁵¹⁵ Que indica que el soporte electrónico en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

⁵¹⁶ Davara Rodríguez, M. A., (2000) asegura que la firma digital cumple la misma función que la firma manuscrita y es prácticamente infalsificable, consecuentemente, es el método que garantiza la seguridad de los consumidores en los contratos electrónicos, en *Firma electrónica y autoridades de certificación: el notario electrónico*, en Martín- Casallo, J.J. (director). Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 147-173.

Los terceros de confianza digitales “entidad de certificación”⁵¹⁷, que emiten certificados autenticados mediante firma electrónica, tienen la misión de comprobar la identidad del signatario antes de expedir el certificado⁵¹⁸.

Para finalizar este apartado, hemos de decir que el verdadero problema del comercio electrónico es que la mayoría de las contrataciones electrónicas de consumo se desarrollan sin el uso de la firma digital ni la intervención de las entidades certificadoras⁵¹⁹, ya que los consumidores celebran contratos electrónicos por medio de contratos “*browsewrap*” y “*clickwrap*”⁵²⁰ cuyo contenido en el registro electrónico es inmaterial, sin que valga de nada la impresión de la página web o el

⁵¹⁷ Para información sobre las entidades de certificación y los certificados electrónicos se puede acudir a la página del Portal de la Administración electrónica del Gobierno de España, <http://firmaelectronica.gob.es/Home/Ciudadanos/Certificados-Electronicos.html>

⁵¹⁸ La firma electrónica es un mecanismo de autenticación de documentos electrónicos mediante medios informáticos que permite garantizar que una persona es realmente la que interviene en la transacción electrónica, que el documento es íntegro y responde a su contenido y que no se producirá el repudio del mensaje (la negación por el emisor de haberlo enviado o el receptor de haberlo recibido). El destinatario de un mensaje firmado electrónicamente, cifrado mediante procedimientos criptográficos, podrá al recibirlo estar seguro de que la firma corresponde con la clave privada del emisor del mensaje. No obstante, el receptor del mensaje no tendrá la seguridad de que quien envía el mensaje sea en realidad quien dice ser (que no se ha utilizado la clave del titular de la misma). El certificado da una solución a este problema, permitiendo la vinculación de la clave a un sujeto determinado. Las autoridades de certificación emiten de esta forma un documento denominado certificado en el que podrán confiar los terceros que contraten con ese sujeto.

⁵¹⁹ Los servicios de las compañías certificadoras cuestan dinero, por lo que los consumidores en muchas negociaciones electrónicas de consumo, cuyo valor de transacción es mínimo, no utilizan a estas compañías.

⁵²⁰ El consumidor, cuando realiza estos contratos se encuentra un hiperenlace que le lleva a un “aviso legal” donde se especifican las condiciones generales del contrato, teniendo que hacer un click en dichas condiciones generales para acceder a la compra de los bienes y servicios ofertados en la referida plataforma, Pérez Marzabal, J. M., *Comercio electrónico. Condiciones generales de contratación electrónica*, p. 7, 8, 35.

archivo electrónico de los mismos, pues se pueden manipular fácilmente, teniendo las partes que buscar la información de la página web, que ésta persista en el momento del juicio y que no haya sido manipulada, que coincida con otros consumidores, etc.,.

La fórmula habitual de contratación de consumo es presentar un texto que incluye las condiciones en las que se va a prestar el servicio o se va a suministrar el producto, en la que hay un botón con la palabra “Acepto”, “I agree”, “OK”, u otras expresiones similares. Son los llamados "click-wrap contracts" o "point-and-click agreements", que basan su validez en la prestación del consentimiento que supone el acto de pulsar el botón de aceptación por parte del usuario⁵²¹. En estos casos, el consumidor no va a tener garantizado que la prestación de su consentimiento no haya sido manipulada y, por ende, se haya perfeccionado el contrato, de forma que no conste su verdadera voluntad.

Por ello, se hace necesario que se otorgue más facilidad a los consumidores para el uso de certificados digitales, expandiendo la firma electrónica reconocida a todos los contratos electrónicos de consumo, para garantizar la preservación de la integridad

⁵²¹ Javier Ribas en su obra *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet, Registro del contrato on line: fuerza vinculante de un contrato on line: “click-wrap contracts”* recuerda la primera decisión judicial relativa a la validez de los contratos celebrados a través de Internet; es el caso Hotmail contra Van\$ Money Pie Inc. Hotmail demanda a Van\$ Money Pie Inc por el envío masivo de publicidad no solicitada (spam) utilizando su servicio de correo electrónico, por incumplimiento de las condiciones generales de contratación aceptadas on line, al contratar su cuenta de correo electrónico en Hotmail. Como resultado del envío de estos mensajes de Spam, Hotmail sufrió un incremento significativo del tráfico de correo en sus servidores y del espacio informático empleado por determinadas cuentas de correo de Hotmail, lo que podía causar un retraso en el envío y recepción de e-mails por parte de los usuarios de Hotmail. Hotmail solicitó la adopción de medidas cautelares para evitar que se le siguieran causando perjuicios mientras se desarrollaba el juicio. Entre los argumentos alegados por Hotmail señalaba que “*además accediendo a los “términos del Servicio” que se compromete a cumplir todo usuario de Hotmail y que prohíbe el envío de SPAM y pornografía, a sabiendas de que no iban a cumplirlo, lo que conllevaba, así mismo, un incumplimiento contractual de los “términos del Servicio”*”.

del contenido de estos contratos⁵²², puesto que los consumidores son la parte más débil del contrato y requieren de una mayor protección, ante las dificultades provenientes de las nuevas dinámicas del mercado⁵²³.

En este sentido, la propia LSSICE, como mecanismo de seguridad del contrato, establece, en el artículo 27, la obligación de los prestadores de servicios de suministrar información previa a la perfección del contrato, así como de confirmar la recepción de la aceptación. Este artículo hace referencia a las obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación y obliga al prestador de servicios a poner a disposición del consumidor, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, si se va a archivar el documento electrónico, los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, la lengua del contrato, las condiciones generales a las que, en su caso, deba sujetarse el contrato... información que se entenderá cumplida si el prestador de servicios la incluye en su página web o sitio de internet.

En conclusión, el medio más idóneo para garantizar la prueba en las contrataciones electrónicas es acudir a la firma electrónica reconocida, que cumple la misma función que la firma manuscrita e identifica a la persona que emite el mensaje y el contenido del mismo, junto a la intervención de las entidades certificadoras, que emiten un certificado que asegura la autenticidad del contrato⁵²⁴. Dado que la

⁵²² Cabello de los Cobos, L.M., (2001) *Condiciones generales de la contratación electrónica, en Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Botana, G., (coordinadora)., 1ª edición. Madrid, Editorial La Ley, p. 473, defiende la importancia de la expansión de la firma electrónica reconocida en los contratos electrónicos de consumo.

⁵²³ Fruto de esta necesidad es el DNI electrónico, herramienta fundamental en manos de los consumidores para que puedan firmar los contratos electrónicos.

⁵²⁴ Fernández Fernández, Rodolfo, Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en

mayoría de las transacciones electrónicas que se realizan en la actualidad se basan en acuerdos que se aceptan pulsando un botón de una página web, debería generalizarse esta forma de aceptación, cuando se cumplan los requisitos necesarios para ello (firma digital junto a la intervención de las entidades certificadoras).

4. Los elementos subjetivos

Las partes que intervienen en el comercio electrónico, el empresario y el consumidor, son elementos subjetivos esenciales, pero junto a ellos, intervienen otros sujetos que facilitan la circulación de las declaraciones de voluntad, que son los diferentes intermediarios, sujetos necesarios para la culminación del contrato electrónico.

Internet, cit, pp. 322 y ss., ofrece un estudio sobre la firma electrónica y el documento electrónico como prueba del contrato. Este autor señala que *“La firma electrónica, cuando reúne las máximas garantías, es decir, cuando se ha expedido con un certificado reconocido y un dispositivo seguro de creación de firma, convirtiéndose en firma electrónica reconocida, otorga a las transacciones comerciales las siguientes características:*

- 1. Integridad. Existe seguridad en el contenido del documento, de modo que la firma garantiza que no puede sufrir alteraciones o modificaciones.*
- 2. Autenticidad. La firma electrónica y el documento al que va incorporada se adscriben al titular que es autor del documento, sin que quepa duda acerca de la autoría.*
- 3. Confidencialidad. Existe seguridad de que ningún tercero podrá acceder a esa información y al conjunto de datos emitidos.*
- 4. No repudio. El firmante queda obligado a la declaración de voluntad emitida válidamente en forma electrónica sin que quepa una retractación posterior.*

En el mismo sentido podemos ver las reflexiones de Anguas Balsera, J., (2011) *La prueba judicial*. Editorial La Ley y ESADE Facultad de Derecho, pp. 409-430.

Si consideramos que Internet supone un soporte de infraestructura, constituido por redes de telecomunicaciones, por las que circula la información de manera global, hemos de pensar que esta información a la que se accede y que se distribuye hasta el usuario final, se realiza a través de una serie de actores que intervienen en este proceso. Estos actores van desde los Operadores de telecomunicaciones, que sirven de soporte de la información y de enlace entre el ordenador final del usuario y el servicio de acceso a Internet; los Proveedores de acceso a Internet, que proporcionan el servicio de conexión a la red (prestadores del servicio de transmisión de datos); los Proveedores de servicios de Internet o ISP, que conectan a los usuarios con Internet a través de la red de acceso del proveedor de acceso a Internet; los Proveedores de contenidos, que generan información a través de páginas web u otros instrumentos; los Suministradores de servicios en línea, que proporcionan información a los abonados a sus sistemas (portales de Internet); los Prestadores de servicios de alojamiento hosting, que alquilan la capacidad de los servidores⁵²⁵.

⁵²⁵ Como explica con palabras sencillas y muy claras Botana García, G.A. en *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, Actualidad Civil, nº 2, Febrero 2014, tomo 1, Editorial La Ley, p. 2. *“Para contratar electrónicamente, es preciso primero acceder técnicamente a las redes, por ello debe celebrarse un contrato de acceso que tiene por objeto definir las condiciones generales de acceso a la red. Hay unos profesionales llamados «Proveedores de acceso» y es con ellos que es preciso celebrar dicho contrato. Pero el suministrador de acceso, como tal, se limita a ofrecer una «clave» que le permite entrar en la red. Para que el proveedor de acceso que ofrece conexión a la red al usuario final pueda hacerlo es preciso que contrate líneas telefónicas a los «Proveedores de servicios» con un doble fin: conectar sus ordenadores con los de sus clientes y unir su red con el resto de redes que forman Internet. En definitiva, simplificando, un proveedor de acceso es un detallista de la conexión: compra línea de gran capacidad y vende pequeños trozos a sus usuarios añadiendo servicios, como un espacio para crear páginas web o cuentas de correo electrónico.*

Sin embargo, no es suficiente con acceder a la red. Después es preciso instalarse «comercialmente» sobre la red, para ello es necesaria la celebración de contratos para hacer una página web, siendo el lugar que permite al comerciante hacerse conocer y comerciar como si se tratase de una «tienda virtual». Una vez que la página está construida hay que alojarla en un servidor web. La mayoría de los proveedores de acceso a la red ofrece espacio gratuito a sus clientes, además de la posibilidad de

Ahora bien, no todos los operadores que intervienen en el entorno electrónico tienen el mismo interés cuando hablamos de comercio electrónico. De ahí, que podamos diferenciar entre los sujetos que intervienen en las operaciones de comercio electrónico y que adquieren la condición de partes en el contrato y los demás sujetos que actúan como simples intermediarios. En el ámbito de la contratación entre empresarios y consumidores (business to consumers), el contrato vincula a un profesional del tráfico mercantil y a un consumidor, que se convierten en titulares de los derechos y obligaciones que se van a derivar de los contratos que celebren. Ellos son: el iniciador del mensaje de datos (empresario) y el destinatario del mismo (consumidor), autores de las declaraciones de voluntad que se contienen en la oferta y en la aceptación de la misma. No obstante, en ocasiones la LSSICE se refiere al usuario o al destinatario de servicios no como una parte que llega a concluir operaciones de comercio electrónico, sino para referirse al simple navegante o visitador, que hace uso de los servicios de la Red⁵²⁶.

4.1. El prestador de servicios de la sociedad de la información

Una vez ofrecido el concepto de los servicios de la sociedad de la información, hay que señalar que el iniciador el mensaje de datos y el destinatario del mismo se corresponden con las dos partes del contrato bilateral y, como señala Illescas

obtener espacio adicional a un precio razonable cuando el gratuito no sea suficiente. Si al comerciante le parece complicado establecer un sitio web para comercializar sus productos, puede optar por hacerlo mediante «tiendas virtuales» que existen en Internet. Estas se encargan de recoger los pedidos y de realizar los cobros por el comerciante, ocupándose éste último únicamente de los envíos. A cambio, deberá pagar una cuota de alta y una suscripción mensual. En ocasiones, este tipo de tiendas se agrupan en centros comerciales virtuales, que las unen en un mismo lugar de Internet, donde se muestran separadas por categorías o sectores. Otras formas de ventas a través de Internet son las subastas o la posibilidad de comercializar productos o servicios a través de los llamados programas de afiliación, un modelo de venta de productos o servicios ajenos, por el que un web master recibe una cantidad fija o un porcentaje del precio de venta.

⁵²⁶ Guisado Moreno, Á., (2004) *Formación y perfección del contrato en Internet*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pp. 71-72.

(2009)⁵²⁷, en el que una declaración de voluntad requiere, para el perfeccionamiento del contrato, la correlativa manifestación de la contraparte, siendo la primera de tales manifestaciones una oferta contractual, su contrapunto podrá ser la pura y simple aceptación o, por el contrario, una contraoferta y así sucesivamente, hasta que se produzca el pleno acuerdo entre los contratantes. Ambas partes han de existir siempre, con independencia del modo contractual utilizado.

En los contratos electrónicos, las partes contratantes, pueden ser tanto empresarios como consumidores, así como las Administraciones públicas. Todos ellos utilizan las nuevas tecnologías de información y de la comunicación para tener relaciones contractuales por medios electrónicos⁵²⁸. Como ya hemos señalado, al hablar de las clases de comercio electrónico, podemos referirnos al comercio electrónico entre empresarios, comercio electrónico entre empresarios y profesionales, comercio electrónico entre empresarios y consumidores y comercio electrónico entre consumidores entre sí (además de los contratos electrónicos en los que intervienen las administraciones públicas). El ámbito de este estudio se centra en los contratos celebrados entre un empresario, que ofrece sus bienes o servicios a través de medios electrónicos, y los consumidores de dichos bienes y servicios, que utilizan también medios electrónicos para contratarlos.

Tanto las Directivas del ordenamiento comunitario sobre los servicios de la Sociedad de la Información como la Ley española sobre los Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico, han unificado la mayor parte de los sujetos mencionados con anterioridad en un concepto genérico: el Prestador de servicios de la sociedad de la información, al que define la Ley como “*persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información*”, definiendo al servicio de la sociedad de la información como “*aquel tipo de servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento y*

⁵²⁷ Illescas Ortiz, R., *Derecho de la contratación electrónica*, cit. p. 117.

⁵²⁸ Arias Pou, M. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit., p. 181.

almacenamiento de datos y a petición individual de un receptor de un servicio". En este sentido, la LSSICE acoge un concepto amplio de servicios de la Sociedad de la Información, que son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet, a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico⁵²⁹.

En el Derecho español, podemos asimilar la figura del prestador de servicios a la de comerciante o empresario, aunque el concepto de prestador de servicios de la sociedad de la información es más amplio que el de empresario, pues la figura del prestador de servicios abarca, en el entorno electrónico, a aquellos sujetos que habían quedado fuera de la consideración de comerciantes en los Códigos decimonónicos (los agricultores, artesanos y profesionales liberales)⁵³⁰. Con la nueva redacción del artículo 4 de la LGDCU, podrán ser considerados como posibles prestadores de servicios, siempre que el servicio que presten constituya una actividad económica⁵³¹.

Podemos hablar entonces, de una parte que presta el servicio o proporciona el bien objeto del contrato y de otra parte que lo recibe. La parte que presta el servicio o proporciona el bien en el ámbito del comercio electrónico y que recibe el nombre de prestador de servicios, es decir, *la persona física o jurídica que proporciona un*

⁵²⁹ Exposición de Motivos de la Ley.

⁵³⁰ Ruiz Muñoz, M., (2008) *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*. Revista de la contratación electrónica, febrero, nº 90, p. 9. El artículo 4 de la LGDCU ofrece una noción amplia de empresario en la que incluye *a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*.

⁵³¹ Se ve latente en la Ley el principio de protección de los intereses de los destinatarios de servicios y el más tradicional principio de protección de los intereses de los consumidores, como señala Vega Vega, J.A., (2009) Las condiciones generales en la contratación electrónico, Revista de la Contratación Electrónico, nº 101, 2009, p. 4.

*servicio de la sociedad de la información*⁵³² (PSI en adelante). La otra parte, el destinatario del servicio, es la *persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información*⁵³³.

Ciertamente, cuando hablamos del prestador de servicios (iniciador del mensaje de datos) y del receptor (destinatario del mismo), nos referimos a las partes intervinientes en cualquier contrato bilateral, en el que una de las partes realiza una declaración de voluntad que se convierte en una oferta contractual y la otra parte realizará su manifestación, aceptando la oferta u ofreciendo una contraoferta, hasta que se perfeccione el contrato cuando las partes lleguen a un acuerdo.

Nos vamos a referir a continuación al primer protagonista de la contratación electrónica, el empresario que contrata con el consumidor. En efecto, el iniciador del mensaje de datos es *la persona física o jurídica que envía o genera un mensaje de datos*⁵³⁴ y que actúa por cuenta propia, por sí o por medio de representante. Este concepto abarca dos conductas: la generación (redacción) del mensaje de datos previa a su envío, (la redacción automática del mensaje generado por una terminal informática, controlada por el iniciador del mensaje de datos)⁵³⁵ y el envío del mensaje de datos, que significa la actividad electrónica necesaria para expedir dicho mensaje de datos hacia el destinatario del mismo⁵³⁶. El iniciador del mensaje de

⁵³² La LSSICE recoge esta definición en su Anexo apartado b).

⁵³³ La LSSICE recoge esta definición en su Anexo apartado d).

⁵³⁴ Illescas, R. *Derecho de la contratación electrónica*, cit. p. 119.

⁵³⁵ En la Guía para la incorporación al derecho interno de la LMUCE se aclara, en la interpretación del artículo 2, señalando que “*Ello no debe entenderse, sin embargo, en el sentido de que la Ley Modelo autorice la atribución de la titularidad de derechos y obligaciones a una terminal informática. Los mensajes de datos generados automáticamente en una terminal informática, sin intervención humana directa deberán ser considerados como “iniciados” por la persona jurídica en cuyo nombre se haya programado la terminal informática*”.

⁵³⁶ Tal como señala el artículo 15 de la LMUCE que establece que “*De no convenir otra cosa el*

datos deberá ser identificable mediante la firma electrónica, porque sólo así tendrá fuerza probatoria⁵³⁷.

El empresario, en materia de comercio electrónico, es el llamado prestador de servicios de la sociedad de la información. La principal característica del empresario es la actividad económica que desarrolla, así como la actuación en nombre propio⁵³⁸. De ahí, que no pueda considerarse iniciador del mensaje de datos a la persona que actúa por cuenta del empresario (sus representantes voluntarios en el caso de persona física o necesarios en el caso de persona jurídica)⁵³⁹.

En los casos de actuación a través de mandatario, la LFE señala que *“si los certificados reconocidos admiten una relación de representación, incluirán una indicación del documento público que acredite, de forma fehaciente, las facultades del firmante para actuar en nombre de la persona o entidad a la que represente y, en caso de ser obligatoria la inscripción, de los datos registrales”*⁵⁴⁰.

iniciador y el destinatario, el mensaje de datos se tendrá por expedido, cuando entre en un sistema de información que no esté bajo el control del iniciador o de la persona que envió el mensaje de datos en nombre del iniciador”.

⁵³⁷ En este sentido, el artículo 9.2 de la LMUCE señala: *“Toda información presentada en forma de mensaje de datos, gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos, se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.* En el mismo sentido, el artículo 3.8 de la LFE.

⁵³⁸ Broseta Pont, M., (1991) *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, Editorial Tecnos, p.84.

⁵³⁹ Illescas, R. *Derecho de la contratación electrónica*, cit. p. 121.

⁵⁴⁰ Illescas, R. en su obra *Derecho de la contratación electrónica*, hace un estudio en profundidad sobre el iniciador del mensaje de datos y el destinatario del mismo.

El empresario, por tanto, es el primer protagonista que interviene en el mercado, contratando con un consumidor. El profesor Uría⁵⁴¹ define al empresario como: *“la persona física o jurídica que por sí o por medio de delegados ejercita y desarrolla en nombre propio una actividad en el mercado constitutiva de empresa, adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esta actividad”*.

En palabras de Botana (2014), se considera empresario a *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública que actúe con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. También tendrá la consideración de empresario la persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona, en su nombre o siguiendo sus instrucciones* (artículo 4 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica nuevamente el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en adelante, TRLGDCU)⁵⁴².

Veamos el tratamiento que ofrece la legislación europea y nacional al respecto. La Directiva sobre comercio electrónico⁵⁴³ define, en su artículo 2.b., al prestador de servicios como *“cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”*. Por su parte, la LSSICE habla de los distintos sujetos que intervienen en la sociedad de la información, destacando las normas de responsabilidad y de control respecto a los llamados prestadores de servicios de la sociedad de la información, y así, define al prestador del servicios como aquella *“persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la*

⁵⁴¹ Uría, R. *Derecho Mercantil*, 25ª edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1998, p. 6.

⁵⁴² Botana García, G., *Los contratos a distancia se adaptan a la Directiva Europa sobre Derechos de los Consumidores*, Junio 2014 publicación digital de la Abogacía española Consejo General [consultado el 26 de julio de 2014] <http://www.abogacia.es/2014/06/25/los-contratos-a-distancia-se-adaptan-a-la-directiva-europa-sobre-derechos-de-los-consumidores/?lang=es>

⁵⁴³ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)

información". El prestador de servicios es el empresario o comerciante, que ofrece sus servicios a través de medios electrónicos.

La presencia de los prestadores de servicios de la sociedad de la información en Internet, se plantea de diversas formas, según decidan aparecer en su sitio web, sede virtual de la empresa, donde el prestador de servicios online decide cómo quiere aparecer y qué servicios quiere ofrecer a los usuarios que accedan a su web a través de Internet⁵⁴⁴. Así, podemos encontrar a prestadores de servicios que sólo quieren estar presentes en la Red, apareciendo como una empresa que se publicita a través de su página web, pero que sólo utiliza la Red como un medio de publicidad más, sin interactuar con el consumidor. Por otro lado, podemos encontrar otros prestadores de servicios que, además de ofrecer en su web información y servicios, establecen relaciones online con los usuarios, aunque éstas no se desarrollen completamente por medios electrónicos.

Por último, encontramos al prestador de servicios que ofrece una plena forma de contratación online, en las que tanto la oferta como la aceptación tienen lugar por medios electrónicos⁵⁴⁵. Estos últimos son los que nos interesan, pues son parte del

⁵⁴⁴ Arias Pou, M., *Manual práctico de Comercio Electrónico*, cit. p. 87.

⁵⁴⁵ Arias Pou, M., *Manual práctico de Comercio Electrónico*, cit. pp. 87-88 pone diferentes ejemplos acerca de las formas de presencia en Internet de los prestadores de servicios: en el primer caso, cuando el prestador de servicios sólo quiere hacer publicidad de su empresa, pone como ejemplo *el caso de una empresa que se publicita a través de su página web y que solo ofrece información sobre ella y sobre los servicios que presta. Se limita a informar de su existencia sin permitir al usuario más contacto on line con ella, utiliza la Red como un medio de publicidad más y simplemente como un escaparate*. En el segundo caso, cuando el prestador de servicios da a conocer su empresa, estableciendo cierta relación con el usuario sin que la misma se desarrolle completamente por medios electrónicos. En este caso pone el ejemplo de *un abogado que, a través de su página web, hace publicidad de sus servicios, ofreciendo la posibilidad de descargarse una solicitud de compra de algunos de sus productos en la misma web, como por ejemplo un formulario, que requiere ser impreso, rellenado y enviado por fax*. Finalmente, encontramos al prestador de servicios que ofrece todo el proceso de contratación por Internet, cuyo ejemplo es el de *una tienda virtual, en la que se ofrece la posibilidad de llevar a cabo un proceso completo de contratación on line, compra de libros*

objeto de nuestro estudio. En este sentido, la LSSICE, en el apartado a) del Anexo, considera servicio de la sociedad de la información, tanto el envío de comunicaciones comerciales y el suministro de información por vía telemática, siempre que esta prestación represente una actividad económica para el prestador del servicio, pues tanto es comercio electrónico la venta directa a través de la web, como ofrecer información como reclamo, para que el consumidor posteriormente adquiera un producto o un servicio⁵⁴⁶.

En cuanto a las obligaciones legales para los prestadores de servicios de la sociedad de la información, hay que señalar, en primer lugar, que la LSSICE exige, como para los demás operadores que operan en el tráfico jurídico, la inscripción registral en el caso de las sociedades mercantiles, como establece el Código de Comercio en el artículo 19⁵⁴⁷. La LSSICE, en su redacción anterior, exigía en el artículo 9 (actualmente sin contenido) la obligatoriedad de *“comunicar al Registro Mercantil en el que se encuentren inscritos, o a aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, al menos, un nombre de dominio o dirección de Internet que, en su caso, utilicen para su identificación en Internet, así como todo acto de sustitución o cancelación de los mismos, salvo que dicha información conste ya en el correspondiente registro”*⁵⁴⁸. Aquella era una obligación de carácter meramente

electrónicos, o un despacho de abogados, que ofrece la posibilidad de realizar consultas jurídicas a un abogado que se responden por vía electrónica. Otro supuesto es el de la oferta de cursos de formación on line a través de un sitio web.

⁵⁴⁶ Que entraría dentro del llamado comercio electrónico indirecto.

⁵⁴⁷ El artículo 19 del Código de Comercio señala que *“La inscripción en el Registro Mercantil será potestativa para los empresarios individuales, con excepción del naviero. En los demás supuestos contemplados por el apartado uno del artículo 16, la inscripción será obligatoria (en el punto 2 del artículo 16 exige la inscripción a las sociedades mercantiles). Salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, la inscripción deberá procurarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de los asientos”*.

⁵⁴⁸ Señala este artículo que *“a los efectos previstos en este artículo, se presumirá que el prestador de*

administrativo, que posteriormente se dejó sin contenido por la Ley de medidas de impulso de la sociedad de la información⁵⁴⁹.

Por su parte, la actual Ley General de Telecomunicaciones⁵⁵⁰ establece la creación de un Registro de operadores de telecomunicaciones, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que será de carácter público, en el que deberán inscribirse los datos relativos a las personas físicas o jurídicas, que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas, las condiciones para desarrollar la actividad y sus modificaciones, garantizando que el acceso a dicho Registro pueda efectuarse por medios electrónicos. Es decir, los sujetos inscribibles serán los que señala la Ley como *las personas físicas o jurídicas que hayan notificado su intención de explotar redes o prestar servicios de comunicaciones electrónicas*⁵⁵¹, por lo que parece que no considera dentro del concepto de operador, al prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas⁵⁵².

En segundo lugar, hay que advertir que el sistema de autorizaciones o licencias para el inicio de la actividad contemplado por la LSSICE, en su primera versión, ha quedado sin contenido. No obstante, existen en el tráfico económico muchos tipos de autorizaciones para el ejercicio de actividades económicas, que no son contrarias al Ordenamiento jurídico comunitario y no amenazan la libertad de establecimiento y

servicios está establecido en España cuando el prestador o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para la adquisición de personalidad jurídica”

⁵⁴⁹ Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

⁵⁵⁰ Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁵⁵¹ Artículo 7.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

⁵⁵² Pérez Pereira, M., (2008) *Los prestadores de servicios de la sociedad de la información: cuestiones generales*, RCE nº 89, p. 82.

la libre prestación de servicios, pero que sirven para que la Administración ejerza cierto control sobre la prestación de servicios a través de Internet y mantenga el nivel de calidad de los servicios prestados (así, la exigencia de la inscripción en Registros públicos, la necesidad de obtener licencias de apertura de locales comerciales, etc.).

En efecto, el sistema de autorizaciones requerido a los prestadores de servicios de Internet, ha sido eliminado por el artículo 6 de la LSSICE, al señalar que *“La prestación de servicios de la sociedad de la información no estará sujeta a autorización previa”*. Aunque aclara que *“esta norma no afectará a los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios”*⁵⁵³. Por su parte, la Ley de firma electrónica⁵⁵⁴, en su artículo 5, señala que *“La prestación de servicios de certificación no está sujeta a autorización previa y se realizará en régimen de libre competencia. No podrán establecerse restricciones para los servicios de certificación que procedan de otro Estado miembro del Espacio Económico Europeo”*.

Si bien se ha eliminado la exigencia de autorización previa, la LSSICE, en su artículo 30⁵⁵⁵ ha establecido un régimen estricto de infracciones y sanciones, un régimen de

⁵⁵³ Como señala Pérez Pereira, M., *“La acción de cesación está prevista en la LSSICE, pero no en la LFE, sin embargo dado que los PSC son realmente PSSI, podrá ejercerse tal acción frente a ellos”*, en *Los prestadores de servicios de la sociedad de la información*, cit. p. 89.

⁵⁵⁴ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

⁵⁵⁵ Artículo 30. 1. *Contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación.* 2. *La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.* 3. *La acción de cesación se ejercerá conforme a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil para esta clase de acciones.*

obligaciones durante el desarrollo de su actividad, así como la posibilidad de interponer acciones de cesación de la actividad en determinados casos. De esta forma, el incumplimiento de estos requisitos puede llegar a suponer el cese de la actividad o la prohibición de actuación en España durante un plazo máximo de dos años (artículo 39.1.a).

Además, hemos de constatar que la Unión Europea no admite la exigencia de un sistema de acreditaciones de los prestadores de servicios de Internet, a no ser que se establezca un sistema que no suponga un obstáculo al mercado interior, permitiendo el establecimiento de un sistema de acreditaciones voluntario y fomentando la autorregulación de los operadores del mercado. A través de los sistemas de acreditación establecidos, nacional e internacionalmente, se consigue el cumplimiento de estándares de calidad, por lo que el prestador de servicios que cumpla los requisitos establecidos por las entidades de autorregulación, recibe una acreditación, que le otorga un sello de calidad de carácter nacional e internacional⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ En España, existe un organismo nacional de acreditación, la Entidad Nacional de Acreditación (Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación) cuya presencia en informes y certificados, es la garantía de contar con las ventajas aportadas por la acreditación, incluida su aceptación internacional.

También podemos citar otras entidades que se encargan de la certificación, como la entidad Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), cuya actividad contribuye a mejorar la calidad y competitividad de las empresas, sus productos y servicios. AENOR y ENAC trabajan conjuntamente con los organismos comunitarios de normalización. En este sentido, se aprueba el Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, así como los requisitos y el procedimiento de concesión. Mediante esta norma, el Estado aprueba un distintivo que permite identificar aquellos prestadores de servicios de la sociedad de la información que voluntariamente se adhieran y respeten unos códigos de conducta de ámbito nacional o superior, cuyos requisitos mínimos u optativos deben ser fijados por el Estado (Distintivo público de confianza en línea).

A nivel europeo se aprueba el Reglamento nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado,

El sistema de acreditación consigue generar confianza en la red en los consumidores y usuarios, pues implica el cumplimiento, por parte del prestador de servicios, de unos requisitos determinados así como su adhesión a códigos de conducta⁵⁵⁷.

relativos a la comercialización de los productos. Asimismo, se encuentra el Comité Europeo de Normalización (CEN), organización no lucrativa privada, cuya misión es fomentar la economía europea en el negocio global, el bienestar de ciudadanos europeos y el medio ambiente, desarrollando estándares europeos (EN) en varios sectores, para mejorar el entorno del mercado único europeo para mercancías y servicios y para colocar a Europa en la economía global. CEN es el representante oficialmente reconocido de la estandarización para los sectores a excepción de electrotécnico (CENELEC) y las telecomunicaciones (ETSI).

Para resaltar la importancia de que los países dispongan de un sistema de acreditación basta con transcribir lo que la Comisión Europea ha dicho sobre el particular: *“La acreditación es fundamental para el correcto funcionamiento de un mercado transparente y orientado a la calidad en Europa (Unión Europea y Espacio Económico Europeo). Es fundamental para la industria, que para ser plenamente competitiva, precisa de un servicio adecuado en este ámbito. Es fundamental para las autoridades públicas, tanto nacionales como europeas, a fin de obtener un grado suficiente de confianza en los certificados expedidos en cualquier lugar de Europa, y así, facilitar la libre circulación de productos en todo elEEE. Es fundamental para los propios organismos de evaluación de conformidad (que operen tanto en el sector regulado como en el no regulado), para que puedan demostrar, de modo independiente, su competencia técnica y para garantizar una competencia transparente y orientada a la calidad entre los mismos”*.

⁵⁵⁷ Para un estudio sobre la autorregulación en España podemos ver, entre otros, los trabajos de Fernando Magarzo, M.R., (2008) *La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial*, Estudios sobre Consumo nº 84, pp. 71-83; López Jiménez, D., (2009) *Los códigos de conducta como instrumento de protección del consumidor y usuario en materia de comercio electrónico*, Anales de la Facultad de Derecho, 26; diciembre, pp. 189-211; Moles Plaza, R.J. (2004) *Derecho y control en Internet. La regulabilidad de Internet*, Editorial Ariel, Barcelona; Punzón Moraleda, J. Y Sánchez Rodríguez, F. (2004) *El nuevo papel del Estado ante la regulación en Internet*, Revista de la Contratación Electrónica, nº 55, pp. 63-78; De La Cuesta Rute, J.M. (2004) *Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación*, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 94, pp. 87-116.

4.2. El consumidor o destinatario del comercio electrónico

En lo que se refiere al consumidor o destinatario del servicio⁵⁵⁸, tanto la doctrina como la jurisprudencia española y europea, se han ocupado de la noción de consumidor⁵⁵⁹.

A partir de la aprobación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa

⁵⁵⁸ El concepto de destinatario del servicio, en nuestro derecho, es más amplio que el de consumidor pues resulta aplicable a cualquier destinatario. En este sentido, Bercovitz, Rodríguez Cano, A., (2004) *Apuntes de Derecho mercantil*. Editorial Aranzadi, 5ª edición, Cizur Menor, p. 157-160.

⁵⁵⁹ En este sentido, nuestro Tribunal Supremo excluyó la aplicación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en la STS de 17 de julio de 1997 por el grado de especialidad que se supone a los profesionales. El Tribunal señaló que *"en sentido técnico-legal no son propios consumidores, sino comerciantes y profesionales mercantiles, a los que le asiste una especialización que les permite identificar perfectamente el producto, así como su fabricante y distribuidor dadas las relaciones comerciales directas que necesariamente surgen"*. Igualmente en STS de 12 de diciembre de 1991, el Tribunal declaró que *"resultaba fuera de toda duda que a la sociedad recurrente, compradora, frente a la recurrida, vendedora, no puede estimársela como consumidora o usuaria" a los fines y efectos perseguidos en la Ley 26/1984"*.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre esta cuestión, dando una interpretación restrictiva. En la sentencia de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa, se planteó si los artículos 13.1 y 14.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1978, debían interpretarse en el sentido de que el demandante que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional no actual, sino futura, puede considerarse consumidor. A lo que el TJCE contestó que, *"para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste, y no a la simulación subjetiva de dicha persona. Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil, sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden, no se justifica en el caso de contratos, cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad, no afecta en nada a su naturaleza profesional"*.

de los Consumidores y Usuarios, se establece un régimen de protección de los consumidores y usuarios para tutelar a la parte más débil del contrato, estableciendo una serie de normas imperativas sobre cláusulas contractuales favorables al consumidor⁵⁶⁰, régimen que se mantiene inalterable con independencia del soporte que se utilice para la celebración del contrato⁵⁶¹. Esta norma se ha ido modificando y adaptando, tanto a las Directivas europeas, como a la realidad del tráfico, hasta llegar a la redacción actual de la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁵⁶².

En esta Ley, se ofrece un concepto de consumidor amplio, cuando se considera como tales a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por su parte, la LMUCE considera destinatario del mensaje de datos, a *la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él* (artículo 2.d)⁵⁶³. De la lectura de este artículo, se

⁵⁶⁰ Ver Ruiz Muñoz, M. (1999), Introducción a la protección jurídica de los consumidores, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinación Botana García, G y Ruiz Muñoz, M. Madrid, p. 3 y ss.

⁵⁶¹ En base al principio de inalterabilidad del Derecho preexistente.

⁵⁶² Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. La reforma de la LGDCU ha sido propiciada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta Ley supone una importante modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificando otras cuestiones como el concepto de consumidor o empresario, las acciones de cesación, algunos aspectos de los contratos con consumidores y el derecho de desistimiento

⁵⁶³ En la Guía para la incorporación de la LMUCE se aclara que “*En el marco de la Ley Modelo, por*

deduce que será destinatario del mensaje de datos quien sea designado como tal, por lo que no lo será quien reciba un mensaje de datos, sin estar designado como destinatario, ni adquirirá derecho ni obligación alguna derivados del contenido de dicho mensaje. Por tanto, el destinatario no podrá ser alguien que actúe de intermediario⁵⁶⁴.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado (Directiva sobre el comercio electrónico), tiene como objetivo principal contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, mediante la creación de un marco jurídico coherente, que garantice la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información a nivel europeo, velando por garantizar la seguridad de los consumidores y de las empresas que prestan sus servicios. Esta Directiva señala que, *además de la regulación específica, todo el comercio electrónico que se realice y tenga como destinatarios finales a los consumidores, deberá cumplir con toda la legislación vigente en materia de protección de los consumidores*⁵⁶⁵.

“destinatario” se ha de entender la persona con la cual el iniciador tiene la intención de comunicarse mediante la transmisión del mensaje de datos, por oposición a cualquier persona que pudiera recibir, retransmitir o copiar el mensaje de datos en el curso de la transmisión. El “iniciador” es la persona que genera el mensaje de datos aun si el mensaje ha sido transmitido por otra persona. La definición de “destinatario” contrasta con la definición de “iniciador”, que no hace hincapié en la intención. Cabe señalar que, conforme a estas definiciones de “iniciador” y “destinatario”, el iniciador y el destinatario de un determinado mensaje de datos podrían ser una y la misma persona, por ejemplo en el caso en que el autor del mensaje de datos lo hubiera generado con la intención de archivarlo. Sin embargo, el destinatario que archiva un mensaje transmitido por un iniciador no queda incluido dentro de la definición de “iniciador”.

⁵⁶⁴ Illescas, R. Derecho de la contratación electrónica, cit. p. 129.

⁵⁶⁵ La Directiva cita, entre otras, las siguientes disposiciones: la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la

La Directiva se aplicará a todas las clases de comercio electrónico, aunque prestará

protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores), constituyen un instrumento esencial para la protección del consumidor en materia contractual. Dichas Directivas se seguirán aplicando en su integridad a los servicios de la sociedad de la información; también forman parte de este acervo comunitario, plenamente aplicable a los servicios de la sociedad de la información, en particular, la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores, la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos, la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, sobre el derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de abril de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, la futura Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y la Directiva 92/28/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, relativa a la publicidad de los medicamentos para uso humano. La presente Directiva no debe afectar a la Directiva 98/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco, adoptadas en el marco del mercado interior ni a otras Directivas sobre protección de la salud pública. La presente Directiva completa los requisitos de información establecidos en las Directivas mencionadas y, en particular, en la Directiva 97/7/CE (actualmente derogada).

especial atención al comercio entre empresarios y consumidores⁵⁶⁶, teniendo en cuenta la diversidad de legislación existente en los distintos Estados miembros en materia de contratos y la dificultad de armonizar todas las divergencias existentes. Por ello, opta por establecer el principio del reconocimiento mutuo, por parte de todos los Estados, de la legislación interna de los demás, para que cuando un servicio sea prestado por un Estado miembro a un destinatario de otro Estado miembro, la relación entre las partes se regirá por la Ley del país en el que esté establecido el prestador del servicio, cuyo control corresponde exclusivamente al país de origen⁵⁶⁷.

No obstante, la Directiva excluye de este principio general de reconocimiento mutuo, a las obligaciones contractuales con los consumidores, a quienes se aplicará la ley de su país de origen, salvo los requisitos referentes a obligaciones precontractuales, como los relativos a la publicidad o a los deberes de información previa que se regirán por la Ley del país de origen del prestador del servicio⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ En el Considerando nº 7 de la Directiva se señala que “*es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores, que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior*”. También se observa la preocupación de la Directiva por la protección del consumidor en el Considerando nº 55 cuando dice: “*la presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados por los consumidores; por lo tanto, la presente Directiva no podrá tener como efecto el privar al consumidor de la protección que le confieren las normas obligatorias relativas a las obligaciones contractuales, que impone la legislación del Estado miembro en que tiene su residencia habitual*”.

⁵⁶⁷ En este sentido, la Directiva establece que los prestadores de servicios se sometan a la legislación del Estado miembro donde están establecidos.

⁵⁶⁸ El artículo 10 de la Directiva precisa que “*Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así los acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido*”:

Por otra parte, la Directiva, define al consumidor como *cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*⁵⁶⁹. De esta forma, exige que la adquisición de los productos o servicios sea para un uso ajeno a su actividad económica, negocio o profesión, en relación a un empresario, para que pueda ser objeto de la protección que ofrece esta norma⁵⁷⁰. En esta norma se mejora la situación del consumidor pues, de un lado, contará con mayor información (sobre la identidad y lugar de establecimiento del prestador, sobre la comunicación comercial de un sitio Web y sobre la celebración de contratos) y, de otro, con mayor seguridad jurídica en el proceso contractual, puesto que el prestador deberá enviar un acuse de recibo del pedido y deberá poner a su disposición, los medios para identificar y corregir los errores de anotación.

En lo que se refiere a la normativa nacional, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, define al consumidor como la *“persona física o jurídica en los términos establecidos en el*

los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;

si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible;

los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido;

las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, el prestador de servicios indique los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.

3. Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas”.

⁵⁶⁹ El texto inicial de la Propuesta de Directiva no incluía una definición de consumidor, se introdujo posteriormente, con la finalidad de recoger la enmienda 32 presentada por el Parlamento.

⁵⁷⁰ Botana García, G., Comercio electrónico y protección de los consumidores, cit. pp. 211-212.

*artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*⁵⁷¹ y destina el Título IV a la contratación por vía electrónica⁵⁷².

Por tanto, como hemos señalado anteriormente, cuando hablamos de destinatario del mensaje de datos, nos referimos, como señalan el artículo 2.d de la LMUCE y 4.d de la CNUUCECI, a *“la persona designada por el iniciador para recibir el mensaje, pero que no esté actuando a título de intermediario con respecto a él”*. Es decir, el consumidor o destinatario del mensaje de datos es un sujeto que adquiere bienes y servicios o bienes o servicios para cubrir sus propias necesidades, personales o familiares.

Precisar el concepto de consumidor, es una cuestión capital para la protección del mismo, tanto en nuestro Derecho como en el Derecho comunitario⁵⁷³. En efecto, la particular naturaleza del derecho de consumo, implica que al utilizar el término de consumidor o de usuario se tenga que puntualizar, dado que este concepto puede

⁵⁷¹ La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, nace para proporcionar seguridad y confianza a un entorno electrónico nuevo, como ámbito alternativo de contratación de bienes y servicios y que tiene como finalidad ofrecer un entorno de confianza a los sujetos que utilizan Internet y una regulación jurídica de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por la regulación jurídica tradicional del comercio.

⁵⁷² En este sentido, Cremades, J. (2003), “Título I. Disposiciones Generales. Capítulo I. Objeto. Artículo 1 Objeto” en *La Nueva Ley de Internet*. Editorial La Ley. Madrid, 2003, p. 77. “El verdadero reto de cualquier Ley que pretenda regular cualesquiera aspectos del comercio electrónico y de la Sociedad de la Información es conseguir que los ciudadanos y empresas incorporen la Red a su vida cotidiana. En definitiva, la norma tiene que generar seguridad y confianza pero sin mermar la libertad de mercado”.

⁵⁷³ Un reciente estudio sobre la noción de consumidor la podemos ver en: Botana García, G., (2014) *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Diario La Ley, nº 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril, Editorial La Ley.

ser objeto de diversas acepciones⁵⁷⁴. De un lado, se alude a la noción abstracta de consumidor, al referirse a todos los ciudadanos que aspiran a tener una adecuada calidad de vida, a los que la política legislativa debe ofrecer un ámbito de protección frente a los riesgos que pueden derivar de un producto o de un servicio⁵⁷⁵. Estamos ante una protección genérica a la sociedad, de carácter preventivo que protege intereses colectivos y difusos, frente a los hipotéticos daños que puedan causar los productos o servicios en el mercado⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Uno de los autores que más atención ha prestado al estudio de la figura del consumidor es Bercovitz Rodríguez- Cano, A., quien defiende que existen dos conceptos de consumidor, uno amplio y otro estricto, en su obra *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil* en *Lecturas sobre la Constitución española*, Coordinación Fernández Rodríguez, T.R., Tomo II, UNED, Madrid, 1978, pp. 16-17; *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Estudios sobre consumo nº 3, 1984, pp. 15- 22; en esta obra señala que se podrá considerar consumidor, en sentido amplio, a “*todo ciudadano en cuanto persona que aspira a tener una adecuada calidad de vida*”, es decir, que aspira a “*conseguir dentro del mercado de los bienes y servicios que precisa en las mejores condiciones posibles, evitando, por supuesto, toda clase de engaños o la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas*”. En cuanto al concepto estricto de consumidor, hace referencia a los derechos que puede ejercitar individualmente en su propio interés. Así señala que “*No existe, pues una noción legal única de consumidor, sino una pluralidad de nociones que sirven para delimitar el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones legales y que se establecen atendiendo específicamente a la protección que la norma pretende ofrecer*”. También en *El principio de protección de los consumidores*, en “*Liber amicorum*” profesor José María Gondra Romero, Editorial Marcial Pons, Madrid 2012, pp. 119-134; *Comentarios al artículo primero de la LGDCU* en *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. Coordinación Bercovitz. R./Salas Hernández, J., Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 25-36.

⁵⁷⁵ Botana García, G., “Sujetos contratantes: empresario/consumidor” en *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, coordinador Botana García G. Editorial La Ley, Madrid 2001, p. 209.

⁵⁷⁶ Reyes López, M.J., (2009) “Consumidores y usuarios” en *Manual de derecho privado de consumo*, edición nº 1, Editorial La Ley, Madrid 2009, p.87. En el mismo sentido, Cavanillas Sánchez, A., (2011) “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” en Blasco Gascó, Francisco de P., Clemente Meoro, Mario E., Orduña Moreno, Francisco Javier, Prats Albentosa, Lorenzo y Verdura Server, Rafael, (Coordinadores),

Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 379 y ss señala que “en el ámbito del Derecho comunitario se afirma, cada vez con más intensidad, el parentesco entre el consumidor y el pequeño empresario, lo cual se advierte en el caso de las denominadas microempresas o empresas de muy reducidas dimensiones. La Recomendación de la Comisión sobre la definición de microempresas y pequeñas y medianas empresas de 6 de mayo de 2003 da un paso importante a favor de la equiparación entre el consumidor y la microempresa. En la Recomendación se define a las microempresas como las pequeñas y las medianas empresas en función de su tamaño, volumen de negocios o balance y de su independencia a fin de mejor adoptar las medidas que les vinculan (art. 1).

Esta Recomendación es tomada en cuenta por la Directiva de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior que, en su artículo 1. 26, dispone que la microempresa es una empresa que, en la fecha de celebración del contrato de servicios de pago, cumpla las condiciones definidas en el artículo 1 y en el artículo 2, apartados 2 y 3, del Anexo de la Recomendación 2003/361/CEE. El artículo 4.11 de la Directiva define al consumidor como una persona física que, en los contratos de servicios de pago que son objeto de la presente Directiva, actúa con fines ajenos a su actividad económica, comercial o profesional. Sin embargo, no se establece en la Directiva la equiparación de manera imperativa entre el consumidor y la microempresa, pero se otorga a los Estados miembros la facultad de establecerla. En este sentido, el apartado 20 del Preámbulo de la Directiva afirma que los Estados miembros deben disponer de la facultad de establecer que las microempresas, según la definición recogida en la Recomendación 2003/361/CEE de la Comisión, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, reciban el mismo trato que los consumidores.

En este sentido, el TJCE ha establecido el concepto de consumidor en la sentencia de 20 de enero de 2005 (caso Gluber v. Bay Wa AG), en la que se cuestiona básicamente si un contrato que tiene una finalidad doble, en parte profesional y en parte privada, está comprendido en el ámbito de las reglas de competencia judicial establecidas en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas relativas a los contratos celebrados con consumidores.

El TJCE parte de la base de que estos preceptos se refieren al consumidor final privado, que no realiza actividades mercantiles o profesionales. Se define, por tanto, al consumidor de igual manera que las Directivas comunitarias sobre protección de los consumidores. Como regla general, una persona que celebra un contrato, para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional, no puede ampararse en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas. El resultado sólo sería distinto, en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, que sólo tuviera un papel

Por el contrario, la noción de consumidor que ofrecen los textos legislativos, que atribuyen a cada consumidor en particular derechos y que requiere la observancia de unos presupuestos previos para gozar de dicha condición, es la noción concreta de consumidor, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes y servicios para su uso particular⁵⁷⁷. Estamos ante una visión individual y los intereses que tutelan son individuales.

En ambos casos, se defienden intereses de los consumidores, aunque varía el planteamiento. Cuando hablamos de la noción abstracta de consumidor, se tiene en cuenta la situación del ciudadano en su relación con el mercado, con independencia de su intervención en un acto de consumo; por el contrario, cuando nos referimos a la noción concreta, se tiende a dar una protección específica a un ciudadano concreto⁵⁷⁸.

insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato. Sólo será calificado el sujeto como consumidor cuando el uso profesional se revele como marginal o insignificante". En el mismo sentido, la Directiva 2011/83/UE Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, señala, en su considerando 17, que "la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor".

⁵⁷⁷ Cfr. Botana, "Sujetos contratantes: empresario/consumidor", cit., p. 209.

⁵⁷⁸ Para un estudio sobre las nociones de consumidor, ver Reyes López, M. J., (2004) *La protección de los derechos de los consumidores y usuarios* en Derecho Privado de consumo. Editorial Tirant Lo Blanch, pp. 19-44. Sobre la noción de consumidor de servicios financieros ver Fernández Pérez, N., (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, Editorial La Ley, Madrid, pp. 184 y ss; Ruiz Muñoz, M., (2008) *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*, en Revista de la Contratación Electrónica, nº 90, p. 15; Fernández Gimeno, J.P., (2005) Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica, en *Derecho Privado del Consumo*, (coordinación Reyes López), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 104-106.

Si nos atenemos al concepto de consumidor que se desprende de los textos legislativos, tenemos que diferenciar los distintos ámbitos: comunitario, estatal y autonómico, desde el Tratado de Lisboa de 2007, a las Directivas reguladoras de cada materia, en especial, el artículo 51 de la Constitución española, las Leyes autonómicas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios; el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, y otras Leyes especiales y normas de menor rango. En todas ellas, se contempla el concepto de consumidor y usuario, unas veces de forma amplia, otras de forma restrictiva, pues cada una concreta su ámbito de aplicación subjetivo.

En este sentido, la Directiva de comercio electrónico mantiene una noción concreta de consumidor, cuando lo define en su artículo 2, apartado e) como “*cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*” y en las Directivas que se refieren a la protección del consumidor⁵⁷⁹ se consolida esta noción de consumidor como “*la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional*”. Por tanto, la utilización privada de los bienes o servicios adquiridos, fuera de su actividad profesional constituye la base de la noción de consumidor⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ En González Vaqué, L., (2005) podemos ver las diferentes definiciones de consumidor en las Directivas comunitarias en “La noción de consumidor en el Derecho comunitario del consumo”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 75, p. 35.

⁵⁸⁰ Así podemos citar la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008, que abarca diversas Directivas sobre la protección de los consumidores (la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva 97/7/CEE, sobre contratos a distancia (actualmente derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores), y la Directiva 1999/44/CEE, sobre la venta y garantías de los bienes de consumo), que define al consumidor como toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión (artículo 2.1), en Cabanillas Sánchez, A., “El concepto de consumidor en el Texto

Concretamente, en la Directiva 2011/83 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, cuyo objetivo principal es lograr un auténtico Mercado interior que permita a los consumidores acceder a todos los bienes y servicios procedentes de cualquier punto de la Unión⁵⁸¹, se define al consumidor como *toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*. Se trata de una definición similar a la establecida en otras normas comunitarias.

Por tanto, la normativa comunitaria ofrece un concepto de consumidor como destinatario final, que actúa para satisfacer sus necesidades personales o familiares, por oposición al profesional. Como señala Botana (2014)⁵⁸², *“en este concepto se recogen dos criterios: El criterio de la finalidad del contrato. Se exige que los bienes o servicios no estén destinados al desarrollo de una actividad comercial, empresarial, oficio o profesional. El criterio de la competencia del autor del acto de consumo. Cuando el consumidor actúa sin competencia específica, como un simple particular, es lo que le convierte en consumidor final. En consecuencia, habrá que incluir al empresario, cuando no actúe como tal.*

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución española⁵⁸³, en su artículo 51,

Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios” cit., p. 378.

⁵⁸¹ Para un estudio sobre la Directiva ver por todos: Botana García, G.A., (2012) Una nueva Directiva Europea sobre derechos de los consumidores en *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 102.

⁵⁸² Botana García, G., (2014) *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, cit, p. 9, añade que *“es elemento fundamental de la noción de consumidor que la adquisición de bienes o servicios para uso privado se realice en relación a un empresario. El Texto Refundido exige, precisamente, que las relaciones se entablen entre consumidores o usuarios y empresarios. Por esta razón, quedarían excluidos tanto los contratos que tienen lugar entre particulares como los celebrados entre empresarios”*.

⁵⁸³ Vid. Herrera de las Heras, R., “El origen constitucional de la protección de los consumidores;

configura el principio general de protección de los consumidores y usuarios y establece la obligación de los poderes públicos de garantizar su defensa, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos, promoviendo la información y la educación de éstos, fomentando sus organizaciones y oyéndolas en las cuestiones que les pudieran afectar⁵⁸⁴.

Cumpliendo con este propósito, el artículo 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios concretaba dicho concepto⁵⁸⁵, vinculando la idea de

fundamento de la Ley 44/2006. Diario La Ley, 2007.

⁵⁸⁴ Según De León Arce, A., “el artículo 51 de la Constitución viene a intentar equilibrar el modelo de economía de mercado que, basado en la oferta de bienes de consumo, ha propiciado la posición dominante de las grandes sociedades productoras, directa o indirectamente, de dichos bienes con la protección al consumidor frente a la indefensión en que pueden encontrarse en sus relaciones jurídicas con aquellas sociedades”, en *Derechos de los consumidores y usuarios* 2ª edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Madrid 2007, p. 6.

⁵⁸⁵ En concreto, en su artículo 1.2 definía al consumidor y usuario al señalar que: “a los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. En dicho sentido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ratificaba como sostiene la STS de 17 de marzo de 1998, que considera como “presupuesto de aplicación de la ley, es que se esté ante persona individual o jurídica que tenga la calificación legal de consumidor y el artículo 1 de la Ley establece que son consumidores las personas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles..., y que no tienen la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, utilizan los bienes, integrándolos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros...”.

También en la SAP de Guipúzcoa (Sección 2.a) de 19 de marzo de 2007, sobre impugnación de los intereses de una cuenta corriente que fue destinada a actividades empresariales y profesionales, señala que: “... es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 18 de

consumidor y usuario a la de “destinatario final” en relación al mercado, de forma que no se podía ostentar dicha condición cuando se adquiriesen productos o utilizasen servicios para reintroducirlos en el mercado pero sí cuando las transmisiones o cesiones de los bienes resultasen ajenas al mercado, en cuyo caso merecía el calificativo de consumidor no sólo quien cediese bienes a sus familiares sino también los terceros ajenos al ámbito familiar o doméstico para fines privados, ajenos al mercado⁵⁸⁶. Es decir, consumidor podía ser, tanto un profesional (empresario) como un no profesional (consumidor propiamente dicho), con la diferencia de que el empresario dispone de dos ámbitos posibles de actuación, el profesional y el particular, y sólo cuando actúa dentro del ámbito particular, se le puede calificar de consumidor⁵⁸⁷.

Si bien, posteriormente, este concepto de consumidor ha sido revisado por el Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre, que ofrece una visión más

junio de 1999, 16 de octubre de 2000 y 15 de diciembre de 2005, que establece que el artículo 1, apartados 2 y 3 de la referida Ley, delimitan el ámbito subjetivo de la misma, atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios”. Vid. Pérez Escolar, M., (2010) “El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un Código de consumidores?”, RPDD 82, p. 7.

⁵⁸⁶ Reyes López, M.J., Consumidores y usuarios, cit. p.94.

⁵⁸⁷ Ruiz Muñoz, M., (2008) señala que “Justamente este desdoblamiento de la figura del profesional pone de manifiesto, que la condición de consumidor no es una cualidad intrínseca de una determinada categoría de sujetos, sino una función económica ejercitable o una situación posible en el mercado, y que por tanto no resulta del todo correcto hablar de ámbito subjetivo de aplicación, sino de ámbito de aplicación material-funcional” en *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*. Revista de la Contratación Electrónica, nº 90, p. 18

concreta y da solución a los interrogantes que suscitaba la redacción del artículo 1 de la anterior Ley⁵⁸⁸. Según la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo, el consumidor y usuario es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Es decir, es la persona física o jurídica que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. En este sentido, el TRLGDCU, en su artículo 3, ofrece la siguiente definición: *“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”*⁵⁸⁹.

Al definir al consumidor o usuario, la LGDCU habla de *“destinatarios finales”*, mientras que el TRLGDCU, se refiere a *los sujetos que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. Esta nueva expresión, coincide al pie de la letra con los textos de Derecho comunitario y sustancialmente no difiere mucho de la anterior, pues podemos apreciar una coincidencia entre la condición de destinatario final y la del sujeto que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. La única diferencia fundamental, radica en que, mientras las Directivas consideran como consumidores solamente a las personas físicas, nuestro legislador

⁵⁸⁸ Algunos de los cuales se siguen planteando tras la promulgación del TRLGDCU, aprobado por RDL de 16 de noviembre de 2007 (BOE de 30 de noviembre), en Cabanillas Sánchez, A., “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, cit., p. 377. Sobre este punto ver Bercovitz Rodríguez Cano, R., (1992) “Comentario al artículo 1”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinadores: R. Bercovitz y Salas, Madrid, pp. 17-25.

⁵⁸⁹ Vid. Cavanillas Múgica, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007 (La Ley 11922/2007), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil* nº 1, 2008.

incluye en la noción de consumidor también a las personas jurídicas⁵⁹⁰.

No obstante, la nueva redacción dada por la LGDCU de marzo de 2014, ofrece una nueva definición de consumidor, cuando los define como *“las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”*. Este texto reitera la consideración del consumidor como destinatario final⁵⁹¹, pues actúa para la satisfacción de sus

⁵⁹⁰ Cabanillas Sánchez, A., “El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, cit. p. 381, *“aunque condicionada por el mismo imperativo impuesto a las personas físicas, como es el que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, es decir, que las personas jurídicas se constituyan en destinatarios finales de los bienes o servicios”*. También, Bercovitz, A., “El concepto de consumidor” en *Hacia un Código del consumidor*, Dirección: Azparren Lucas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 19-27. En el mismo sentido, Ruiz Muñoz, en *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*, cit. p. 13-14, señala que no existe diferencia relevante entre ambos textos, si bien no hay coincidencia en su literalidad. En ambos casos, se alude al consumidor como persona física o jurídica, con la diferencia de que en el texto más antiguo se habla de destinatarios finales, y en el más moderno y vigente, en lugar de destinatarios finales se habla de sujetos que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esta nueva expresión hay que decir que coincide ahora, al pie de la letra, con los textos europeos, pero sustancialmente no difiere de la anterior.

⁵⁹¹ La SAP de Guipúzcoa de 19 de marzo de 2007, sobre la impugnación de los intereses de una cuenta corriente que fue destinada a actividades empresariales y profesionales, señalaba que: *“... es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 18 de junio de 1999, 16 de octubre de 2000 y 15 de diciembre de 2005, que establece que el art. 1, apartados 2 y 3 de la referida Ley, delimitan el ámbito subjetivo de la misma, atribuyendo la condición de consumidor no a cualquiera que lo sea por aparecer en la posición de quien demanda frente a quien formula la oferta, sino al consumidor que resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito personal, familiar o doméstico. No a quien lo hace para introducir de nuevo en el mercado dichos productos o servicios, ya por medio de su comercialización o prestación a terceros, sea en la misma forma en que los adquirió, sea después de transformarlos, ya utilizándolos para integrarlos en procesos de producción o transformación de otros bienes o servicios”*.

necesidades personales o familiares⁵⁹². Como señala Botana (2014), *“esta definición resulta de la conjunción de dos criterios: el criterio de la finalidad del contrato. Se exige que los bienes o servicios no estén destinados al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, añadiéndose en la nueva redacción la actividad comercial o de oficio y el criterio de la competencia del autor del acto de consumo. Cuando el consumidor actúa sin competencia específica, como un simple particular, es lo que le convierte en consumidor final. En consecuencia, habrá que incluir al empresario cuando no actúe como tal”*⁵⁹³.

En esta nueva redacción, se pretende proteger al consumidor del bien o servicio y no a quien interviene en la cadena de producción, distribución o comercialización de dichos bienes o servicios, pues en la noción de consumidor es esencial que la adquisición de los bienes y servicios se realice para fines privados y con relación a un empresario, pues si se realiza entre particulares o entre empresarios pierde sentido la protección otorgada por la Ley⁵⁹⁴, que está pensada para proteger al

⁵⁹² Como señala Reyes López, M.J., *“El primero de los presupuestos exigidos por la norma es la celebración de un acto de consumo. Ello significa que la realización de cualquier actuación que implique el uso o disfrute de un producto o servicio, debe hacerse para satisfacer una necesidad de carácter privado o, lo que es lo mismo, para uso o utilización de carácter personal al margen del mercado. De ahí, se infiere que queda excluida cualquier acción que ponga de manifiesto el propósito de reintegrar posteriormente el producto o servicio, en un proceso de industrialización, distribución o comercialización. Íntimamente vinculado con ello se encuentra la segunda exigencia, consistente en que no medie ánimo de lucro, lo que supone que dicho acto no debe realizarse para obtener un beneficio económico, a corto o largo plazo, sino para satisfacer necesidades de carácter doméstico, ajenas a la actividad mercantil. En consecuencia, los rasgos que delimitan el concepto son: actuar sin ánimo de lucro y dedicar el servicio o producto a un destino de carácter privado”*, en “Consumidores y usuarios” en *Manual de derecho privado de consumo*, cit, p.90.

⁵⁹³ Botana García, G., (2014) *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit. p. 10. Un interesante estudio sobre la figura del consumidor, cuando éste es un empresario lo podemos ver en Ruiz Muñoz, M., (2008) *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*, cit, pp. 19 y ss.

⁵⁹⁴ Botana García, G., (2014) *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley*

consumidor cuando contrata con un empresario⁵⁹⁵.

Por su parte, la LSSICE, en su anexo de definiciones, se refiere al concepto de consumidor en el apartado e), remitiendo al concepto general del artículo 1 de la LGDCU, que ha sido sustituido por el artículo 3 del TRLGDCU. Podemos decir entonces que la remisión a la LGDCU hay que entenderla hoy referida al artículo 3 del TRLGDCU, por lo que observamos que el concepto de consumidor es el mismo en la contratación electrónica.

En cuanto a la normativa autonómica, hay que señalar que todas las autonomías han legislado en materia de consumo e incorporaron la noción concreta de consumidor. La Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias recoge, en su artículo 2, el concepto de consumidor y usuario, cuando señala que: *“A los efectos de esta Ley, se entiende por consumidor o usuario toda persona física o jurídica a la que se ofertan bienes, productos y servicios, o los adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o*

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cit. p. 11.

⁵⁹⁵ *Es elemento fundamental de la noción de consumidor que la adquisición de bienes o servicios para uso privado se realice con relación a un empresario. Por esta razón, la protección de los consumidores no tiene sentido cuando las relaciones se establecen entre particulares o entre empresarios. La causa de la primera exclusión, ha de ser buscada en que la finalidad de las normas protectoras de los consumidores, consiste en defender al particular que contrata con un empresario. Mientras que, en el caso de contratos efectuados entre empresarios, hay que presumir que son expertos en el tráfico mercantil al dedicarse habitualmente a él, y por ello no necesitarían de una protección específica basada precisamente en la inexperiencia de uno de los contratantes*, en Botana García, G., *Los contratos a distancia se adaptan a la Directiva Europa sobre Derechos de los Consumidores*, Junio 2014 publicación digital de la Abogacía española Consejo General. [consultado en marzo de 2014] <http://www.abogacia.es/tag/ley-general-consumidor/>.

profesional, con independencia de su naturaleza pública o privada. No tendrán la consideración de consumidores y usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos y servicios dentro del ámbito de una actividad empresarial o profesional”.

Además, hay que decir que nuestro Ordenamiento jurídico (tanto en el Real Decreto Legislativo 3/2014, como en los diversos Estatutos o Leyes protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios de las Comunidades Autónomas) mantiene la posibilidad de que se pueda considerar consumidores a las personas jurídicas⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ Hay que tener en cuenta que junto a las personas jurídicas, cuya finalidad no es perseguir intereses económicos, existen otras cuya única finalidad es la obtención de beneficios. En este sentido podemos citar la SAP Asturias (Sección 7.a), de 7 de noviembre de 2002, que otorgó la condición de consumidora a una empresa constructora que compró un vehículo todo terreno, al entender que lo hizo, no como instrumento de trabajo sino para servicio del personal, cuando señala que: *“Si bien es cierto que la sociedad demandada se dedica a la construcción, no por ello el todo-terreno de que se sirve para desplazarse y visitar clientes o realizar otros singulares menesteres debe integrarse, por la sola utilización del mismo para dichos servicios, en el pretendido proceso empresarial a que se dedica aquélla, por tener ésta y el vehículo de referencia destinos distintos y finalidades opuestas, dada la dispar actividad de ambos, pues si en una es empresarial en el otro, habitualmente, lo es para uso privado y no como un instrumento de trabajo sino para servicio personal, por lo que no puede negársele, respecto del vehículo que utiliza, la condición de consumidor o usuario, al serlo por las circunstancias del caso con total independencia del proceso productivo, y por ello mismo, no relacionado con el giro y tráfico propio de la empresa, la que, lo cual aun como persona jurídica, no lo adquirió para proceso de comercialización sino principalmente para todo lo contrario; y no puede llevarnos a así estimarlo, por el solo hecho de poseerlo una empresa como parte integrante de su específica actividad al distar en mucho de la exclusiva finalidad de uso para el que fue adquirido; ha de tenerse, pues a la empresa demandada como consumidora, respecto a dicho bien, a los efectos de la LCU y a fin de que pueda ejercitar, aun como tal persona jurídica, los derechos que atribuye a los consumidores o usuarios en cuanto que su situación es equiparable a la de una persona física al utilizarlo en relación totalmente ajena al mercado”.*

5. Contenido del contrato

Una vez determinado el objeto y los sujetos de la contratación electrónica, vamos a hacer referencia al régimen jurídico que regula la actividad de los prestadores de servicios de la Sociedad de la Información, así como concretar cuáles son las obligaciones de los mismos. Nos referiremos, en primer lugar, a las obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios, para centrarnos, posteriormente, en las obligaciones específicas de los prestadores de servicios que realizan contratación electrónica.

5.1. Obligaciones comunes a todos los prestadores de servicios

La principal obligación común a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, realicen o no contratación electrónica, es la obligación de información general. Antes de la entrada en vigor de la LSSICE, las empresas que actuaban en Internet podían ser totalmente anónimas, por lo que los usuarios de Internet podían contactar a través de una dirección o de un nombre de dominio, sin saber qué entidad jurídica estaba al otro lado, lo que provocaba cierta inseguridad jurídica que servía de freno al desarrollo del comercio electrónico. Con el establecimiento del deber de información general, el prestador de servicios se identifica, en el mundo real, a través de su nombre de dominio en el Registro público y, en el mundo virtual, a través de la publicación de sus datos identificativos en su sitio web.

Con la entrada en vigor de la LSSICE, se van a imponer una serie de obligaciones al prestador de servicios, de carácter esencialmente informativo, para *“proteger los intereses de los destinatarios de los servicios, de forma que éstos puedan gozar de garantías suficientes a la hora de contratar un servicio o bien por Internet”* como señala la Exposición de Motivos.

La LSSICE, a la hora de analizar las obligaciones de los prestadores de servicios, diferencia entre las obligaciones de carácter general para todos los prestadores de servicios y las obligaciones específicas de los prestadores de servicios que realizan contratación electrónica.

Las obligaciones comunes, para todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información y, por tanto, también para los que realizan contratación electrónica, se recogen en los artículos 9 (sin contenido) a 12 bis de la LSSICE. La obligación de constancia registral del nombre de dominio, como ya hemos señalado anteriormente, ha quedado sin contenido. En cuanto a la obligación de información, la Ley dedica su artículo 10 a establecer los requisitos de información general a que están obligados los prestadores de servicios. Con este artículo, se intenta que los consumidores tengan información sobre el sitio en el que navegan, exigiendo que se les proporcione una serie de datos que sirvan de garantía para que el consumidor, que se encuentra físicamente separado, se sienta seguro al contratar con el empresario. Esta obligación tiene tres aspectos:

En primer lugar, nos presenta el contenido de la información que debe proporcionar un prestador de servicios. Así, el artículo 10 dispone que *“el prestador de servicios de la sociedad de la información estará obligado a disponer de los medios que permitan, tanto a los destinatarios del servicio como a los órganos competentes, acceder por medios electrónicos, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, a la siguiente información:*

- *Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.*
- *Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.*
- *En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.*
- *Si ejerce una profesión regulada deberá indicar:*
 - *Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado.*
 - *El título académico oficial o profesional con el que cuente.*

- *El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.*
- *Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.*
- *El número de identificación fiscal que le corresponda.*
- *Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.*
- *Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente”.*

En segundo lugar, el artículo 10.2, nos señala cómo debe proporcionarse dicha información. *“La obligación de facilitar esta información se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en el apartado 1”.*

Es decir, que el lugar adecuado para ofrecer la información referida es la página o sitio web del prestador de servicios. Información que deberá ser clara e identificable, por lo que no basta con que se incluya en la página web, pues puede incluirse de forma poco visible, sino que ha de incluirse de forma que el usuario no tenga que navegar por un entramado de páginas para encontrarla. Por ello, lo mejor será poner la información en la página de inicio, como ya hacen la mayoría de las páginas web en el apartado de empresa o de nota legal, señalando además los sellos de los códigos de conducta a los que están adheridos⁵⁹⁷.

⁵⁹⁷ Prenafeta , J., Autorregulación, Códigos de Conducta y Sellos de Confianza en Internet [consultado el 11 de enero de 2015] <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho-Informatico/200302-1355131211033420.html>.

Finalmente el artículo 10 se refiere a los servicios de tarificación adicional⁵⁹⁸, al señalar que *“Cuando se haya atribuido un rango de numeración telefónica a servicios de tarificación adicional en el que se permita el acceso a servicios de la sociedad de la información y se requiera su utilización por parte del prestador de servicios, esta utilización y la descarga de programas informáticos que efectúen funciones de marcación, deberán realizarse con el consentimiento previo, informado y expreso del usuario A tal efecto, el prestador del servicio deberá proporcionar al menos la siguiente información:*

- Las características del servicio que se va a proporcionar.*
- Las funciones que efectuarán los programas informáticos que se descarguen, incluyendo el número telefónico que se marcará.*
- El procedimiento para dar fin a la conexión de tarificación adicional, incluyendo una explicación del momento concreto en que se producirá dicho fin, y*
- El procedimiento necesario para restablecer el número de conexión previo a la conexión de tarificación adicional.*

La información anterior deberá estar disponible de manera claramente visible e identificable. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo establecido en la normativa de telecomunicaciones, en especial, en relación con los requisitos aplicables para el acceso por parte de los usuarios a los rangos de numeración telefónica, en su caso, atribuidos a los servicios de tarificación adicional.

Como señala Arias Pou (2006), *“podemos resumir esta obligación general de información como una garantía para los destinatarios de servicios y una forma de contrarrestar la «desconfianza o inseguridad» que Internet representa, al faltar un*

⁵⁹⁸ Sobre los servicios de tarificación adicional y su regulación podemos consultar la tesis doctoral *“los servicios telefónicos de tarificación adicional (prefijos 803/806/807/907)”* de Jesús Checa Bravo, dirigida por D. Carlos Lasarte Álvarez, en 2011. Departamento de Derecho Civil Facultad de Derecho UNED.

*contacto físico entre el prestador del servicio y su destinatario*⁵⁹⁹.

Por su parte, la Directiva de comercio electrónico señala, en su artículo 9 referido al tratamiento de los contratos por vía electrónica, que *“Los Estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los Estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica”*.

A su vez, en 2011 se aprueba la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, que constituye la primera Directiva de carácter horizontal, en la medida en que se aplica a todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, sin perjuicio de que contenga disposiciones que sólo afectan a determinados contratos (contratos a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento). Esta Directiva, cuyo objeto es reforzar la protección de los consumidores y otorgar una mayor seguridad jurídica, eliminando las disparidades que existen en la actualidad en las distintas legislaciones de los Estados miembros de la UE, modificó la regulación de los contratos a distancia, respecto de la información precontractual, completando los requisitos de información vigentes, incluyendo una serie de datos sobre los que el prestador de servicios deberá informar a los usuarios⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ Arias Pou, M., (2006) Manual Práctico de Comercio Electrónico, cit. p. 101.

⁶⁰⁰ Como señala Marín López, M.J., (2012) *La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros*, Revista Cesco de Derecho del Consumo, nº 1, p. 8, *“la Directiva se aplica, en principio, a todos los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor (art. 3.1). Pero el art. 3.3 contiene una extensa enumeración de contratos que están excluidos del ámbito de aplicación. Dentro de los que están incluidos, no todos los preceptos de la Directiva se aplican a todos los contratos con consumidores... el Capítulo III sólo entra en juego para los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento, mientras que los demás Capítulos se aplican a todos los contratos con consumidores. En cualquier caso, en el*

En efecto, las directivas referentes a la protección de los consumidores tenían unas medidas de armonización mínima, por lo que los Estados miembros podían establecer mayores niveles de protección. Respetando esos mínimos, los Estados establecían normativas que ofrecían un tratamiento distinto a la protección del consumidor, causando una fragmentación en la normativa, lo que limitaba las transacciones económicas entre los distintos Estados. La Directiva 2011/83/UE, adopta un enfoque de armonización plena, de tal forma que los Estados miembros no podrán adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva⁶⁰¹, como señala en su artículo 4⁶⁰².

En cuanto a la obligación de información, la Directiva 2011 establece la obligación de informar, de manera clara y legible, y a más tardar al inicio del procedimiento de compra, sobre las modalidades de pago, incluso las disposiciones por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor, prohibiendo el cobro de cargos que excedan el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios de pago; amplía el plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento

Capítulo IV existe una nueva distinción, pues todos sus preceptos se aplican al contrato de venta, mientras que al contrato de servicios sólo les resulta de aplicación los arts. 19, 21 y 22”.

⁶⁰¹ En ese sentido, la Directiva en su Exposición de motivos explica que “una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un único marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos, que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. Como consecuencia de dicha armonización, deben desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Esos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión”.

⁶⁰² Artículo 4. Nivel de armonización. Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva.

de 7 días hábiles a 14 días naturales, previendo que si no se facilita dicha información al consumidor, el plazo se amplía automáticamente hasta 12 meses, facilitando un modelo para el ejercicio del derecho de desistimiento, contenido en la propia Directiva. Además, establece la necesidad de confirmación expresa, por parte del usuario, de que es consciente de que dicho pedido implica, en su caso, una obligación de pago, así como la obligación de entrega de los bienes en el plazo o el establecimiento de un plazo adicional de entrega que, en caso de incumplirlo, facultará al usuario a resolver el contrato.

Una vez señaladas las obligaciones generales de todos los prestadores de servicios, nos vamos a referir a las obligaciones específicas de la contratación electrónica, pues, además de las obligaciones comunes a todo prestador de servicios de facilitar la información sobre sí mismo, los prestadores de servicios que realizan contratación electrónica deben cumplir con una serie de obligaciones previas al proceso de contratación y otras obligaciones posteriores a dicho proceso.

5.2. Obligaciones específicas de los prestadores de servicios que realizan contratación electrónica

5.2.1. Obligaciones previas al proceso de contratación

En general, en materia de contratación, ya sea electrónica o no, se quiere que la voluntad del contratante se forme de una manera libre y consciente, es decir, con pleno conocimiento, no solo del alcance de su posterior declaración de voluntad, sino sobre todo con un exacto conocimiento del contenido de la prestación contratada. La obligación de informar al consumidor previamente a la celebración del contrato, persigue ofrecerle los datos necesarios para que pueda otorgar un consentimiento debidamente formado, como consecuencia de la correcta y completa información sobre el bien o servicio que está interesado en contratar⁶⁰³.

⁶⁰³ Como señala Arias Pou, en el ámbito de la contratación electrónica, el deber de información previa se concreta en dos obligaciones básicas que derivan de la LSSICE, y que son, de un lado, la obligación general de todo prestador de servicios de la sociedad de la información de prestar la

La primera obligación derivada de la contratación electrónica se encuentra recogida en el artículo 27, que dispone que *“Además del cumplimiento de los requisitos en materia de información que se establecen en la normativa vigente, el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tendrá la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos:*

- Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato.*
- Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible.*
- Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y*
- La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.*

La obligación de poner a disposición del destinatario la información referida en el párrafo anterior se dará por cumplida si el prestador la incluye en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas en dicho párrafo.

Cuando el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica, para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, se entenderá cumplida la obligación establecida en este apartado cuando facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario.

información que exige el art. 10 de la Ley, sea éste prestador de servicios de intermediación y ofrezca o no posibilidades de contratación electrónica, y, de otro lado, el deber de información previa que, recogido en el art. 27 de la LSSICE, se establece como una obligación derivada de la contratación electrónica y que por tanto deberán cumplir todos aquellos que ofrezcan posibilidades de contratación por medios electrónicos. Arias Pou, M., *Deber de información previa en la contratación electrónica por Internet (I)*, Diario La Ley, nº 6688, Sección Doctrina, 9 Abr. 2007, Año XXVIII, Ref. D-85, Editorial La Ley, p. 3.

Es decir, el prestador de servicios deberá ofrecer dicha información al consumidor, facilitando que éste contrate los bienes y servicios que él ofrece, sin demasiadas complicaciones que pondrían en peligro dicha contratación. Esta obligación de información previa viene recogida también en la Directiva de Comercio electrónico, en su artículo 10⁶⁰⁴.

La información previa hace referencia a varias cuestiones. En primer lugar, se refiere a los trámites para celebrar el contrato, es decir señalar los distintos pasos que debe dar el consumidor para realizar el pedido del bien o la prestación del servicio para culminar su proceso de contratación. En segundo lugar, debe informar sobre si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si

⁶⁰⁴ La Directiva 2000/31 de Comercio electrónico señala, en su artículo 10,

1. Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así los acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido:

a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato;

b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible;

c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido;

d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato.

2. Los Estados miembros garantizarán que, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, el prestador de servicios indique los códigos de conducta correspondientes a los que se acoja y facilite información sobre la manera de consultar electrónicamente dichos códigos.

3. Las condiciones generales de los contratos facilitadas al destinatario deben estar disponibles de tal manera que éste pueda almacenarlas y reproducirlas.

4. Los apartados 1 y 2 no son aplicables a los contratos celebrados exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otra comunicación individual equivalente.

éste va a ser accesible, es decir, el documento electrónico, en caso de generarse, debe quedar a disposición del consumidor. También exige este artículo, que se pongan a disposición de los usuarios los medios técnicos para identificar y corregir errores en la introducción de los datos⁶⁰⁵.

De esta forma, el prestador de servicios está obligado a poner todos los medios técnicos, para que cualquier error u omisión pueda ser subsanado y no impida la perfección del contrato. También deberá solucionar los problemas técnicos que se puedan producir durante el proceso de contratación⁶⁰⁶. Finalmente, la Ley hace referencia a la obligación de informar sobre la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato, cuando exista la posibilidad de formalizar el contrato en varias lenguas. Esta obligación refuerza la confianza del consumidor, que puede conocer, antes de concluir el proceso de contratación, la lengua en la que puede realizar este proceso.

Toda la información a que se refiere este artículo ha de prestarse *de forma clara, comprensible e inequívoca*, para que el consumidor acceda a la misma sin dificultad y conozca, sin lugar a dudas, los extremos del negocio jurídico que pretende concluir. Además, la información deberá ofrecerse, antes de iniciar el procedimiento de contratación, para que el consumidor sepa los pasos a dar, elija la lengua en la que quiere contratar, sepa si se va a archivar el documento electrónico, y para que pueda subsanar los posibles errores y concluir con satisfacción el negocio jurídico.

Estas obligaciones tienen unas excepciones contempladas en el párrafo 2º del artículo 27 , al señalar que: *“El prestador no tendrá la obligación de facilitar la*

⁶⁰⁵ Un interesante estudio sobre el deber general de información precontractual lo podemos encontrar en Jiménez Muñoz, F.J., (2013) Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 738, pp. 2253 a 2328.

⁶⁰⁶ Por ejemplo, si se produce un corte de luz cuando se ha efectuado un pedido y el consumidor no tiene claro si ha efectuado su pedido.

información señalada en el apartado anterior cuando:

- *Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o*
- *El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente”.*

La primera excepción es lógica, pues el consumidor se encuentra en situación de inferioridad frente al empresario, por lo que la exigencia sólo opera cuando se contrata con un consumidor. En el segundo caso, se entiende que ha habido intercambio de información a través del correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente, hasta que el consumidor ha quedado satisfecho con la misma y ha aceptado la oferta⁶⁰⁷.

Respecto a la remisión del legislador a otro medio de comunicación electrónica equivalente, hay que tener en cuenta la evolución de las nuevas tecnologías, lo que hace pensar que el legislador no establece una lista de dichos medios, sino que hace un referencia a cualquier medio de comunicación electrónica, tanto presente como aquellos medios que puedan desarrollarse en el futuro.

Además, si la contratación se realiza utilizando condiciones generales de la contratación, deberán observarse las reglas que rigen la incorporación de estas cláusulas en un contrato. En este sentido, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación tiene como objetivo *“la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual”*⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ Arias Pou, M., (2006) *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit. p. 109.

⁶⁰⁸ Como establece el artículo 1 de esta Ley, *“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con*

Las Condiciones Generales de la Contratación deben ser redactadas de forma clara y sencilla para que el consumidor sepa, en todo momento, cuáles son estas condiciones y que éstas no son abusivas⁶⁰⁹.

En el caso de la contratación electrónica, el prestador de servicios será quien redacte estos contratos con condiciones generales y quien deberá cumplir con estos requisitos exigidos por la Ley⁶¹⁰, ya que es en el entorno electrónico donde se

independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos". Por tanto, estaremos ante Condiciones Generales de la Contratación cuando estemos ante cláusulas contractuales impuestas por una de las partes contratantes, que hayan sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, que forme parte del contrato en el que estén incluidas y que sean conocidas por la otra parte contratante.

⁶⁰⁹ El artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, señala que "*En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:*

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Según el artículo 82, una clausula contractual se considera abusiva cuando, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales.

⁶¹⁰ En palabras de García Mas, F. J., (2005) "*El medio electrónico requiere unas especificaciones de*

acentúa la necesidad de proteger a la parte más débil de la relación contractual, que es el consumidor, garantizando su derecho a conocer dichas condiciones generales.

5.2.2. Obligaciones posteriores al proceso de contratación

El artículo 28 de la LSSICE, recoge un deber de información posterior a la celebración del contrato⁶¹¹, que consiste en que el oferente debe confirmar la

protección, ya que en la contratación por vía electrónica, al no haber presencia física de las partes, y en muchos casos al tratarse de una contratación muy rápida, que deja poco tiempo para reflexionar y pensar, es necesario que al menos unos requisitos básicos sean necesarios para que el contratante pueda mínimamente saber dónde se encuentra y si el medio es adecuado, así como todas las posibilidades técnicas que puedan facilitar esta contratación y sobre todo poder rectificar determinados errores, que por la rapidez del medio se pueden cometer con gran facilidad”, en Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. Especial consideración de la contratación electrónica. Revista Jurídica del Notariado nº 55, pp. 100-101.

⁶¹¹ *El artículo 28 dispone que: El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo por alguno de los siguientes medios:*

a) El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o

b) La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

En los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario.

2. Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo

recepción de la aceptación al que la hizo, por alguno de los medios señalados en dicho artículo.

Ya hemos dicho que, en la contratación electrónica, el consumidor necesita una garantía suficiente de la existencia de la relación contractual, de ahí que la Ley exija la confirmación por el prestador de servicios de haber recibido la aceptación del usuario a la oferta que le ha realizado. En este sentido, la Ley plantea dos formas posibles de cumplir esta obligación de información posterior. Por una parte, lo puede hacer a través de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica, equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación.

Como señala Arias Pou (2006), *“esto supone una confirmación por escrito de que se ha recibido la respuesta afirmativa a la oferta realizada y de la perfección del contrato, pudiendo el usuario empezar a contar el plazo de entrega del bien o de la prestación del servicio contratado”*⁶¹². El prestador de servicios puede cumplir con la obligación de información posterior, confirmando la aceptación recibida, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, siempre que dicha confirmación pueda ser archivada por su destinatario.

Por otra parte, la Ley también prevé que *“en los casos en que la obligación de confirmación corresponda a un destinatario de servicios, el prestador facilitará el*

electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones.

3. No será necesario confirmar la recepción de la aceptación de una oferta cuando:

- a) Ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o
- b) El contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente, cuando estos medios no sean empleados con el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación”.

⁶¹² Arias Pou, M., (2006) *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit. p. 114.

cumplimiento de dicha obligación, poniendo a disposición del destinatario alguno de los medios indicados en este apartado. Esta obligación será exigible tanto si la confirmación debiera dirigirse al propio prestador o a otro destinatario”.

En estas obligaciones posteriores al proceso de contratación, al igual que cuando se refiere a las exigencias de información previa a la contratación, la Ley contempla, en el artículo 28, dos excepciones a la exigencia de enviar un acuse de recibo o la confirmación de la aceptación, “*cuando ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente*”, aclarando que se contemplarán estas excepciones siempre que no exista el exclusivo propósito de eludir el cumplimiento de tal obligación⁶¹³. Lo que pretende la Ley es proteger a la parte más débil del contrato y para ello había que dar fiabilidad a los contratos celebrados por esta vía otorgando un nivel de seguridad suficiente a los consumidores⁶¹⁴.

Respecto a las obligaciones particulares de los prestadores de servicios de intermediación, que son aquellos por los que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información, en el artículo 11 de la Ley, se establece el deber de colaboración de estos prestadores de servicios de intermediación⁶¹⁵, para impedir que determinados servicios o contenidos

⁶¹³ García Más, F. J., (2005), *Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. Especial consideración de la contratación electrónica*. Revista Jurídica del Notariado nº 55, p. 101, señala que, en el caso del correo electrónico, “*esta contratación no es tan compulsiva; ...existe un dialogo contractual más reflexivo, menos inmediato, que deja tiempo para la reflexión de la oferta y, en su caso, de la aceptación, a diferencia de lo que ocurre con los procesos automáticos de contratación, o mediante máquinas*”.

⁶¹⁴ Paz Ares, C., (2000) “El comercio electrónico: una breve reflexión de política legislativa”, en *Derecho de Internet*, coordinación Mateu de Ros, R y Cendoya Méndez de Vigo, J. M., Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 88.

⁶¹⁵ Artículo 11. 1. *Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias*

que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

2. Si para garantizar la efectividad de la resolución que acuerde la interrupción de la prestación de un servicio o la retirada de contenidos procedentes de un prestador establecido en un Estado no perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo, el órgano competente estimara necesario impedir el acceso desde España a los mismos, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores de servicios de intermediación que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente.

3. En la adopción y cumplimiento de las medidas a que se refieren los apartados anteriores, se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados. En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de forma excluyente para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo. En particular, la autorización del secuestro de páginas de Internet o de su restricción cuando ésta afecte a los derechos y libertades de expresión e información y demás amparados en los términos establecidos en el artículo 20 de la Constitución solo podrá ser decidida por los órganos jurisdiccionales competentes.

4. Las medidas a que hace referencia este artículo serán objetivas, proporcionadas y no discriminatorias, y se adoptarán de forma cautelar o en ejecución de las resoluciones que se dicten, conforme a los procedimientos administrativos legalmente establecidos o a los previstos en la legislación procesal que corresponda.

El artículo 12 que se refería al deber de retención de datos ha sido derogado Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

ilícitos se sigan divulgando, imponiéndoles una obligación de colaboración. Además, en el artículo 12 bis, se señalan las obligaciones de información sobre seguridad cuando señala que *“los proveedores de servicios de intermediación que realicen actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a Internet, estarán obligados a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espías, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados”*.

Asimismo, sigue exigiendo la Ley, que estos prestadores de servicios de intermediación, informen a sus clientes sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de sus servicios, informándoles sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia, así como sobre las responsabilidades en que pueden incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial⁶¹⁶.

⁶¹⁶ Artículo 13.1. Los proveedores de servicios de intermediación establecidos en España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley que realicen actividades consistentes en la prestación de servicios de acceso a Internet, estarán obligados a informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita, sobre los diferentes medios de carácter técnico que aumenten los niveles de la seguridad de la información y permitan, entre otros, la protección frente a virus informáticos y programas espía, y la restricción de los correos electrónicos no solicitados.

2. Los proveedores de servicios de acceso a Internet y los prestadores de servicios de correo electrónico o de servicios similares deberán informar a sus clientes de forma permanente, fácil, directa y gratuita sobre las medidas de seguridad que apliquen en la provisión de los mencionados servicios.

3. Igualmente, los proveedores de servicios referidos en el apartado 1 informarán sobre las herramientas existentes para el filtrado y restricción del acceso a determinados contenidos y servicios en Internet no deseados o que puedan resultar nocivos para la juventud y la infancia.

En los artículos 13 y siguientes, se señala el régimen de responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información. Dicho artículo recoge el régimen general en materia de responsabilidad de estos prestadores de servicios, a los que se aplicarán las normas generales sobre responsabilidad civil, penal o administrativa, además de las normas particulares que se establezcan en la LSSICE.

Además de las obligaciones de información, la Ley impone a los operadores, obligaciones de protección, con el fin de garantizar la seguridad del comercio electrónico y proteger la intimidad de los usuarios de la red⁶¹⁷. Así, De Miguel Asensio opina que: *“La adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores, equivalente al que opera en las transacciones tradicionales..., es indispensable para generar la confianza de los consumidores en*

4. Los proveedores de servicios mencionados en el apartado 1 facilitarán información a sus clientes acerca de las posibles responsabilidades en que puedan incurrir por el uso de Internet con fines ilícitos, en particular, para la comisión de ilícitos penales y por la vulneración de la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial.

5. Las obligaciones de información referidas en los apartados anteriores se darán por cumplidas si el correspondiente proveedor incluye la información exigida en su página o sitio principal de Internet en la forma establecida en los mencionados apartados.

⁶¹⁷ El debate sobre la responsabilidad de los operadores de la Red en la Directiva de comercio electrónico y en el Proyecto de la LSSICE ha generado abundante literatura. Así, entre otros, Gómez Segade, J.A., (1999) *El derecho de autor en el entorno digital*, Revista general de legislación y jurisprudencia, nº 3, pp. 309 y ss; Díaz Fraile, J.M., (2001) *Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley española de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración*. Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 663, pp. 81 y ss; Jordano Fraga, F., (1987) *La responsabilidad contractual*. Madrid, pp. 141 y ss; Izquierdo Tolsada, M., (2001) *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 94 y ss; Vattier Fuenzalida, C., (2002) “Responsabilidad en el comercio electrónico” en *Régimen jurídico de Internet*, Editorial La Ley, Madrid, p. 1178.

*el nuevo medio*⁶¹⁸”.

En definitiva, cuando nos situamos en el campo del comercio electrónico, la protección al consumidor comprende todas las normas que regulan las relaciones de consumo, que nacen en la cadena de comercialización de bienes y servicios, es decir, en las siguientes áreas: manejo de datos personales, los defectos de calidad en los productos, los problemas en la prestación de un servicio, el incumplimiento de garantías, la información engañosa, el incumplimiento de los incentivos ofrecidos, los problemas del precio del producto o un servicio y la financiación de los mismos, etc.

⁶¹⁸ De Miguel Asensio, P. A., (2001) Derecho Privado de Internet, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid, p. 325.

CAPÍTULO IV

FORMALIDADES DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

1. Contratación electrónica ordinaria

En la actualidad, un tema de importancia capital es la incidencia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el derecho privado y concretamente en el campo de la contratación y las nuevas formas del negocio jurídico, así como la protección de los consumidores en Internet, pues a pesar de tener soporte en las instituciones tradicionales, requieren nuevas formas de interpretación⁶¹⁹.

Como ya hemos señalado, la celebración de contratos por medios electrónicos, se está convirtiendo en una práctica habitual en nuestro país, pero nos seguimos planteando si existe certeza sobre la seguridad de las redes electrónicas y, por tanto, si existe certeza sobre la manifestación de la voluntad en Internet. La mayoría de las legislaciones admiten la validez y eficacia de los contratos realizados por medios electrónicos. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, regula la validez y formación de los contratos electrónicos, en su artículo 11 cuando señala: *“En la formación del contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos”*.

Uno de los principios jurídicos más asentados en nuestro ordenamiento jurídico, es el principio espiritualista de libertad de forma. Conforme a dicho principio, las partes son libres para escoger el vehículo mediante el cual exteriorizarán su declaración de voluntad. Este principio, no supone la ausencia de forma en el contrato, sino la libertad de las partes para elegir la forma que crean más conveniente. En nuestro país, de acuerdo al principio de libertad de forma, recogido en el artículo 1278 del

⁶¹⁹ Rincón Cárdenas, E., (2004) Últimos retos para el derecho privado: las nuevas tecnologías de la información, Estudio Socio-Jurídico de Bogotá (Colombia), 6 (2): 430-500, julio-diciembre.

Código civil y 51 del Código de Comercio, los contratos serán válidos y producirán obligación y acción en juicio *cualquiera que sea su forma*, cuando concurren las condiciones esenciales para su validez. De ahí que las partes puedan acordar el uso de una determinada forma para la exteriorización de su voluntad⁶²⁰.

En este sentido, la LSSICE en su artículo 23.1 que dice que *“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... Los contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se registrarán por su legislación específica”*.

Por tanto, en cuanto a la exigencia formal de la contratación electrónica, rige, de entrada, el tradicional principio de libertad de forma, sin que sea necesario un previo acuerdo entre las partes sobre la utilización de medios electrónicos, *“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”* (artículo 23). Este artículo abre la puerta a la plena validez de la contratación electrónica, aún cuando no exista previo acuerdo entre las partes sobre la utilización de medios electrónicos.

En los casos en los que se exige la forma escrita con carácter ad solemnitatem, es decir, cuando la ley impone para su validez, o para la producción de determinados efectos, la formalización documental por medio de escritura pública, o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores o autoridades públicas, se

⁶²⁰ En este sentido ver Gómez-Salvago Sánchez, C. (1999) *La forma voluntaria del contrato*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, p. 15 quien señala que el pacto de forma es un convenio formado por la declaración concordante de las partes de querer vincularse contractualmente con y desde la utilización del signo formal elegido. Por ello su incumplimiento no acarrea la nulidad del negocio, salvo en los casos en que el legislador así lo determine.

establece que se aplicarán las normas específicas (artículo 23.4). En todo caso, siguiendo al Derecho europeo, el artículo hace una excepción respecto al Derecho de familia y de sucesiones⁶²¹.

Como ya hemos señalado, los contratos electrónicos deben reunir todos los requisitos de existencia y validez de toda declaración de voluntad. Autenticidad e integridad, son los efectos jurídicos que los documentos electrónicos deben proporcionar, para situarse en pie de igualdad con los documentos en papel, a los que hay que añadir la autoría, es decir, la presunción de que un documento firmado se supone celebrado por su firmante⁶²². En este sentido, el Tribunal Supremo en STS de 30 de noviembre de 1981, ha señalado: *“si bien es cierto que tradicionalmente el concepto del documento se ha venido identificando con el de escrito, o sea, como un objeto o instrumento en el que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes de lenguaje..., ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición (ser escritos), puedan hacer prueba fidedigna como aquellos y que, por analogía, pueden equipararse a los mismos”*.

Ahora bien, la LSSICE establece unas particularidades en el uso de este tipo de contratos, estableciendo unas exigencias de información previa, así como la confirmación documental del acuerdo y regulando el derecho al desistimiento del contrato por parte del consumidor.

Dado que existe en la contratación electrónica con consumidores un desequilibrio de fuerzas entre los empresarios y los consumidores, la información se transformó en uno de los mecanismos fundamentales para evitar dicha desigualdad. Por esa razón, el Ordenamiento Jurídico español consagra la información como principio ordenador de su normativa, al disponer en el artículo 51 de la Constitución que: *“Los poderes*

⁶²¹ Palacios González, D., *Derecho de los consumidores y usuarios*, cit. p. 912

⁶²² Perales Viscasillas, M. P., (2001) *La forma del contrato*, en Comercio electrónico y protección de los consumidores. (Coordinación Gema Botana García). Editorial la Ley, p. 375 y ss.

públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca". En el mismo sentido, Botana (2014) señala que *"La protección del consumidor se basa en la desigualdad entre las partes proveniente de la mayor competencia y pericia del empresario"*⁶²³.

En cuanto a la exigencia de información, el artículo 27 de la LSSICE establece una serie de obligaciones, referidas a la obligación de información previa al consumidor. De esta forma, va a exigir que el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica *ponga a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los siguientes extremos: a) Los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato. b) Si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible. c) Los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y d) La lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato.*

Respecto a la confirmación documental, el artículo 28 de la LSSICE dispone al obligación del oferente de confirmar la recepción de la aceptación, *"El oferente está obligado a confirmar la recepción de la aceptación al que la hizo, por alguno de los siguientes medios:*

- El envío de un acuse de recibo por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente a la dirección que el aceptante haya señalado, en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la aceptación, o*
- La confirmación, por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de*

⁶²³ Botana García, G., (2014) *Dossier sobre contratos electrónicos*, Actualidad Civil, 14 Feb. 2014, Editorial La Ley, p. 5.

contratación, de la aceptación recibida, tan pronto como el aceptante haya completado dicho procedimiento, siempre que la confirmación pueda ser archivada por su destinatario”.

Y el párrafo 2º, señala que *“Se entenderá que se ha recibido la aceptación y su confirmación, cuando las partes a que se dirijan puedan tener constancia de ello. En el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener la referida constancia, desde que aquél 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”.* Por lo que podemos entender, que habrá constancia documental, cuando se de ese intercambio automático de mensajes como confirmación. En efecto, la confirmación documental o por escrito, aunque solamente sea una formalidad que sirve de prueba del contrato y no un requisito solemne del mismo, es una garantía para el consumidor, puesto que acredita tanto la celebración del contrato, como el contenido del mismo.

Además, el artículo 98 de la LGDCU señala que *“En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible”.*

Añade el párrafo 6º de este artículo que *“En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado, una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el*

envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms”.

Finalmente, hay que señalar que los contratos electrónicos celebrados sin firma electrónica, que son la mayoría de los que se celebran, son perfectamente válidos, aunque no estén firmados, siempre que el consentimiento se haya prestado válidamente, manifestando el consumidor la aceptación pinchando en el icono correspondiente, mediante palabras u otros actos similares que indiquen de forma clara la aceptación. Por tanto, no cabe duda de la existencia del contrato celebrado en Internet y de que genera obligaciones para las partes, con independencia de que la manifestación del consentimiento se realice mediante firma electrónica o no.

2. Contratación con firma electrónica

La falta de confianza de los consumidores en el desarrollo del comercio electrónico es una máxima en el entorno on line. Esta falta de confianza, como se ha señalado, deriva de muchas y variadas causas, entre las que destacan la falta de presencia física de las partes, la inseguridad del pago por medios electrónicos y la incertidumbre sobre la fiabilidad del titular de la página web.

Ahora bien, el comercio electrónico es un fenómeno imparable, que se desarrolla cada día y ofrece nuevas perspectivas tanto para los empresarios, que ven cómo aumenta el volumen de negocios y disminuyen los costes, como para los consumidores, que satisfacen sus expectativas disfrutando de las ventajas que ofrece la compraventa de bienes y servicios por Internet.

El desarrollo de la sociedad de la información, exige la confianza de los que intervienen en ella, en especial de los consumidores. De ahí, que tanto el legislador como los prestadores de servicios, estén poniendo al alcance de consumidores y usuarios una serie de medios para favorecer la confianza en el comercio electrónico.

En este sentido, la Exposición de motivos de la ley de firma electrónica⁶²⁴ señala: *“El desarrollo de la sociedad de la información y la difusión de los efectos positivos que de ella se derivan, exige la generalización de la confianza de la ciudadanía en las comunicaciones telemáticas. No obstante, los datos más recientes señalan que aún existe desconfianza por parte de los intervinientes en las transacciones telemáticas y, en general, en las comunicaciones que las nuevas tecnologías permiten a la hora de transmitir información, constituyendo esta falta de confianza un freno para el desarrollo de la sociedad de la información, en particular, la Administración y el comercio electrónicos”*.

Así se presenta la firma electrónica como respuesta a la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por Internet⁶²⁵. Pues, en efecto, el desarrollo del comercio electrónico genera ciertas inseguridades que es necesario evitar; de ahí que, desde el punto de vista jurídico, se deba asegurar que el mensaje proviene de la persona que lo envía, es decir de su verdadero autor y que el contenido no ha sido manipulado o alterado en el camino⁶²⁶.

Como sigue diciendo la Exposición de motivos: *“La firma electrónica constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones, ofreciendo las bases para evitar el repudio, si se adoptan las medidas oportunas basándose en fechas electrónicas”*⁶²⁷.

⁶²⁴ Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

⁶²⁵ Arias Pou, M. (2006) *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit. p. 386.

⁶²⁶ Martínez Nadal, A. *Firma electrónica*, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Gema Botana García (coordinación). Editorial La Ley Madrid, p. 159, quien realiza un estudio muy interesante sobre los dispositivos de firma electrónica.

⁶²⁷ La firma digital está basada en un modelo matemático, creado por creado por matemáticos de la Universidad de Stanford y del MIT (RSA, las siglas de los creadores de este método: Rivest, Shamir, Adelman), quienes, utilizando fórmulas matemáticas que se dan en clave y que se conocen como

En efecto, la firma electrónica, se desarrolla por medios electrónicos y se convierte en una manifestación de la voluntad del firmante respecto del contenido que figura en el documento al que va incorporada la firma⁶²⁸.

En este sentido, hay que recordar que la forma del contrato y la prueba de su existencia, son materias fundamentales para el normal cumplimiento del contrato. El formalismo en la contratación electrónica comienza con la Directiva 577/85, de 20 de diciembre, sobre los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales

criptografía de llave pública, solucionaron los problemas de confidencialidad y autenticidad de la información digital. La firma digital prueba que el firmante ha utilizado la llave privada, pero no el acto personal del firmado, de ahí que se haya dado un paso más, creando el certificado digital, consistente en un documento firmado digitalmente por una persona o entidad denominada Autoridad Certificadora, que establece una liga entre un sujeto y su llave pública (encriptación de llave pública y desencriptación con la llave privada).

Además de la firma electrónica, existen otros medios para garantizar la confianza y credibilidad en las transacciones electrónicas, como por ejemplo, los protocolos de seguridad SSL y SET, que permiten encriptar los datos personales que viajan por la red, de forma que sólo puede ser interpretada por el sistema del cliente y el del servidor, evitando un acceso no autorizado.

El más empleado es el SSL (Secure Sockets Layer), cuyo uso principal es cifrar el número de las tarjetas de crédito al realizar cualquier transacción online y proporciona un canal electrónico seguro, para realizar transacciones entre los servidores (banco, entidad emisora de la tarjeta y tienda online) y los navegadores a través del cual, cifrando los datos de compra, se pueden celebrar transacciones electrónicas con seguridad. El SET (Secure Electronic Transaction), es un conjunto de normas de seguridad, cuyo fin es asegurar la identidad de las personas que participan en una transacción electrónica, proteger la información que se envía y garantizar que esta no ha sido manipulada en este proceso. Para ello, emplea certificados digitales y software de encriptado que lo hacen más complejo de usar y por lo tanto más difícil de implantar que el SSL.

⁶²⁸ Arias Pou, M. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit., p. 387, señala que “para los documentos y contratos reflejados en soporte papel, la firma manuscrita implica la conformidad y asunción del compromiso del firmante, salvo que se pruebe lo contrario. Esto, trasladado al entorno electrónico, a los documentos electrónico, requiere de una firma también electrónico que refleje la conformidad y el compromiso del firmante”.

y continúa con varias Directivas⁶²⁹, todas ellas dirigidas a tomar medidas concretas para solucionar el problema de cómo eliminar barreras al reconocimiento legal de los contratos electrónicos, dentro del mercado único, sin olvidarse de la debida protección de los consumidores.

La forma, hace referencia al medio a través del cual se exterioriza la voluntad contractual para alcanzar plena eficacia jurídica, es decir, hace referencia a la prueba del contrato, pues es un medio para demostrar la existencia de voluntad contractual. El intercambio de los consentimientos deberá adoptar una forma, ya sea oral, escrita o electrónica, en orden a lograr la perfección del contrato, pero es indudable que la forma escrita genera confianza, de ahí los esfuerzos jurídicos que se han realizado para tratar de equiparar la forma escrita con la forma electrónica.

Por ello, el principal problema que puede plantear la prueba del documento privado, es el de otorgar la certeza de que las declaraciones de voluntad, expresadas por vía electrónica, se han efectuado por su titular⁶³⁰ y para solucionarlo se habrá de acudir

⁶²⁹ Como ejemplos, podemos citar las siguientes, Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo; la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁶³⁰ Son muy numerosas las iniciativas, a nivel nacional y comunitario destinadas a eliminar las trabas jurídicas al comercio electrónico. Desde la Ley modelo UNCITRAL sobre comercio electrónico de 1996 hasta el Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre, de firma electrónica o la Directiva 1999/93 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, (actualmente derogada por el Reglamento UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los

a la figura de la firma electrónica.

Para el estudio de la firma electrónica, hay que remitirse a las disposiciones que la regulan: la Ley 59/2003, de firma electrónica (en adelante LFE) y la Directiva 1999/93/CE (Directiva de firma electrónica). No obstante, hay que recordar, en base al principio de libertad de forma, que el soporte electrónico puede presentarse ante los Tribunales, incluso si no está firmado, pues la diferencia entre un documento firmado o no, está solamente en el distinto valor probatorio.

Como señala Rico (2004), *“tradicionalmente la exigencia de la forma escrita se vincula con una manifestación de voluntad, que se expresa a través del papel mediante una firma autógrafa, elemento que otorga autenticidad y confiere autoría al documento. Es común también identificar la noción de documento con la forma escrita. Estas concepciones hoy en día han sido superadas, a tal punto que se habla de otras categorías de documentos diferentes al tradicional «escrito»*⁶³¹.

Dentro de la firma electrónica, se distinguen varios tipos de firma, en función de la seguridad que aportan. Así, la Directiva de firma electrónica, en su artículo 2, distingue entre la *firma electrónica avanzada*, creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control, que está vinculada al firmante de forma única permitiendo su identificación y que está vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable; la *firma electrónica reconocida*, con las mismas características que la anterior

servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE) y la Directiva 2000/31 de comercio electrónico.

⁶³¹ Rico Carrillo, M., continúa diciendo que *la formulación de estos preceptos no es otra cosa que una expresión del denominado principio de equivalencia funcional reconocido por primera vez en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico donde se reconoce la idoneidad de los soportes electrónicos (los mensajes de datos y la firma electrónica) como un medio apto para expresar la voluntad de las partes y otorgar autoría al documento*, en La forma en la contratación electrónica. Derecho de los Negocios, Nº 172, Enero 2004, Editorial La Ley, p. 4.

A ello, la Directiva añade que deberá estar creada por un dispositivo seguro y basada en un certificado reconocido.

En cuanto a nuestro Derecho nacional, La LFE, en su artículo 3, distingue tres tipos de firma: la firma electrónica, la firma electrónica avanzada y la firma electrónica reconocida. La firma electrónica es definida en la LFE como el *“conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante”*; la firma electrónica avanzada es definida como *“la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control y, por último, la firma electrónica reconocida, a la que define como la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma”*⁶³². A lo que hay que añadir lo que señala el artículo 3.4, que reconoce que, en el caso de la contratación electrónica, la forma escrita tradicional es equiparable a la forma electrónica: *“La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel”*.

⁶³² Artículo 3.1. La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante.

2. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control.

3. Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

Por otra parte, la Ley Modelo de Firma electrónica UNCITRAL, define la firma electrónica en su artículo 2. a) como: *“los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos. Añade lo que entiende por firmante cuando lo define como la persona que posee los datos de creación de la firma y que actúa por cuenta propia o por cuenta de la persona a la que representa”*⁶³³.

Por tanto, podemos concretar que la firma electrónica, es cualquier método basado en medios electrónicos, que se utiliza para vincularse o autenticar un documento y que se equipara a la firma manuscrita⁶³⁴. Y en este sentido, cabe señalar, en primer

⁶³³ Como señala Arias Pou, *“Una firma electrónica será, según esta norma, simplemente cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos, utilizado o adaptado con la intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita”*, Arias Pou, M., *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit., p. 388. Un sistema de protección de los consumidores que se está instalando de forma plena es el DNI electrónico, regulado por el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica. A partir de la promulgación de la LFE el DNI produce nuevos efectos, como los de poder acreditar electrónicamente la identidad y demás datos personales del titular, la identidad del firmante y la integridad de los documentos firmados con los dispositivos de firma electrónica. Como señala el artículo 1.5, *“La firma electrónica realizada a través del Documento Nacional de Identidad, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita, en relación con los consignados en papel”*.

⁶³⁴ Como señala García Más, F.J., (2005) *La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre*. Actualidad Civil, nº 17, Editorial La Ley, p. 2064: *“Se trata de una definición amplia, que puede englobar a todo el conjunto de firmas electrónicas, desde la denominada firma numérica o digital, hasta las firmas basadas en sistemas biométricos como el iris, la propia palma de la mano, la huella dactilar, etc. La utilización en la Ley del medio de identificación del firmante, que por supuesto también se predica de la avanzada y de la reconocida, ha sido discutida por mí en otros momentos, y por otros autores, ya que lo que puede determinar sobre todo la reconocida, es que esa firma está vinculada o pertenece a un titular, pero no que efectivamente haya sido utilizada por el propio titular”*.

lugar, que la firma electrónica avanzada permite identificar al firmante, porque está vinculada a él de manera única y ha sido creada por medios controlados por el propio firmante y permite detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados y, en segundo lugar, que la firma electrónica reconocida es la firma avanzada, basada en un certificado reconocido⁶³⁵ y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma⁶³⁶.

En cualquier caso, la LSSICE prevé la intervención de terceros de confianza, para facilitar la prueba del contrato electrónico. Y así lo señala en su artículo 25, cuando dice que *“Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad, que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública”*. Además, señala, en su párrafo 2º que *“el tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes, por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años”*.

En definitiva, en palabras de Arias Pou (2006) *“la firma electrónica debe garantizar la seguridad de las comunicaciones por medios electrónicos. De esto modo, mediante una firma electrónica avanzada y también una firma electrónico reconocida, garantizamos: la identidad de los firmantes, que el firmante es quien dice ser; la*

⁶³⁵ La Exposición de Motivos de la LFE, en su apartado segundo, define los certificados electrónicos como *“documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario, con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante”* y distingue dos tipos de certificado electrónicos en función de las clases de firma: el certificado electrónico y el certificado electrónico reconocido, que va asociado a la firma electrónica reconocida. Asimismo, el artículo 11 de la LFE define los certificados reconocidos como *“los certificados electrónicos expedidos por un prestador de servicios de certificación, que cumpla los requisitos establecidos en la ley en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten”*.

integridad del contenido del documento firmado electrónicamente, se garantiza que el documento es el mismo que fue enviado y que no ha sufrido alteraciones en su recorrido por la Red; la integridad supone que el documento no ha sido cambiado desde su origen; la confidencialidad del mismo, porque solo puede ser conocido por el destinatario y por el remitente y el no repudio o la imposibilidad de que los firmantes nieguen que firmaron lo que firmaron, se garantiza así «la efectividad de la comunicación, excluyendo la posibilidad de que las partes puedan negar haber recibido o enviado el documento suscrito con firma electrónico reconocida»⁶³⁷.

Por tanto, la firma electrónica es una garantía de la seguridad de las transacciones económicas realizadas entre empresarios y consumidores y, como ya hemos señalado, la eficacia de la misma tendrá mayor o menor fuerza dependiendo del tipo de firma. En el caso de la firma electrónica reconocida, la Ley, en su artículo 3.4, la equipara a la firma manuscrita; en el caso de las otras dos formas, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, la Ley señala, en su artículo 3.9 que: “no se negarán efectos jurídicos, a una firma electrónica que no reúna los requisitos de firma electrónico reconocida, en relación a los datos a los que esté asociada, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”. Es decir, nuestra LFE reconoce efectos jurídicos a todas las firmas electrónicas, estableciendo la equivalencia funcional de la firma electrónica reconocida con la firma manuscrita.

⁶³⁷ Arias Pou, M. *Manual Práctico de Comercio Electrónico*, cit., p. 388; En este sentido, Martínez Nadal, A., (2001) *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, Madrid, Editorial La Ley, pp. 159 y ss, señala que: “... con las tres primeras exigencias (identidad del signatario, creación por medios bajo su exclusivo control y vinculación única al mismo) lo que se pretende es garantizar la autenticidad del autor y evitar el rechazo en origen de los mensajes electrónico (es decir, que sea posible determinar su autoría y que el autor no puede negarla); y que con el último requisito (vinculación a los datos que permite detectar cualquier alteración ulterior) se pretende salvaguardar la integridad de los documentos electrónico”.

CAPÍTULO V

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Principios generales de protección de los consumidores

La protección del consumidor constituye uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado y por ello los poderes públicos deberán tenerlo en cuenta a la hora de elaborar, interpretar y aplicar las leyes. La Constitución española, en su artículo 51.1, establece: *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”*.

Además, la protección de los consumidores forma parte de la política del Tratado de la Comunidad Europea, en cuyo artículo 153 señala que *“Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”*. Este Tratado mejora la regulación existente, diferenciando varios supuestos, en los que el Consejo puede adoptar medidas para la protección de los consumidores:

- medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;
- medidas para que, al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias, se tengan en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.
- medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

Esto significa que la Comunidad es competente para adoptar medidas autónomas, destinadas a la protección de los consumidores, aunque siempre de forma complementaria de las que puedan tomar los Estados miembros.

En definitiva, la Comunidad Europea sólo podrá actuar complementando, apoyando o supervisando las políticas nacionales, y siempre respetando el principio de subsidiariedad⁶³⁸.

En la contratación electrónica, es clara la incidencia de la normativa comunitaria. En efecto, el legislador comunitario siempre ha manifestado su preocupación por la protección de los intereses de los consumidores y usuarios en la contratación a distancia, pues los riesgos para el consumidor y usuario son mayores que en la contratación tradicional. Fruto de esta preocupación son la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; la Directiva 2002/1965 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 2011/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores (entre otras).

Existe un entramado de leyes y reglamentos, que rigen las relaciones entre empresas y consumidores en Europa, que difieren de un Estado miembro a otro, lo que provoca inseguridad para los consumidores y constituye un freno para el desarrollo del comercio electrónico. Por eso, la Directiva sobre comercio electrónico, instauro un marco jurídico general del comercio electrónico en el ámbito de la Unión europea y otorga una protección especial a los consumidores⁶³⁹, como parte más

⁶³⁸ Botana García, G. A., (2001) *Protección de Consumidores y Comercio Electrónico* en Revista de Contratación Electrónica, nº18, Agosto, p. 3.

⁶³⁹ *En general, se ha considerado a la Directiva como el medio más idóneo para actuar en materia de protección de los consumidores, porque se le fijaban al Estado los objetivos y, se le otorgaba total*

débil de la contratación electrónica, estableciendo una serie de exigencias de información y de mayor seguridad jurídica en el proceso de contratación⁶⁴⁰.

La finalidad de la Directiva, es armonizar las disposiciones de los Estados miembros sobre protección de los consumidores en los contratos electrónicos, aunque no entra en las disposiciones nacionales, referidas a la validez de los contratos, ni a las vías de recurso generales en materia contractual, ni en las disposiciones de orden público económico⁶⁴¹.

competencia respecto a la forma y a los medios necesarios para conseguirlos. Se recurría a la técnica de armonización de mínimos, consistente en incluir unas disposiciones obligatorias para todos los Estados miembros, dejándose la posibilidad, a estos últimos, de adoptar otras medidas más severas si lo estimaban conveniente. Se sintetizaban en tres las ventajas de esta técnica: a) Suponía una elevación del nivel mínimo de protección, sin que ello fuese bloqueado por los países que querían llegar más lejos; b) ofrecía una mayor facilidad para obtener el consenso entre los Estados miembros y c) y permitía el mantenimiento de las reglas nacionales que fueron dictadas con el fin de proteger a los consumidores, Botana García, G.A., Protección de Consumidores y Comercio Electrónico, cit, p. 8.

⁶⁴⁰ Se ha señalado que es una Directiva demasiado proteccionista con el consumidor: Gramunt Fonbuena, M. D., *Hacia la regulación del comercio electrónico*, op. cit., pág. 2), así como que se incluye en un contexto de una legislación sobre consumidores caótica, con normas de interpretación incierta (Zeno-Zencovich, V., *La protección del consumidor en el comercio electrónico*, AA.VV., Derecho del comercio electrónico (dirección Illescas Ortiz, R.), La Ley, Madrid, 2001, p. 272).

⁶⁴¹ Botana García, G.A., *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, cit. p. 7, señala que “no se trata pues de una Directiva de mínimos, pues en su artículo 4 dispone que Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva. Es decir, se pretende desde las instancias de la Unión Europea que el nivel de protección otorgado por la Directiva sea el mismo para todos los Estados miembros”.

Esta postura ha sido defendida por Marín López, M.J., (2012) quien realiza un estudio en profundidad de esta Directiva en *La Directiva 2011/83/UE (La Ley 21601/2011): esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros*, Revista Cesco de Derecho del Consumo, nº 1, pp. 9 y 10. En estas páginas señala que “durante la primera década del siglo XXI

No obstante, esta Directiva, partiendo de la heterogénea legislación entre los Estados miembros y de la dificultad de armonizar materias como contratos, publicidad, ejercicio de profesiones, responsabilidad de los prestadores de servicios, etc, ha optado por establecer el principio de que todos los Estados reconozcan la legislación interna de los demás, de forma que, cuando un servicio sea prestado desde un Estado miembro a un destinatario situado en otro Estado miembro, esta relación se regirá por la Ley del país en que esté establecido el prestador de ese servicio, cuyo control corresponde, en exclusiva, al país de origen⁶⁴².

numerosos documentos de las instituciones comunitarias han puesto de manifiesto la necesidad de reexaminar la normativa comunitaria sobre protección de los consumidores, tras constatar que el modelo seguido hasta la fecha ha dado resultados infructuosos. Ese modelo se caracterizaba por la existencia de multitud de Directivas sectoriales, que se ocupan de concretos ámbitos de regulación (ventas a distancia, viajes combinados, cláusulas abusivas, prestación de servicios financieros a distancia, etc.), y que acogen el principio de armonización mínimo, lo que significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar normas más estrictas de protección de los consumidores. Los Estados miembros han hecho amplio uso de esta posibilidad de introducir normas más protectoras en su derecho nacional. El resultado es un marco normativo fragmentado a través de la Comunidad, con regulaciones propias en cada Estado, que ocasiona unos costes significativos de cumplimiento a las empresas que desean realizar transacciones transfronterizas.

En ocasiones, además, los remedios contractuales difieren de unas Directivas a otras, lo que es poco razonable. Todo ello supone un freno importante a las transferencias transfronterizas, y por tanto, a la consecución de un verdadero mercado interior. Además, si los consumidores no pueden acceder a ofertas transfronterizas competitivas, no aprovechan plenamente los beneficios del mercado interior en términos de mayor oferta y mejores precios. Todo ello ha obligado a rediseñar las políticas europeas de protección de los consumidores. La Directiva 2011/83/UE constituye la primera Directiva de carácter horizontal, en la medida en que se aplica a todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, sin perjuicio de que contenga disposiciones que sólo afectan a determinados contratos (contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento).

⁶⁴² García Más, F.J., (2000) como miembro de la delegación española para la elaboración de la Directiva realiza un análisis en profundidad de la misma en *Análisis de la proposición de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 661, pp. 2869-2920.

Esta idea, se basa en los principios de reconocimiento mutuo y de país de origen, pues el empresario que hace pública su página web, en principio, la dirige al público en general, sin especificar país ninguno, por lo que cualquier persona, con independencia del país al que pertenezca, puede abrir dicha página y realizar una transacción económica con ese empresario, y se va a aplicar, a las obligaciones contractuales que se deriven de esa relación, la legislación del país de origen del consumidor⁶⁴³.

Como señala De Miguel (2001)⁶⁴⁴ *“La facilidad con la que los servicios de la sociedad de la información pueden ser prestados, desde un mismo lugar, a destinatarios ubicados en los más diversos territorios, determina que la disparidad de soluciones normativas entre los ordenamientos de los Estados miembros de la UE, afecte de manera especialmente significativa a este tipo de actividades, que tienen lugar a través de un medio que, en principio, posibilita la uniformización del contenido de ofertas y propuestas dirigidas al mismo tiempo a territorios muy diversos, lo que permite expandir internacionalmente la actividad empresarial con una inversión muy limitada y sin necesidad de presencia física, en todos aquellos países sobre los que proyectan sus actividades”*.

⁶⁴³ Según determina el artículo 6 del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que indica que *el contrato celebrado por una persona física, para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor»), con otra persona («el profesional»), que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:*

- *ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o*
- *por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país.*

⁶⁴⁴ De Miguel Asensio, P., (2001) *Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronteriza*, Revista de la contratación electrónica, nº 20, octubre, pp. 12-13.

De ahí, que se haya afirmado que la Directiva sobre comercio electrónico no resuelve toda la problemática del comercio electrónico y que serán necesarias otras medidas, respecto a la protección de los consumidores en el ámbito comunitario⁶⁴⁵.

Fruto de esta constatación, han sido las Directivas que se han publicado con objeto de reforzar el comercio electrónico transfronterizo y la protección de los consumidores⁶⁴⁶, entre las que hay que destacar la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁶⁴⁷, cuyo ámbito se extiende a las normas relativas a la información

⁶⁴⁵ Botana García, G.A., *Protección de Consumidores y Comercio Electrónico*, cit, p. 9 y ss. También Illescas Ortiz, R., (2000) *Entre Europa y la nada*, Revista de la Contratación Electrónica, nº 12, p. 17.

⁶⁴⁶ Directiva 79/581/CEE, del Consejo, de 19 de junio de 1979, relativa a la protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios; Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos; Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores; Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010, entre otras.

⁶⁴⁷ La Resolución Legislativa sobre la Propuesta de Directiva sobre los Derechos de los Consumidores es aprobada el 23 de junio de 2011, por el Parlamento Europeo. En la aprobación final, se descarta la idea inicial de sustituir cuatro de las ocho Directivas vigentes en materia de protección de los consumidores, y se derogan solamente dos (85/577/CEE y 97/7/CE), mientras que en las otras dos restantes (93/13/CEE y 1999/44/CE) se introducen algunas modificaciones. De ahí, que se haya calificado a la Directiva sobre Derechos de los Consumidores, como una tentativa de armonización parcial del Derecho comunitario de consumo.

que debe facilitar el empresario al consumidor en los contratos electrónicos, regulando el derecho de desistimiento⁶⁴⁸.

En esta materia, es de destacar la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en las siglas inglesas, Propuesta de Reglamento CESL), de 11 de octubre de 2011⁶⁴⁹ que señala que *“las oportunidades perdidas para el comercio transfronterizo tienen asimismo un impacto negativo en los consumidores europeos. Menos comercio transfronterizo significa menos importaciones y menos competencia entre los comerciantes, lo que puede traducirse en una oferta menos variada y en precios más elevados en el mercado de consumo. Aunque las compras transfronterizas pueden aportar importantes ventajas económicas en término de mejores y más variadas ofertas, lo cierto es que la mayoría de los consumidores europeos solo realizan compras a escala nacional.*

Una de las principales razones que explican esta situación es que, debido a las diferencias entre las normativas nacionales, los consumidores se sienten a menudo inseguros sobre cuales son sus derechos en contextos transfronterizos. Por ejemplo, una de sus principales preocupaciones consiste en saber de qué remedios disponen cuando un producto comprado en otro Estado miembro no es conforme con el

⁶⁴⁸ Mendoza Losana, A. I., *Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias*, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 1, 2012, p. 24. La autora pone de manifiesto que *“No se ha aprovechado la ocasión para atender una pretensión reiterada de los consumidores, como es la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al público en general y al cliente en particular”*.

⁶⁴⁹ Sobre este tema es interesante el artículo escrito por Valpuesta Gastaminza, E., *La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la unión europea, lastrado por la protección al consumidor*. Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2013, Volumen 5, nº 1, pp. 199-216. Los «Eurobarómetros» desvelan que muchos consumidores prefieren comprar a empresas de su país debido a la falta de confianza y al desconocimiento del Derecho aplicable en otros países y además bastantes PYMES se dedican al comercio nacional por las mismas razones.

contrato. Como consecuencia de ello, muchos comerciantes se abstienen de realizar compras fuera de su mercado nacional, perdiendo así las oportunidades que ofrece el mercado interior, ya que a menudo pueden encontrarse mejores ofertas en términos de calidad y precio en otros Estados miembros.

El comercio electrónico facilita la búsqueda de ofertas así como la comparación de precios y otras condiciones con independencia del lugar en que esté establecido el comerciante. Sin embargo, a menudo los pedidos efectuados desde el extranjero son rechazados por comerciantes recelosos de las transacciones transfronterizas por las diferencias que existen entre las normativas contractuales”.

De nuevo se constata, que la protección del consumidor se basa en la situación de desigualdad entre las partes, pues el empresario es la parte del contrato con mayor pericia y se encuentra en una situación de privilegio frente al consumidor, no sólo por sus conocimientos técnicos, sino por la información privilegiada que posee y sus posibilidades financieras⁶⁵⁰. El auge del comercio electrónico y la expansión internacional del mercado, hacen que debamos examinar detenidamente las garantías de los consumidores.

En efecto, el uso indebido de las TIC en el comercio puede poner en peligro los intereses de los consumidores. De ahí que se haga necesario garantizar para el consumidor de comercio electrónico un nivel de protección equivalente o superior al que rige en las transacciones tradicionales⁶⁵¹. Pues en el actual modelo de sociedad de consumo, existen desigualdades entre los consumidores y usuarios y los empresarios, por lo que la libertad del consumidor, en orden a establecer y satisfacer

⁶⁵⁰ Botana García, G.,. *Dossier sobre contratos electrónicos*. Actualidad Civil, 14 Febrero 2014, Editorial La Ley, p. 6.

⁶⁵¹ Un interesante estudio sobre la protección de los consumidores de contenidos digitales tras la Directiva 2011/83 y la Ley 3/2014 lo podemos encontrar en Cámara Lapuente, S., *La Nueva Protección Del Consumidor De Contenidos Digitales tras La Ley 3/2014, De 27 De Marzo*. Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 11/2014, pp. 79-167.

sus necesidades, es fundamental para el proceso de intercambio económico del mercado. Dicha libertad para satisfacer estas necesidades, debe tener como elemento clave la información suficiente y veraz que le ofrece el propio mercado, es decir, el consumidor debe conocer los productos y servicios que le ofrece el mercado y las condiciones en las que se le ofrecen, ya que la falta de información es perjudicial para el mercado, lo que hace necesario establecer un sistema que persiga la eficaz y real tutela de los consumidores y usuarios⁶⁵².

Por ello, la regulación de la contratación electrónica es rigurosa en cuanto a las exigencias de información impuestas al empresario que desee formalizar contratos con los consumidores. La información es esencial, porque es el medio idóneo para prevenir los posibles conflictos que puedan aparecer, en las relaciones entre los empresarios y los consumidores.

Y en este sentido, hay que citar la Recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a los lineamientos para la protección al consumidor en el contexto del comercio electrónico de 9 de diciembre de 1999, que señalaba que *Las leyes, políticas y prácticas relativas al consumidor limitan las conductas comerciales fraudulentas, engañosas y desleales. Tales protecciones son indispensables para construir la confianza del consumidor y para establecer una relación más equitativa entre empresarios y consumidores en las transacciones comerciales*⁶⁵³.

⁶⁵² Aguilar Ruiz, L., (2009) *Mercado interior, códigos de conducta y protección de los consumidores*, Actualidad Civil, nº 19, Sección A, Noviembre, Editorial La Ley, p. 2.

⁶⁵³ En abril de 1998, el Comité de Política del Consumidor de la OCDE inició el desarrollo de un conjunto de lineamientos generales, para proteger a los consumidores en el comercio electrónico, sin crear barreras al comercio. Los Lineamientos constituyen una recomendación dirigida a los gobiernos, empresarios, consumidores y sus representantes, sobre las características esenciales que debe contener una efectiva protección al consumidor en el comercio electrónico.

Asimismo, la Resolución de 19 de enero de 1999 del Consejo de la Unión Europea (1999/C23/01), consideró necesaria la aplicación a los nuevos productos y servicios, que ofrece la sociedad de la información, los principios vigentes en materia de política de los consumidores, especialmente en lo

1.1. El derecho a la información

En los últimos años, se ha reconocido un “derecho fundamental” de información a los consumidores, debido a que se ha producido una generalización de la contratación electrónica en todos los sectores, por lo que el principio de buena fe contractual debe ampliar su significado, incluyendo la idea de cooperación entre las partes y la libre transmisión de información entre las mismas, para que el consentimiento sea lo más informado y meditado posible⁶⁵⁴. Por ello, el legislador ha acogido un sistema de listados de información obligatoria, recogido en el artículo 60 de la LGDCU, obligando al empresario a informar sobre las “características principales” del contrato y sobre sus condiciones jurídicas y económicas⁶⁵⁵,

referente a la transparencia y el derecho a la información, antes y después de la transacción, a la no discriminación en el acceso a productos y servicios, con atención a las necesidades de los consumidores vulnerables; la protección de los consumidores frente a las prácticas de comercialización no solicitadas, engañosas y desleales; la protección de sus intereses económicos; la protección de la salud, seguridad e intimidad de los consumidores, incluida la protección contra la utilización abusiva de datos personales; la información y educación del consumidor, a fin de posibilitar la adquisición de las competencias adecuadas; la consulta de los consumidores a la hora de desarrollar nuevas políticas o mecanismos reglamentarios y la representación de los intereses de los consumidores en los órganos de control y vigilancia pertinentes”.

⁶⁵⁴ Para un estudio sobre las líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto al derecho a la información, Berrocal Lanzarot, A.I., (2014) *Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Actualidad Civil, 7 de Abril, Editorial La Ley, p. 6.. También, Gete Alonso M.C., (2000) *La autonomía privada*, en Puig I Ferriol, Ll. Gil Rodríguez, J. Hualde Sánchez, J. J., Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato, 3ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 534-536.

⁶⁵⁵ *Artículo 60. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y*

señalando que el empresario debe facilitar la información, “*antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente*”⁶⁵⁶. Dicha antelación, será la necesaria para que el consumidor pueda asimilar la información recibida y tenerla en cuenta para decidir si contrata o no⁶⁵⁷.

La información a que se refiere el artículo 60⁶⁵⁸ ha de suministrarse atendiendo a

cualesquiera otras que resulten de aplicación. Además incluye una serie de obligaciones de información que tratan sobre las características principales de los bienes o servicios, los datos del empresario, el precio total, los impuestos, las tasas y cualquier otro gasto adicional, los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la garantía, los servicios posventa y las garantías comerciales, la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución y cualquier compromiso de permanencia y las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio, la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, la existencia del derecho de desistimiento, la funcionalidad y datos de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, el procedimiento para atender las reclamaciones así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos. Este artículo añade que esta información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano.

⁶⁵⁶ Como señala Botana García, G.A., (2008) *Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular, sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. Esta información precontractual no es obligatoria que se facilite por escrito o en soporte duradero sino que serán las circunstancias las que fijen el modo, pero lo que no ofrece ninguna duda es que dicha información deberá facilitarse al consumidor de forma gratuita, sin costes adicionales, en Contratos con consumidores y usuarios*. Diario La Ley, nº 6990, Sección Doctrina, 16 Julio, Editorial La Ley, p. 1.

⁶⁵⁷ Gómez Calle, E., (1994) *Los deberes precontractuales de información*, Editorial La Ley, Madrid, p. 15. En el mismo sentido, Sanz Viola, A. M^a., (2001) *Contratación electrónica*, en *Actualidad Civil*, tomo 2, p. 1–3; Pérez García, P. A., (1990) *La información en la contratación privada*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo, p. 69-73; Lasarte Álvarez, C., (2003) *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Editorial Dykinson, Madrid, p. 11-12.

⁶⁵⁸ Cámara Lapuente, S., (2011) *Comentario al artículo 60 TRLGDCU*, en *Comentarios a los Normas de Protección de los Consumidores*. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos

unos requisitos: debe ser clara y comprensible, es decir que su redacción no suponga un esfuerzo excesivo para el consumidor medio; debe facilitarse en una lengua que el consumidor entienda y, en todo caso, en castellano; debe ser suficiente, veraz y ajustada a la realidad. Y toda esta información debe facilitarse al consumidor de forma gratuita⁶⁵⁹.

La finalidad del derecho a la información, reconocido en los textos legales de protección al consumidor, es facilitar que el consumidor preste un consentimiento contractual claro y reflexivo, pues toma su decisión después de conocer exactamente el alcance de sus derechos y de sus obligaciones⁶⁶⁰, por lo que el empresario debe suministrar al consumidor, con carácter previo a la contratación, aquella información que es sustancial en la medida en que afecta a su decisión de contratar⁶⁶¹.

vigentes en España y en la Unión Europea, Editorial Colex, Madrid, p. 494, que indica que *Dentro de la normativa estatal española, destaca sobre todo el aumento de las disposiciones referentes a la contratación bancaria que imponen en su articulado deberes de información contractual.*

⁶⁵⁹ Marín López, M.J., *Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar*, cit, p. 3.

⁶⁶⁰ Botana García, G.A., (2014) *Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma*, cit, p. 17.

⁶⁶¹ Marín López, M.J., (2014) *Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar*, Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla la Mancha, p. 2. En el mismo sentido, Miranda Serrano, L.M., (2012) *La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles*, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, nº 11, Madrid, pp. 3-4. También ver Prats Albentosa, L., (2014) *La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor (según la Directiva de los Derechos de los consumidores 2011/83)*, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 56, pp. 23-27, en cuyo estudio se refiere a los elevados costes económicos que supone la falta de confianza de los consumidores a la hora de realizar operaciones transfronterizas, (26.000 millones de euros/año en 2010), lo que va en contra del objetivo último de la UE, conseguir un potente mercado interior eliminando las barreras

Para dar cumplimiento a esta exigencia la LGDCU, en su artículo 97, impone al empresario una obligación de información precontractual, sobre los datos del empresario, las características de los bienes o servicios, el precio y demás gastos, los procedimientos de pago, la lengua o lenguas del contrato, así como otras exigencias⁶⁶².

jurídicas y económicas existentes entre los Estados miembros.

⁶⁶² En este sentido, el artículo 97.1. señala que: *Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:*

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluido su nombre comercial.

c) La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa.

d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones.

e) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio.

- f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.*
- g) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario.*
- h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.*
- i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento.*
- j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos.*
- k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3.*
- l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda.*
- m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes.*
- n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.*
- o) La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos.*
- p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.*

q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato.

r) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario.

s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

t) Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.

u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

2. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad – cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

3. En las subastas públicas, la información a que se refiere el apartado 1. b), c) y d), podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador.

4. La información contemplada en el apartado 1. i), j) y k) podrá proporcionarse a través del modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento establecido en el anexo A. El empresario habrá cumplido los requisitos de información contemplados en el apartado 1. i), j) y k), cuando haya proporcionado dicha información correctamente cumplimentada.

5. La información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. Corresponderá al empresario probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos y, en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.

6. Si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes contemplados en el apartado 1. e), o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el apartado 1. j), el consumidor y usuario no deberá abonar dichos gastos o costes.

7. Los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los

Esta información deberá ponerla el empresario en conocimiento del consumidor, de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles, respetando el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar⁶⁶³.

requisitos que figuran en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

8. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario.

⁶⁶³ Sobre los deberes de información precontractual, vid. Jiménez Muñoz, F. J., (2013) *Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del derecho de obligaciones*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 738, julio, pp. 2253-2328. Señala este autor que “Tradicionalmente, la información que deben proporcionarse entre sí los potenciales contratantes, o uno al otro, con carácter previo o simultáneo a la celebración del contrato, era una cuestión de la que tanto los Códigos Civiles como la legislación mercantil prescindían, como sucede en general con toda la fase precontractual.

Desde la paradigmática visión «clásica» de igualdad entre las partes contratantes, era una tarea de cada parte informarse debidamente sobre los aspectos de la contratación o de su objeto que considerara necesarios, sin que pudiera entenderse existente tal deber de información de un contratante al otro, salvo en los casos en que esa falta de información pudiera entenderse constitutiva de un dolo omisivo o negativo o en general de una culpa in contrahendo, o bien causante de un error en el consentimiento de la otra parte (error excusable provocado por la reticencia negligente de quien tenía la información), concretándose en una responsabilidad contractual. En cualquier caso, en las negociaciones la buena fe impone que cada una de las partes deba revelar a la otra al menos aquella información que determinará el incumplimiento de su prestación en los términos convenidos, porque la lealtad en la celebración de un contrato exige que se proteja la razonable creencia de que el contrato se podrá ejecutar en los términos convenidos”.

Además, siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible⁶⁶⁴.

También, el artículo 98. 2, exige que el empresario vele porque el consumidor y usuario, confirme expresamente su conciencia de que el pedido que ha realizado implica una obligación de pago, así como que el botón de aceptación del pedido, se etiquete con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga, exigiendo que los sitios web de comercio, indiquen de modo claro y legible, al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y las modalidades de pago aceptadas⁶⁶⁵. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ Artículo 98.1. *En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible.*

⁶⁶⁵ Artículo 98. 3. *Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.*

⁶⁶⁶ Artículo 98. 2. *Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos, implica obligaciones de pago para el consumidor y usuario, el empresario pondrá en conocimiento de éste de una manera clara y destacada, y justo antes de que efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 97.1.a), e), p) y q). El empresario deberá velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido*

4. *Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia, en la que el espacio*

Además, en los casos en que el empresario llame por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma⁶⁶⁷.

Si el propio empresario se pone en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario, para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito o, salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera, quedando el consumidor vinculado sólo cuando acepte la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito⁶⁶⁸.

El empresario, por su parte, deberá confirmar al consumidor y usuario, la celebración del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del

o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1.

⁶⁶⁷ *Artículo 98. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma.*

⁶⁶⁸ *Artículo 98. 6. En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.*

servicio, incluyendo en esta confirmación la información previa exigida por la Ley, salvo que ya se la haya facilitado anteriormente, así como si procede la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento⁶⁶⁹.

Hay que tener en cuenta que el cumplimiento de la prestación por parte del empresario, se puede realizar on line u of line, aunque, en cualquier caso, se le van a aplicar las normas generales sobre la contratación a distancia. En este sentido, el artículo 109 de la LGDCU establece que *“salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales, a partir de la celebración del contrato”*.

En caso de que exista alguna imposibilidad para el vendedor, por falta de disponibilidad del bien o servicio contratado, deberá informar de esta circunstancia al consumidor o usuario, quien podrá recuperar cuanto antes, sin ninguna demora, las sumas abonadas. En caso de retraso injustificado por parte del empresario, respecto a la devolución de las sumas abonadas, la Ley permite que el consumidor y usuario reclame que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, en lo que excedan de dicha cantidad⁶⁷⁰.

⁶⁶⁹ Artículo 98. 7. *El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá: a) Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m).*

10. *Este artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio.*

⁶⁷⁰ Artículo 110. *En caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse*

No obstante, el artículo 111, señala que si no está disponible el bien o servicio contratado, y el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar, sin aumento de precio, un bien o servicio de características similares de igual o superior calidad. Pero en este caso, el consumidor y usuario, podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución, en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido.

Finalmente, hay que destacar la exigencia de información recogida en la LSSICE, cuyo objetivo es proporcionar al consumidor la mayor información posible, para que éste lleve a cabo una decisión fundada, así como identificar adecuadamente al prestador de los bienes o servicios. Por ello, el artículo 10 exige que se permita el acceso por medios electrónicos, de modo fácil, gratuito y directo a determinada información⁶⁷¹.

disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

⁶⁷¹ a) Su nombre o denominación social; su residencia o domicilio o, en su defecto, la dirección de uno de sus establecimientos permanentes en España; su dirección de correo electrónico y cualquier otro dato que permita establecer con él una comunicación directa y efectiva.

b) Los datos de su inscripción en el Registro Mercantil en el que, en su caso, se encuentren inscritos o de aquel otro registro público en el que lo estuvieran para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad.

c) En el caso de que su actividad estuviese sujeta a un régimen de autorización administrativa previa, los datos relativos a dicha autorización y los identificativos del órgano competente encargado de su supervisión.

d) Si ejerce una profesión regulada deberá indicar: 1.º Los datos del Colegio profesional al que, en su caso, pertenezca y número de colegiado. 2.º El título académico oficial o profesional con el que

Así, en el momento previo al inicio de la contratación, el empresario deberá poner, a disposición del consumidor o usuario, la información sobre los distintos trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, si se va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si éste va a ser accesible, los medios técnicos que pone a su disposición, para identificar y corregir errores en la introducción de los datos, y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato (artículo 27).

1.2. El pago

Uno de los elementos fundamentales en el comercio tradicional y en el comercio electrónico, en particular, es la realización del pago de los bienes o servicios adquiridos. En el caso del comercio electrónico, las partes se encuentran alejadas físicamente para realizar la transacción y el comprador quiere tener una garantía sobre la calidad de los bienes que adquiere y sobre la confidencialidad de su transacción. En el pago electrónico, el comprador debe tener garantía de que nadie pueda suplantar su identidad, como consecuencia de la transacción que ha efectuado, realizando otras compras en su nombre y a su cargo. Por ello será

cuenta.

3.º El Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo en el que se expidió dicho título y, en su caso, la correspondiente homologación o reconocimiento.

4.º Las normas profesionales aplicables al ejercicio de su profesión y los medios a través de los cuales se puedan conocer, incluidos los electrónicos.

e) El número de identificación fiscal que le corresponda.

f) Cuando el servicio de la sociedad de la información haga referencia a precios, se facilitará información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio, indicando si incluye o no los impuestos aplicables y, en su caso, sobre los gastos de envío.

g) Los códigos de conducta a los que, en su caso, esté adherido y la manera de consultarlos electrónicamente.

fundamental garantizar al máximo la fiabilidad y seguridad de estos sistemas.

Internet es un gran mercado, en el que se pueden adquirir bienes o servicios y en el que es fundamental ofrecer seguridad en la realización de pagos a través de redes electrónicas y luchar contra el fraude en medios de pago o la necesidad de garantizar, cuando ello sea posible, la privacidad en las operaciones. En este sentido, los medios electrónicos de pago, constituyen un elemento imprescindible para el desarrollo del comercio electrónico. Tanto los operadores de telecomunicaciones como las entidades financieras, han desarrollado medios de pago específicos para la contratación electrónica.

El desarrollo del comercio electrónico ha propiciado la evolución de los sistemas de pago tradicionales, a un nuevo concepto de medio de pago: el del pago electrónico. En la contratación electrónica, cabe el pago por medio del llamado dinero electrónico, bien mediante transferencias electrónicas de fondos, o bien mediante el uso de tarjetas de crédito. Este concepto alude a un valor monetario que se carga y almacena en un soporte electrónico, normalmente en una tarjeta inteligente o en una memoria de ordenador.

Cada vez es más frecuente la venta de bienes y servicios a través de Internet y el pago de los mismos por parte del consumidor, utilizando algún sistema de pago⁶⁷². Por eso, llegado el momento del pago se pueden utilizar dos sistemas: los medios tradicionales, como el pago contra reembolso, el envío de cheques al domicilio social

⁶⁷² García Más, F. J., (2004) *Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información*. 2ª Edición, Valladolid. Editorial Lex Nova, p. 331, señala que “En la contratación electrónica, los medios de pago que se realizan a través de vías telemáticas deben ofrecer un grado de seguridad y fiabilidad mínimos e indispensables. No se nos oculta, que poco a poco irán surgiendo nuevos procedimientos técnicos que los juristas debemos asumir y utilizar para nuestros propósitos, o quizás mejor aún, es obligación nuestra el demandar de los técnicos soluciones adecuadas, una vez que se les indique los principios que deben presidir esta contratación para que sea segura y fiable. En este camino, los medios electrónicos de pago juegan un papel fundamental porque siempre serán un elemento a utilizar en la contratación y en el comercio electrónicos”.

del comerciante, la comunicación telefónica o vía fax del número de la tarjeta de crédito, etc y los instrumentos electrónicos de pago⁶⁷³. Se trata de otra vía, que se emplea cada vez más por los consumidores que utilizan el comercio electrónico, es decir, el pago mediante tarjeta, dinero electrónico, etc⁶⁷⁴.

⁶⁷³ En opinión de Fernández Pérez, N., (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, pp. 346-347, “el dinero electrónico responde a una serie de características:

- a) *Seguridad: pues implica dotar de confianza a los usuarios frente a las amenazas de copia, falsificación y utilización fraudulenta, (utilizando sistemas de encriptación con protocolos SET, SSL).*
- b) *Integridad y autorización: autorizando el pago de tres maneras diferentes: la autorización fuera de banda (out-band), autorización con password, y autorización con firma. La integridad impide que, sin la preceptiva autorización, se cargue ningún dinero a un usuario.*
- c) *Disponibilidad y fiabilidad: se asegura que todas las partes tienen la posibilidad de efectuar pagos o de recibirlos siempre que resulte necesario, siendo necesaria la certificación de que la transacción efectuada representa una transacción pecuniaria.*
- d) *Aceptación: implica la interoperabilidad y utilización habitual de este sistema entre los agentes intervinientes.*
- e) *Confidencialidad y anonimato: restringir el conocimiento de la identidad del que paga y recibe, el contenido de la prestación y algunos aspectos complementarios así como el anonimato de las partes.*
- f) *Flexibilidad y divisibilidad: son características anudadas a la fungibilidad del dinero.*
- g) *Facilidad de uso: las operaciones deben ser lo más automáticas posibles, evitando esfuerzos adicionales.*
- h) *Versatilidad y compatibilidad: ambas exigencias deben predicarse respecto de cualquier tipo de redes, soportadas por cualquier tipo de canal y entre cualquier individuo, siempre y cuando exista aceptación de este medio de pago”.*

⁶⁷⁴ Palacios González, D., (2007) *La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores*, en *Derecho de los consumidores y usuarios*. (Dirección: De León Arce), 2ª edición, I, Valencia, p. 929. Para un estudio sobre el dinero

Para entender el concepto de dinero electrónico de pago, hemos de acudir al artículo 1.2 del Real Decreto 322/2008, de 29 de febrero, sobre el régimen jurídico de las entidades de dinero electrónico, en el que se dice que: *“Se entenderá por dinero electrónico el valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: a) Almacenado en un soporte electrónico. b) Emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido. c) Aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor”*.

También la Recomendación 97/489/CE de la Comisión ⁶⁷⁵ señala lo que debemos

electrónico, podemos ver Mateo Hernández, J. L., (2005) *El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos*. Granada. Editorial Comares, p. 63 y ss.

⁶⁷⁵ Según la Recomendación 97/489 de la Comisión, de 30 de julio, relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos, *“las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago representan una proporción creciente del volumen y del valor de los pagos nacionales y transfronterizos; que, en razón del progreso tecnológico y de la rápida innovación que caracteriza el momento actual, esta tendencia se acelerará sensiblemente como consecuencia de la diversidad de empresas innovadoras, mercados y entidades comerciales que crea el comercio electrónico”*.

Esta Recomendación diferencia entre distintos tipos de medios de pago electrónico:

a) "instrumento electrónico de pago", un instrumento que permita a su titular efectuar transacciones como las transferencias de fondos, diferentes de las transferencias ordenadas y realizadas por entidades financieras, efectuadas mediante un instrumento electrónico de pago; la retirada de dinero en efectivo mediante un instrumento electrónico de pago y la carga (y descarga) de un instrumento de dinero electrónico en dispositivos como distribuidores automáticos de billetes y cajeros automáticos, así como en los locales del emisor o en una entidad con la que se haya suscrito un contrato para aceptar el instrumento de pago.

b) "instrumento de pago de acceso a distancia", un instrumento que permita a su titular acceder a los fondos de su cuenta en una entidad, por el cual se autoriza el pago a un beneficiario, operación que normalmente exige un código de identificación personal o cualquier otra prueba similar de identidad. Quedan incluidas, en particular, las tarjetas de pago (tarjetas de crédito, de débito, de débito diferido o tarjetas T& E) y los servicios de telebanco y de banca a domicilio;

entender por «instrumento electrónico de pago» señalando que es *“un instrumento que permite a su titular efectuar determinadas transacciones, como transferencias de fondos mediante un instrumento electrónico de pago; la retirada de dinero en efectivo mediante un instrumento electrónico de pago y la carga (y descarga) de un instrumento de dinero electrónico, en dispositivos como distribuidores automáticos de billetes y cajeros automáticos, así como en los locales del emisor o en una entidad, con la que se haya suscrito un contrato para aceptar el instrumento de pago”*. Quedan incluidos en esta definición los instrumentos de pago de acceso a distancia y los instrumentos de dinero electrónico.

Asimismo, comprende dentro del concepto de instrumento de dinero electrónico, *“un instrumento de pago recargable distinto de un instrumento de pago de acceso a distancia -ya sea una tarjeta en la que se almacenan electrónicamente los importes correspondientes o una memoria de ordenador- en el que se carga electrónicamente un valor, que permita a su titular efectuar transacciones como las especificadas en el apartado 1 del artículo 1”*.

Por su parte, la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE, define el dinero electrónico, en su artículo 2.2, como *“todo valor monetario almacenado por medios electrónico o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, según se definen en el artículo 4, punto 5, de la Directiva 2007/64/CE, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del*

c) "instrumento de dinero electrónico", un instrumento de pago recargable distinto de un instrumento de pago de acceso a distancia -ya sea una tarjeta en la que se almacenan electrónicamente los importes correspondientes o una memoria de ordenador- en el que se carga electrónicamente un valor, que permita a su titular efectuar transacciones como las especificadas en el apartado 1 del artículo 1.

*emisor de dinero electrónico”*⁶⁷⁶.

En cualquier caso, ya sea mediante transferencia electrónica de fondos o traspaso de fondos de una cuenta a otra, sin desplazamiento material de dinero, los pagos tendrán efectos liberatorios cuando los fondos estén a disposición del beneficiario⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ Jiménez Sánchez, G., (1995) Voz «*Tarjetas Chip*», Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. IV, Civitas, Madrid. Acerca del dinero electrónico y tarjetas electrónicas, ver: Reyes López, M.J., (2008) *Medios de pago electrónicos y protección del consumidor* en AA.VV. Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coordinación L. Cotino Hueso), Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 220 y ss, quien señala que “*las tarjetas inteligentes (smart cards) o tarjetas chip, que son tarjetas que llevan incorporado un microprocesador, y permiten mayor capacidad de almacenamiento de la información, más funcionalidad así como un incremento de la seguridad. Dentro de la categoría de las tarjetas inteligentes, podemos encontrar los monederos electrónicos, las tarjetas de identificación utilizadas en los servicios de telebanco y banca electrónica y las tarjetas electrónicas diseñadas ad hoc para el comercio electrónico. El monedero electrónico es un instrumento diseñado para pagos de pequeño importe, la tarjeta de identificación en los servicios de telebanco, banca electrónica o a distancia, permiten a su titular realizar las tradicionales operaciones bancarias a través del teléfono o mediante la conexión a Internet, facilitando el número PIN y las claves de acceso, realizado mediante un contrato marco entre la entidad y el cliente, donde se especifican las operaciones que comprende (desde ordenar transferencias, compraventa de valores, solicitar depósitos, etc.).*”

Las nuevas tarjetas electrónicas se basan en criptosistemas de claves asimétricas y en el establecimiento de protocolos de cifrado comunes (SSL) o específicos destinados al comercio electrónico (SET), que permitan garantizar la confidencialidad a la hora de transmitir por Internet de datos como el número de la tarjeta y que la información permanezca cifrada mientras se transmiten los datos. El Protocolo SSL (Secure Sockets Layer) es un protocolo general, dirigido a establecer comunicaciones seguras, proporcionando cifrado de datos, autenticación de servidores e integridad de mensajes. El protocolo SET (Secure Electronic Transaction), desarrollado por Visa y Mastercard y la colaboración de otras empresas informáticas (Microsoft, IBM y Netscape), es un protocolo específico de pago seguro, que ofrece autenticación de todas las partes implicadas mediante la emisión de certificados electrónicos, mediante el empleo de técnicas criptográficas”.

⁶⁷⁷ Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (1993) definen el pago como “*el acto de realización de la prestación debida en virtud de una relación obligatoria. El pago es, en primer lugar, un acto de cumplimiento del deber jurídico o deuda que pesa sobre el deudor. El pago es, en segundo lugar, la manera normal que el deudor tiene de liberarse de la obligación (solutio). El pago es, finalmente, la forma de*

En el caso de pago mediante tarjetas electrónicas, en las de crédito, cuando se acepta el cargo por el emisor de la tarjeta; y en las de débito, cuando efectivamente se realiza el pago.

No obstante, hay que señalar que el pago mediante tarjeta de crédito, puede dar lugar a la realización de comportamientos fraudulentos por parte de terceros, que las pueden utilizar para el pago de operaciones comerciales que el titular desconoce. Para evitar este tipo de fraudes, la LGDCU, en su artículo 112 establece que: *“cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad”*.

La posibilidad de anulación, sólo se refiere a las operaciones que se realizan mediante la disponibilidad del número de la tarjeta, caso que, en la práctica, sucede con frecuencia, dada la constante manipulación de estas tarjetas. Este supuesto, parece pensado para dar solución a los casos más usuales y que ocasionan más perturbación al consumidor. Parece que deja fuera otros casos, como la sustracción de la tarjeta y su uso indebido o el extravío de la misma y posterior utilización fraudulenta por otra persona.

Como dice Ruiz Muñoz (2013) *ciertamente lo importante, en el precepto que comentamos, es la inmediatez de la defensa frente a determinados actos ilícitos, contra los que resulta muy difícil precaverse por parte de los particulares, por ejemplo, en las transacciones por teléfono o por medios electrónicos vía Internet, para estos casos es para los que está pensada especialmente la norma en cuestión. No obstante, en este punto, y a la vista de la norma europea, bien parece que el*

satisfacer el interés del acreedor” en Sistema de derecho civil, Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Editorial Tecnos, pp. 178 y ss. Para un análisis sobre los medios electrónicos de pago ver Mateo Hernández, J.L., (2005) en El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos. Granada, Editorial Comares, pp. 63 y ss.

*legislador español ha incumplido el mandato del artículo 8 de la Directiva 97/7/CE, sobre la contratación a distancia con consumidores, porque en dicha norma se establece un ámbito de protección mucho más amplio, no sólo como dice el legislador español, en caso de utilización del número de una tarjeta de pago, sino que comprende a todo tipo de utilización fraudulenta de la tarjeta de pago, en el ámbito de la contratación a distancia incluida en la Directiva. Y hay que recordar que se trata de una Directiva de mínimos (artículo 14), mejorable en lo que se refiere a la tutela de los consumidores por los Estados miembros, pero sin que se puedan rebajar los niveles de protección de la misma*⁶⁷⁸.

Sin embargo, en el párrafo 2º del artículo 112 se establece, a manera de salvaguardia, una disposición de protección de los empresarios del crédito frente a los posibles abusos de sus clientes. Se trata del caso en el que un consumidor pueda anular una operación realizada por sí mismo, porque se ha arrepentido o se ha equivocado, basándose en que el importe de la compra se ha cargado fraudulentamente o indebidamente, porque alguien ha utilizado su número.

Así, en dicho párrafo se señala que: “*sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, como consecuencia de dicha anulación*”. En estos casos, se permite que el empresario pueda exigir los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la anulación.

Ahora bien, si el cargo indebido deriva de la pérdida o el robo de la tarjeta de crédito, el perjudicado deberá notificarlo sin tardanza a la entidad de crédito, para que ésta

⁶⁷⁸ Ruiz Muñoz, M., *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*, cit. p. 60 y ss. No obstante, hay que recordar que la Directiva 97/7/CE, sobre la contratación a distancia con consumidores ha sido derogada por la Directiva 2011/83/UE Del Parlamento Europeo y Del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

proceda a anular la tarjeta⁶⁷⁹. En estos casos, habrá que determinar quién soportará el riesgo, si la empresa vendedora o prestadora del servicio o la entidad financiera que autorizó el pago. A este respecto, la LGDCU⁶⁸⁰ (como también hacía la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁶⁸¹), se decanta por la imputación del riesgo de la anulación al empresario, salvo pacto entre las partes⁶⁸².

⁶⁷⁹ Así lo establece el artículo 27 de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, al indicar que *“el usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes: a) utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, en particular, en cuanto reciba el instrumento de pago, el usuario deberá tomar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto; y b) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello”*.

⁶⁸⁰ Artículo 112 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Pago del contrato a distancia mediante tarjeta. *Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.*

⁶⁸¹ Artículo 12 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Pago mediante tarjeta. *Cuando el importe de las obligaciones pecuniarias derivadas del contrato a distancia hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, su titular podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del proveedor y del titular se efectuarán a la mayor brevedad.* Este artículo ha sido derogado por Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

⁶⁸² Como señala Ruiz Muñoz, M., *“pero incluso ante situaciones de falta de pacto, a nuestro juicio, las cosas no son tampoco tan claras, porque habrá que valorar, en cada caso, el sistema de control desarrollado por la titular del software, que será con casi toda probabilidad la entidad crediticia, y la utilización diligente o no del mismo por parte del proveedor. De manera que podamos deducir de ahí*

En algunos casos, los tribunales españoles han considerado que los riesgos de desistimiento y de anulación por parte del consumidor deben recaer sobre el proveedor, en base a la situación de inferioridad de los consumidores y a las operaciones realizadas en base al programa informático del Banco, que autoriza la operación de forma automática, siempre que la tarjeta esté en vigor y operativa y que el pago se encuentre dentro del límite del crédito concedido, pero sin que ello suponga asumir el buen fin de la operación⁶⁸³.

En la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior⁶⁸⁴ se establece una detallada regulación sobre los servicios de pago y el uso fraudulento de las tarjetas, en los artículos 56 a 61. En ella se dispone, en el artículo 56, la obligación del usuario de utilizar la tarjeta de acuerdo a las condiciones pactadas, notificando al proveedor de servicios de pago, sin demoras indebidas, en cuanto tenga conocimiento, el extravío, robo, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago. Una vez que el consumidor ha cumplido la obligación de

un posible reparto del riesgo entre empresarios. No obstante, como en alguna ocasión han resuelto los tribunales españoles, se estima que los riesgos de desistimiento y de anulación por parte del consumidor pesan sobre el proveedor, a la vista de las disposiciones legales sobre la materia que parten de una relación entre proveedor y consumidor, y de las características del programa informático facilitado por el Banco; que autoriza la operación de forma automática sobre la base de una tarjeta no caducada y operativa dentro del límite del crédito concedido, pero sin que ello suponga asumir el buen fin de la operación. En definitiva la resolución no nos parece muy alejada de nuestro planteamiento”, Ruiz Muñoz, M., Tutela de los consumidores en el comercio electrónico, cit. p. 74.

⁶⁸³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de diciembre de 2004

⁶⁸⁴ Directiva 2007/64/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2007 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. El objetivo de la Directiva es garantizar que los pagos en el ámbito de la UE, en particular las transferencias, los adeudos directos y los pagos efectuados con tarjeta, puedan realizarse con la misma facilidad, eficiencia y seguridad que los pagos nacionales internos de los Estados miembros

notificación, sin tardanza injustificada, es necesario que se formule una reclamación de rectificación al proveedor de servicios de pago, a más tardar a los trece meses de la fecha del adeudo, salvo que no se haya facilitado por el proveedor la información sobre la operación (artículo 58), añadiendo, en el artículo 60, la obligación del proveedor de servicios de pago, de devolver de inmediato el importe de la operación no autorizada⁶⁸⁵.

Además, en el artículo 61, se establece una franquicia a cargo del ordenante de un máximo de 150 euros, en los casos de extravío o robo o, si el ordenante no ha protegido los elementos de seguridad personalizados, de la sustracción de un instrumento de pago, quien soportará todas las pérdidas ocasionadas por las operaciones de pago no autorizadas, cuando sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de alguna de sus obligaciones, con arreglo al artículo 56. En estos casos no se aplicará el límite máximo anterior. Este nivel de responsabilidad del ordenante puede ser modulado, como señala el artículo 61.3, al establecer que, en los casos en que el ordenante no haya actuado de forma fraudulenta ni haya incumplido de forma deliberada sus obligaciones con arreglo al artículo 56, los Estados miembros podrán reducir esta responsabilidad, teniendo especialmente en cuenta la naturaleza de los elementos de seguridad personalizados del instrumento de pago y las circunstancias de la pérdida, el robo o la sustracción⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ El artículo 60, referido a la responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas, señala que *Sin perjuicio del artículo 58, los Estados miembros velarán por que, en caso de que se ejecute una operación de pago no autorizada, el proveedor de servicios de pago del ordenante le devuelva de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablezca en la cuenta de pago en la cual se haya adeudado el importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada. Podrán determinarse otras indemnizaciones económicas de conformidad con la normativa aplicable al contrato celebrado entre el ordenante y su proveedor de servicios de pago.*

⁶⁸⁶ Ruiz Muñoz, M., *Tutela de los consumidores en el comercio electrónico*, cit. p. 78.

1.3. Los envíos no solicitados

Una última cuestión a resaltar, es el problema de los envíos no solicitados. Esta práctica se ha utilizado en algunos sectores del tráfico y constituye una estrategia comercial abusiva por parte de los empresarios, frente a los consumidores y, en especial, frente a consumidores que están en inferioridad de condiciones, como es el caso de los menores, mayores incapacitados y otros colectivos. La LGDCU es restrictiva en estos casos, prohibiendo toda clase de envíos no solicitados⁶⁸⁷. En este sentido, va a prohibir el envío al consumidor, de toda clase de bienes de suministro, cuando estos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza. A pesar de esta prohibición, es una práctica usual el envío de estos bienes, por lo que la Ley añade que, en estos casos, el consumidor no estará

⁶⁸⁷ Artículo 66 quáter. *Prohibición de envíos y suministros no solicitados.*

1. Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento.

En caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera prestando previamente al suministro no solicitado al nuevo suministrador, se entenderá el interés del consumidor en continuar con el suministro del servicio con su suministrador anterior, volviendo a ser suministrado por éste quién tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente.

2. Si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.

obligado a su devolución, ni a efectuar ningún pago y, en caso de que decida devolverlos, no tendrá que pagar ninguna indemnización por los posibles daños o deméritos sufridos.

Finalmente, señalar que la Ley señala una excepción, en el caso de contratos para el suministro de agua, gas, electricidad o calefacción mediante sistemas urbanos, en los que el suministro ya se estuviera prestando previamente al suministro no solicitado. En estos casos, al tratarse de un error en el destinatario, la Ley establece que el suministrador anterior tendrá derecho a cobrar los suministros a la empresa que suministró indebidamente al consumidor. Asimismo, señala que si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos, no responderá por los daños o deméritos sufridos, reconociendo el derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.

1.4. Las condiciones generales

Entre las obligaciones más importantes del empresario en relación con el contenido del contrato, está la de poner a disposición del consumidor y usuario las condiciones generales del contrato, con carácter previo al inicio de la contratación, para que puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario⁶⁸⁸. La utilización de condiciones generales impuestas por el empresario, tiene carácter general en la contratación electrónica y cumplen una función importante, en aras a conseguir la confianza del consumidor y la transparencia del mercado⁶⁸⁹.

Cuando la contratación se efectúa mediante condiciones generales aparece el problema de las cláusulas abusivas. En estos casos, el consumidor se va a encontrar desprotegido pues no podrá negociarlas ni modificarlas, puesto que

⁶⁸⁸ Zurilla Cariñana, *Comercio electrónico y protección de los consumidores en España*, cit, p. 6. En el mismo sentido, ver Vazquez Ruano, T., (2008) *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*. Editorial Marcial Pons, Madrid.

⁶⁸⁹ Cabello de los Cobos, L.M. *Condiciones generales de la contratación electrónica*, cit, pp. 487.

forman parte de las condiciones generales impuestas por el empresario⁶⁹⁰.

Por ello, en especial se tendrá en cuenta la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos electrónicos, cuya definición se recoge en la LGDCU, en su versión de marzo de 2014, en su artículo 82, cuando señala que: *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.*

Continúa este artículo diciendo que: *el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa*⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Blanco Pérez-Rubio, L. (2001) *Cláusulas abusivas en la contratación electrónica*, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Editorial Wolters Kluwer, p. 505 y ss.

⁶⁹¹ En cualquier caso, en el párrafo 4º realiza una enumeración, no exhaustiva, de cláusulas que son abusivas, en concreto aquellas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. El artículo 83 declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, señalando que se tendrán por no puestas y que será el Juez, previa audiencia de las partes, quien declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

2. El derecho de desistimiento: especial consideración al desistimiento contractual

Se puede decir que el derecho al desistimiento es una cuestión fundamental para la protección del consumidor⁶⁹². Esta figura jurídica ha irrumpido con fuerza en el Derecho de contratos y tiene su fundamento en el reconocimiento del principio general de tutela del consumidor, que consiste en el reconocimiento de la facultad, por parte del consumidor y usuario, legal o contractual, de poner fin al contrato libremente, solamente con una exigencia, la de notificarlo previamente al empresario, dentro del plazo legal o contractual establecido⁶⁹³. Actualmente, este derecho se ha convertido en uno de los principales ejes del Derecho de consumo, para defender los intereses de los consumidores. Es decir, que en los contratos de consumo, el consumidor, con su simple decisión, puede decidir que el negocio jurídico no produzca su eficacia, sin necesidad de alegar ninguna causa que lo justifique y sin consecuencia alguna para sus intereses⁶⁹⁴.

⁶⁹² Beluche Rincón, I., (2009) *El derecho de desistimiento del consumidor*, pp. 31 y ss., aborda las diferencias entre el derecho “a poner fin” a la relación contractual –que reconoció expresamente la Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de relación de los consumidores y usuarios- y el derecho de desistimiento del consumidor que recientemente reglamenta el legislador en los artículos 68 y siguientes del reciente TRLGDCU.

⁶⁹³ Larrosa Amante, M.A. (2009) *El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo*, Práctica de Tribunales, nº 61, Sección Estudios, Junio, Editorial La Ley, p. 1.

⁶⁹⁴ Como señala Reyes López, M.J., (1999) *Capítulo I: Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico* en *Derecho de Consumo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 22. “*el descubrimiento de nuevas materias, la puesta en práctica de nuevos métodos de fabricación, el desarrollo de los nuevos medios de comunicación, la ampliación de los mercados, la aparición de nuevos métodos de venta... han provocado que el consumidor de otros tiempos, comprador generalmente aislado en un mercado local de escasas dimensiones, se haya transformado en un elemento de un mercado de masas, siendo objeto de campañas publicitarias, de presiones de productos y distribuidores fuertemente organizados, que ha provocado la ruptura del equilibrio entre productores y consumidores en beneficio de los primeros*”.

En sus inicios, este derecho fue concebido para ser aplicado en algunos contratos de consumo, por la especial situación de debilidad del consumidor⁶⁹⁵.

Hoy en día, esta opción de desistir libremente, se extiende a cualquier negocio en el que las partes lo decidan, por lo que, además de ser un mecanismo de defensa de los consumidores y usuarios, supone un mecanismo de estímulo al comercio y , en particular, al comercio electrónico⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ En este sentido, Llobet I Aguado, señala: *“Uno de los requisitos para que exista contrato es la existencia de consentimiento (artículo 1261 del Código Civil), y este consentimiento debe ser serio, espontáneo y libre. Tradicionalmente, la protección de este consentimiento se ha hecho a través de la teoría de los vicios. Así, la parte víctima de error, violencia o intimidación, puede invocar este vicio para impugnar el contrato (artículos 1265 y 1300 y ss del C.c.). En los contratos de compraventa y arrendamiento, el comprador y arrendatario disponen, bien que a posteriori, de una garantía adicional específica: la del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida o arrendada. Este planteamiento tradicional puede verse afectado por la nuevas circunstancias y formas de contratación, en las cuales destaca, como sujeto digno de protección, el consumidor. En efecto, se puede decir que las exigencias actuales del tráfico jurídico han transformado el esquema clásico de la conclusión del contrato”* en Llobet I Aguado, J., *El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales*, en Revista General de Derecho, año II, nº 604-605, enero – febrero 1995, p. 143. También, Miranda Serrano, L.M., (2001) *Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica*, en Botana García, Gema Alejandra (Coordinación). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Editorial La Ley, Madrid, p. 575.

⁶⁹⁶ Como afirma Palacios González, *“...la contratación en masa ha supuesto la ruptura de la igualdad de las partes en el mercado, que a su vez, fundamentaba el principio de autonomía de la voluntad como criterio jurídico inspirador de la regulación contractual privada. La superioridad de la posición de los empresarios frente a la de los consumidores se manifiesta, entre otros factores, en los recursos con que cuentan los primeros para la captación de clientela. No se debe solo a los mayores medios económicos de que la empresa dispone sino también a la posibilidad de acceder a la información sociológica sobre preferencias y comportamientos de los consumidores, de realizar estudios de mercado e incluso de obtener y utilizar información sobre técnicas que afectan y pueden influir en aquellas preferencias y comportamientos”* en Palacios González, M.D., (2012) *La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: Protección frente a la publicidad*

El desistimiento, es un derecho que la ley atribuye al consumidor y usuario en varios textos legales y que se ha convertido en usual en la contratación electrónica⁶⁹⁷.

La definición legal de este derecho se contiene en el artículo 68.1 de la LGDCU, según el cual *“es la facultad del consumidor y usuarios de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase”*. Partiendo de esta definición, se puede predicar de este derecho que es un derecho personal del consumidor y usuario, que se reconoce de forma unilateral a éste y no al empresario.

engañoso, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación, en Revista de Derecho Privado enero-febrero 2012.

⁶⁹⁷ En cuanto a la naturaleza del derecho de desistimiento, Fernández señala que *“Algunos han visto en el desistimiento de los contratos a distancia un verdadero derecho de resolución contractual. Tal apreciación podría fundarse en la consideración de un derecho de resolución como ineficacia del contrato sobrevenida al mismo, sin que realmente exista un elemento o circunstancia de incumplimiento o cualquier otro hecho que permita al que ejercita la acción resolutoria resolver el contrato. Ciertamente, podemos afirmar que el desistimiento es claramente opuesto a la existencia de una causa de ineficacia sobrevenida de origen resolutorio. No existe ninguna circunstancia que permita al comprador o arrendatario del servicio instar la resolución. El desistimiento, tal como se configura por la legislación de contratación a distancia y por la contratación electrónica, nada tiene que ver con el incumplimiento contractual...”*

Así, podemos definir el derecho de desistimiento como la declaración de voluntad unilateral del adquirente o adherente al contrato, establecida por ministerio de la ley para ciertas categorías de contratos, sin necesidad de expresión de la causa y que comporta la renuncia al negocio celebrado, extinguiéndolo sobrevenidamente a su perfección. Según este autor el desistimiento es una declaración de voluntad, dirigida a producir la extinción del contrato que sólo se produce en los casos en que las partes han cumplido las obligaciones contractuales, sin que requiera expresión de la causa y sin necesidad de formalidad alguna. *“El desistimiento provoca la extinción del contrato. Es una extinción sobrevenida pues se trata de un contrato válidamente celebrado que se extingue por la mera voluntad de una de las partes”*, Fernández Fernández, R., en *El contrato electrónico*, cit. pp. 269-272.

Además, es un derecho discrecional, por lo que el consumidor y usuario no tiene que alegar motivo alguno para su ejercicio y es irrenunciable, aunque el consumidor puede decidir no ejercitar el derecho que se le ha reconocido⁶⁹⁸ y tiene carácter temporal, en este caso, de 14 días naturales para su ejercicio, si el empresario ha proporcionado la información legalmente prevista, o de doce meses, en casos de ausencia de dicha información⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ Sobre el derecho al desistimiento podemos citar, entre otros, a Botana García, G., (2009) *Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales*, Diario La Ley, nº 7147, Sección Tribuna, 1 Abril, Año XXX, Editorial La Ley; En el mismo sentido, Salgado André, E., (2014) *La obligación de informar sobre el derecho de desistimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento*, La Ley mercantil, nº 9, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Diciembre, Editorial La Ley; Gallego Domínguez, I., (2011) *Derecho de desistimiento*, en Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (dirección), La Defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007) Iustel, Madrid; Clemente Meoro, M., (2006) *El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia*, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº. 16; Jiménez Muñoz, F.J., (2011) *El derecho legal de desistimiento, presente y (posible) futuro*, Actualidad civil, nº 7; Domínguez Luelmo, A., (2011) *Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento*, en Cámara Lapuente, S. (dirección), Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Editorial Colex, Madrid; Clemente Meoro, M.E., (2006) *Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos*, Noticias de la Unión Europea, ISSN 1133-8660, nº 263, pp. 5-14; Bermúdez Ballesteros, M., (2012) *El derecho de desistimiento en la Directiva 2001/83/UE (LA LEY 12734/2001) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores*, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 1.

Para contratos especiales, ver: Castaños Castro, P., (2012) *El desistimiento en el contrato de hospedaje*, Turismo y sostenibilidad: V Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 17 y 18 de mayo de 2012 (coordinación José Luis Jiménez Caballero, Pilar de Fuentes Ruiz, Carlos Sanz Domínguez), pp. 277-300; Maja Lyczkowska, K. (2012) *El desistimiento del contrato del transporte aéreo*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 2, pp. 43-44; Costas Rodal, L., (2012) *Derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 3, pp. 99-110; Martínez Espín, P., (2012) *Algunos casos de desistimiento en el contrato de viaje combinado*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 2, pp. 114-125.

⁶⁹⁹ Larrosa Amante, M.A. *El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo*,

La declaración de voluntad del consumidor y usuario es de carácter recepticio, es decir, que debe llegar a conocimiento del empresario, utilizando cualquier medio válido en Derecho, pero no lleva aparejada ninguna penalización por su ejercicio, debido al carácter gratuito para el consumidor y su ejercicio determina la extinción del contrato de consumo concertado.

Tanto la legislación europea, como la nacional, para mejorar la posición del consumidor, parte débil del contrato frente a la del empresario, comienza a tutelar al consumidor en los contratos a distancia, permitiendo que reconsidere su decisión, tras concluir el contrato, sin justificar sus razones. La regulación jurídica del derecho al desistimiento, se produce, a nivel europeo, a través de una serie de Directivas que pretenden tipificar esta figura, aunque será con la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, cuando se consiga unificar este sistema de protección⁷⁰⁰.

cit. p. 5.

⁷⁰⁰ A nivel comunitario, algunas de las Directivas que han regulado, de alguna forma, este derecho son: Directiva 85/577/CE, Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; Directiva 2002/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE; Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE

A nivel comunitario, la regulación de esta figura es producto de un largo proceso de consolidación de la normativa protectora de los consumidores. La primera referencia al derecho al desistimiento del contrato, concebido como derecho a la renuncia o rescisión del contrato, lo encontramos en la Directiva 85/577/CE, Directiva del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, en los artículos 4 y 5⁷⁰¹. En esta Directiva, se regula de forma bastante completa el derecho al desistimiento, aunque no lo denomina así, y se otorgan los 7 días para su ejercicio, plazo que se mantiene en la regulación española hasta la reforma del

del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁷⁰¹ *Artículo 4. El comerciante estará obligado a informar por escrito al consumidor , en el caso de transacciones contempladas en el artículo 1 , sobre su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5 , así como sobre el nombre y dirección de una persona con respecto a la cual pueda ejercer dicho derecho. Dicha información estará fechada y mencionará los elementos que permitan identificar el contrato y se dará al consumidor:*

- en el caso del apartado 1 del artículo 1, en el momento de la celebración del contrato;*
- en el caso del apartado 2 del artículo 1, a más tardar , en el momento de la celebración del contrato:*
- en el caso del apartado 3 del artículo 1 y del apartado 4 del artículo 1, cuando el consumidor haya propuesto la oferta .*

Los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo.

Artículo 5. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido.

TRLGDCU de 2014. En las Directivas de contratos especiales, como la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁷⁰², se contempla, en el artículo 5, un derecho a la resolución del contrato en un plazo de 10 días⁷⁰³.

También en la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, se regula el derecho a la rescisión del contrato de forma exhaustiva, en contratos celebrados sin presencia física simultánea de las partes (por teléfono, fax

⁷⁰² Para un estudio sobre la Directiva 94/4, podemos ver: Lete Achirica, J., (1998) A propósito del Derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español, en *Actualidad Civil*, Tomo 2, p. 529 y ss. También Botana García, G.A., (2009) *Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales*. Diario La Ley, nº 7147, Sección Tribuna, 1 Abril, Año XXX, Editorial La Ley, pp. 1 y ss, donde señala que “*la novedad de esta norma comunitaria no reside en el reconocimiento de un derecho para desistir del contrato en el plazo ya aludido de diez días naturales sino en la regulación de las consecuencias de la falta de los datos obligatorios previstos en su propio Anexo. El legislador comunitario ha dispuesto que si el contrato no contiene dicha información, el adquirente tendrá derecho a desistir el contrato en un plazo de tres meses a partir de su firma. En caso de que en el plazo de tres meses se facilitaran las informaciones en cuestión, el adquirente dispondrá, a partir de ese momento, del plazo de desistimiento de 10 días naturales. Si transcurrido el plazo de tres meses, el adquirente no ha hecho uso del derecho de desistimiento y el contrato no contiene la información mencionada en el Anexo, aquel dispondrá del plazo de resolución ad nutum de 10 días naturales, a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de tres meses (art. 5.1). Estas disposiciones se mantienen en la Propuesta lo único que con la precisión de un plazo de reflexión de 14 días*”.

⁷⁰³ Artículo 5. Los Estados miembros dispondrán en sus legislaciones lo siguiente: Además de lo que las legislaciones nacionales permitan al adquirente en materia de invalidez de los contratos, el adquirente tendrá derecho: a resolver el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

o por correo electrónico, entre otros), en el artículo 6, ofreciendo también, un plazo de 7 días para su ejercicio⁷⁰⁴. Esta Directiva ofrece una regulación semejante a la actual sobre el derecho al desistimiento.

Por otra parte, la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, prevé la aplicación del Derecho de desistimiento en los contratos objeto de su regulación, en el artículo 6⁷⁰⁵. Todavía se insiste en la denominación de derecho a la rescisión. El plazo que prevé esta norma es de 14 días ampliables a 30 en determinados supuestos.

Será en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo, donde se regula, en el artículo 14, el derecho al desistimiento, utilizando ya la denominación actual de este derecho⁷⁰⁶. A partir de esta Directiva ya se recoge el derecho al desistimiento del contrato, sin necesidad de alegar justa causa⁷⁰⁷. Y, finalmente, en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento

⁷⁰⁴ Artículo 6. Derecho de resolución. Respecto a todo contrato negociado a distancia, el consumidor dispondrá de un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. El único gasto que podría imputarse al consumidor es el coste directo de la devolución de las mercancías al proveedor.

⁷⁰⁵ Artículo 6. Derecho de rescisión. Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/ CEE y jubilaciones personales.

⁷⁰⁶ Artículo 14. Derecho de desistimiento. El consumidor dispondrá de un plazo de 14 días civiles para desistir del contrato de crédito sin indicar el motivo.

⁷⁰⁷ Así se va a contemplar en la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos

Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores⁷⁰⁸, se amplía el plazo de 7 a 14 días de manera definitiva. Esta Directiva ha pretendido una armonización plena de este derecho, pretendiendo evitar que los Estados miembros añadan requisitos de forma o de fondo sobre información precontractual en estos contratos.

Hemos de citar también, la propuesta de Reglamento europeo en materia de compraventa europea⁷⁰⁹ que regula este derecho, y que se convierte en un

de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, que deroga la Directiva 94/47/CE.

⁷⁰⁸ Por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Para un estudio sobre la Directiva 2011/83 podemos ver Guillén Catalán, R., (2012) *La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante, pero incompleto*, Diario La Ley, de 20 de febrero, nº 7801.

⁷⁰⁹ En respuesta al Libro Verde, el Parlamento Europeo, en su camino hacia la consecución de un derecho privado común, adoptó el 8 junio 2011 una Resolución en la que expresaba su firme apoyo a un instrumento que permitiría mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y beneficiaría a los comerciantes, los consumidores y los sistemas judiciales de los Estados miembros. Esta Resolución culminó en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea (en siglas inglesas, Propuesta de Reglamento CESL), de 11 octubre 2011. En su artículo 1.1. señalaba que *“La finalidad del presente Reglamento es mejorar las condiciones para el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, estableciendo para ello un conjunto uniforme de normas de Derecho contractual («la normativa común de compraventa europea»).* Estas normas pueden utilizarse para regular las transacciones transfronterizas de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados cuando así lo acuerden las partes contratantes.

3. En relación con los contratos entre comerciantes y consumidores, el presente Reglamento contiene un conjunto completo de normas destinadas a garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores, de mejorar su confianza en el mercado interior y de animarlos a realizar compras transfronterizas”.

instrumento opcional, en contratos transfronterizos con consumidores, que posibilita a las partes a acogerse a él o a la legislación estatal vigente.

A nivel nacional⁷¹⁰, existía una regulación fragmentada de normas que regulaban este derecho y habrá que esperar a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para unificar el sistema e incorporar las últimas Directivas sobre este tema⁷¹¹.

⁷¹⁰ A nivel nacional, sin carácter exhaustivo, encontramos la siguiente normativa, muchas de ellas actualmente derogadas: Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de viajes combinados; Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.; Ley 22/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles; Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, derogado por la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias; Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico; Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

⁷¹¹ Para un estudio sobre el tema, ver: Camacho Clavijo, S., *El Derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley Ordenación del Comercio Minorista)*, en Diario La Ley, nº 6466, 20 Abril de 2006. También, Picatoste Bobillo, V., *El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información*, en García Rubio, M. P., (Coordinación). Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 755.

En nuestro Derecho nacional⁷¹², la primera Ley en la que encontramos una referencia al derecho a desistir del contrato, es la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos, en cuyo artículo 8⁷¹³ se reconoce la existencia de un derecho de desistimiento en este tipo de ventas, aunque con carácter más limitado en el plazo.

En la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios⁷¹⁴, no se mencionaba de ninguna forma el derecho al desistimiento en su primera redacción. En las reformas parciales que siguieron a esta Ley se fueron introduciendo modificaciones que reconocían, aunque de forma parcial, la posibilidad para el consumidor de desistir unilateralmente de un contrato de consumo previamente suscrito⁷¹⁵.

También, la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil regula un derecho de revocación que podrá ser ejercido en

⁷¹² Sobre el desarrollo histórico de esta figura, podemos ver: Jiménez Muñoz, F. J., *El derecho legal de desistimiento: presente y (posible) futuro* en Actualidad Civil, nº 7, quincena del 1 al 15 de Abril de 2011. También, Arroyo Aparicio, A., (2003) *Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, Editorial Aranzadi, Navarra, p.327.

⁷¹³ Artículo 8. *Si se hubiere pactado, el comprador podrá desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, comunicándolo por carta certificada o de otro modo fehaciente al vendedor, siempre que no hubiere usado de la cosa vendida más que a efectos de simple examen o prueba y la devuelva dentro del mismo plazo en el lugar, forma y estado en que la recibió, libre de todo gasto para el vendedor.*

⁷¹⁴ Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007, derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁷¹⁵ En este sentido, ver Bercovitz Rodríguez Cano, R., *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 188.

un plazo de 7 días⁷¹⁶ así como en la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de viajes combinados, donde se menciona por vez primera el derecho al desistimiento del contrato, sin término alguno, en cualquier momento hasta antes del viaje, aunque contempla la posibilidad de indemnización por determinados gastos, que deberá satisfacer el consumidor⁷¹⁷.

Igualmente, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) recoge el derecho al desistimiento, en el plazo de 7 días, para los contratos a distancia en general⁷¹⁸, por lo que se puede aplicar a los contratos electrónicos⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Artículo 5. *Ejercicio del derecho de revocación. El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción.* Sobre el derecho al desistimiento en esta Ley, Porres De Mateo, C., (1994) *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el Derecho de revocación del consumidor*, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 21, agosto, pp. 205 y ss.

⁷¹⁷ Artículo 9. *Resolución del contrato o cancelación del viaje. 4. En todo momento el usuario o consumidor podrá desistir de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado, pero deberá indemnizar al organizador o detallista en las cuantías que a continuación se indican, salvo que tal desistimiento tenga lugar por causa de fuerza mayor: a) Abonará los gastos de gestión, los de anulación, si los hubiere, y una penalización consistente en el 5 por 100 del importe total del viaje, si el desistimiento se produce con más de diez y menos de quince días de antelación a la fecha del comienzo del viaje; el 15 por 100 entre los días tres y diez, y el 25 por 100 dentro de las cuarenta y ocho horas anteriores a la salida. De no presentarse a la salida, el consumidor o usuario está obligado al pago del importe total del viaje, abonando, en su caso, las cantidades pendientes salvo acuerdo entre las partes en otro sentido. b) En el caso de que el viaje combinado estuviera sujeto a condiciones económicas especiales de contratación, tales como flete de aviones, buques, tarifas especiales, etc., los gastos de anulación por desistimiento se establecerán de acuerdo con las condiciones acordadas entre las partes.*

⁷¹⁸ Artículo 44. *Derecho de desistimiento. El comprador dispondrá de un plazo mínimo de siete días hábiles para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. Será la ley del lugar donde se ha entregado el bien la que determine qué días han de tenerse por hábiles. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho.*

⁷¹⁹ Marín López, J.J., (1996) Artículo 10: Derecho de desistimiento, en Arimany, Manubens &

Contemplan también este derecho la Ley 28/1998, de 13 de julio, de ventas a plazo de bienes muebles, señalando el plazo de 7 días, como en la normativa que le precede⁷²⁰ y la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, reguladora de los Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y normas tributarias, que proviene de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 94/47/CE, la cual establece una doble regulación, pues contempla, de un lado un derecho al desistimiento y, por otro, un derecho a la resolución del contrato⁷²¹. En esta norma, el plazo para el desistimiento se amplía a 10 días, como en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores⁷²².

Asociados (Coordinación). Tornos Mas, J. Marín López, J.J. Cases Pallares, L. Arimany Lamoglia, Esteban. Manubens Florensa, Carlos (Dirección). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. Editorial Praxis, Barcelona, 1º edición, p. 92.

⁷²⁰ *Artículo 9. Facultad de desistimiento. El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, comunicándolo mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor y, en su caso, al financiador, siempre que se cumplan todos los requisitos siguientes.* Para una mayor información, ver: Blasco Gascó, F. P. (2000) *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 99 y ss

⁷²¹ *Artículo 10: 1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de diez días, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio. Si el último día del mencionado plazo fuese inhábil, quedará excluido del cómputo, el cual terminará el siguiente día hábil. Ejercitado el desistimiento, el adquirente no abonará indemnización o gasto alguno.*

2. Si el contrato no contiene alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro, el adquirente podrá resolverlo en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno.

⁷²² *Artículo 10.1. El consumidor dispondrá de un plazo de catorce días naturales para desistir del contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. El mencionado plazo*

Se aprueba, posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁷²³, que regula el derecho al desistimiento en el artículo 68⁷²⁴. Como señala Sainz-Cantero, *“el gran avance que supone esta normativa respecto a sus antecesores, es que logra la equiparación normativa de los requisitos para darse de alta en un contrato, con los de darse de baja o desistir de él”*⁷²⁵.

Finalmente, podemos citar el Real Decreto-ley 8/2012, de 16 de marzo, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio, cuyo objeto es la transposición de la Directiva 2008/122/CE, en cuyos artículos 12 y siguientes, regula todo lo relativo al Derecho de desistimiento⁷²⁶.

será de treinta días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida. Sobre el derecho al desistimiento en los contratos bancarios realizados a distancia, podemos ver Sirvent García, J., (2009) *El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica* en Perspectivas del Sistema Financiero. El Consumidor en la Contratación Bancaria Electrónica (PSF), nº 96, pp. 67 y ss.

⁷²³ Salgado André, E., (2014) *La obligación de informar sobre el derecho de desistimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento*. La Ley mercantil, nº 9, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Diciembre, Editorial La Ley, p. 1.

⁷²⁴ *Artículo 68.1. El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento. 2. El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato.*

⁷²⁵ Sainz-Cantero Caparrós, M.B., *El desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Actualidad civil, nº 9, 2008.

⁷²⁶ *Artículo 12.1. En los contratos regulados en este real decreto-ley, el consumidor tendrá derecho de*

En 2014, se produce una modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo, en su artículo 69, la obligación del empresario de informar al consumidor y usuario sobre el derecho al desistimiento del contrato⁷²⁷. Además, el artículo 68 contempla dos supuestos en los que se reconoce este derecho al consumidor:

- en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y
- cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato.

Podemos entender que, si el derecho al desistimiento es atribuido por la Ley, el empresario deberá informar al consumidor y usuario, *por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho de desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido.*

desistimiento sin necesidad de justificación alguna. En defecto de lo dispuesto en el presente real decreto-ley, el derecho de desistimiento se regirá por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. 2. El plazo para su ejercicio es de catorce días naturales. Este Real Decreto ha sido derogado por Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

⁷²⁷ Artículo 69. 2. *Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior.* Un ejemplo del cumplimiento de esta exigencia lo podemos ver en la empresa española ZARA que ya aplica la normativa en vigor y tiene una política de condiciones de uso y compra en la que se contempla perfectamente el derecho al desistimiento y la posibilidad de rellenar un formulario de la propia empresa [consulta el 25 de marzo de 2015], en su página web: http://static.zara.net/static//pdfs/ES/terms-and-conditions/terms-and-conditions-es_ES-20140709.pdf. Otro ejemplo lo podemos ver en la empresa MANGO [consultado el 31 de marzo de 2015], cuyo formulario de desistimiento lo encontramos en la página web:

http://st.mngbcn.com/web/ayuda/desistimiento/pdf/withdrawal_ES_ES.pdf

Además, el empresario deberá entregar al consumidor y usuario *un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere*⁷²⁸.

Por tanto, pesarán sobre el empresario dos obligaciones; de un lado, deberá dar a conocer al consumidor y usuario el derecho que le asiste, documentándolo por escrito en el documento contractual y, si se trata de contratos electrónicos (celebrados a distancia), lo deberá incluir en el documento informativo precontractual. De otra parte, el empresario deberá facilitar el ejercicio del derecho, mediante la entrega del documento de desistimiento⁷²⁹.

Según señala el artículo 70 de la LGDCU⁷³⁰, no se somete el ejercicio del derecho de desistimiento a ninguna formalidad, por lo que bastará que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. Así, el consumidor y usuario podrá dar por terminado el contrato, dentro del plazo de 14 días naturales, por cualquier procedimiento, siempre que le permita dejar constancia del ejercicio de este derecho, con sus datos y la fecha, puesto que corresponderá al consumidor probar que ha ejercitado su derecho al desistimiento⁷³¹.

⁷²⁸ Bermúdez Ballesteros, M.S. (2014) *La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU*, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 9.

⁷²⁹ Beluche Rincón, I., (2009) *Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*. Diario La Ley, nº 7182, Sección Tribuna, 26 Mayo, Año XXX, Editorial La Ley, pp. 2 y ss.

⁷³⁰ *Artículo 70. El ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento o mediante la devolución de los productos recibidos.*

⁷³¹ *Artículo 72. Corresponde al consumidor y usuario probar que ha ejercitado su derecho de desistimiento conforme a lo dispuesto en este capítulo.*

Para los contratos electrónicos, se habrá de tener en cuenta el artículo 106 de la LGDCU, que exige que el consumidor o usuario comunique al empresario, antes de que venza el plazo de desistimiento, su decisión de desistir del contrato, utilizando el documento que ofrece la propia Ley o realizar otro tipo de declaración inequívoca, en la que señale su decisión de desistir del contrato. Si el empresario le ofrece la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B, o cualquier otra declaración inequívoca, a través del sitio web del empresario, comunicará sin demora al consumidor y usuario, en un soporte duradero, el acuse de recibo de dicho desistimiento.

El plazo de 14 días naturales que ofrece la Ley, y que se computa cuando el empresario ha cumplido con sus obligaciones de información precontractual y documentación señalados anteriormente, se amplía a doce meses, después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato, si el objeto de éste fuera la prestación de servicios, en los casos en que el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento⁷³². Ahora bien, si el empresario cumple sus obligaciones dentro del plazo de los doce meses, el plazo legalmente previsto, para el ejercicio del derecho de desistimiento, empezará a contar desde ese momento.

En cualquier caso, la LGDCU disipa toda duda sobre cualquier cláusula que suponga algún pago, por parte del consumidor y usuario, por ejercer su derecho al

⁷³² Artículo 105. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento. 1. Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104.

2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.

desistimiento y así lo establece en el párrafo 2º del artículo 102⁷³³. El consumidor y usuario va a quedar exonerado de cualquier gasto o coste directo de restitución y envío de los bienes objeto del contrato. De esta forma, como señala Beluche (2009) *“se intenta, una vez más, facilitar el desistimiento evitando que los costes que lleva aparejado sean un obstáculo que puedan disuadir al consumidor”*⁷³⁴.

Finalmente, la LGDCU recoge las obligaciones del empresario y del consumidor y usuario, en los casos de ejercicio del derecho al desistimiento. Así, por parte del empresario su obligación principal es la de reembolsar todas las cantidades percibidas del consumidor y usuario, sin ninguna demora, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales, desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario.

Para determinar la observancia del plazo para desistir, se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento. Añadiendo que, en caso de retraso injustificado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, en los que excedan de dicha cantidad. Ahora bien, salvo que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, se establece un derecho de retención del reembolso, hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes.

Por parte del consumidor y usuario, al extinguirse la relación obligatoria como consecuencia del desistimiento, el artículo 74 de la LGDCU establece las

⁷³³ Artículo 102. 1. *Salvo las excepciones previstas en el artículo 103, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2 y 108. 2. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo.*

⁷³⁴ Beluche Rincón, I., *Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*, cit. p. 4.

consecuencias que conlleva el ejercicio de este derecho, teniendo como efecto principal, que las partes las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.303⁷³⁵ y 1.308⁷³⁶ del Código Civil, sin que el consumidor y usuario tenga que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio y teniendo derecho éste al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

Es decir, el consumidor y usuario deberá restituir el bien con sus frutos y el empresario deberá devolver las cantidades abonadas con los intereses, por lo que mientras que el consumidor y usuario no restituya el bien, el empresario no podrá ser compelido a la devolución de la cantidad debida⁷³⁷.

Por tanto, sobre el consumidor y usuario pesan las siguientes obligaciones. En primer lugar, deberá devolver o entregar los bienes al empresario, o a una persona autorizada por éste, sin demora alguna y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales, a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato⁷³⁸, a no ser que el mismo empresario se ofrezca a recogerlos personalmente⁷³⁹.

⁷³⁵ Artículo 1303. Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

⁷³⁶ Artículo 1308. Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba.

⁷³⁷ Beluche Rincón, I., *Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*, cit. p. 5.

⁷³⁸ Esta es la principal consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento, la terminación del contrato con devolución de las prestaciones correspondientes. Así, dentro del plazo señalado en la Ley el consumidor y el empresario deberán restituirse las prestaciones, sin que quepa ningún gastos.

⁷³⁹ Como señala Larrosa, *El ejercicio del derecho de desistimiento unilateral a favor del consumidor*

En todo caso, sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo que el empresario haya aceptado asumirlos él mismo, o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes. Si los bienes se han entregado ya en el domicilio del comprador (en los contratos fuera de establecimiento), el empresario deberá recogerlos a su propio cargo cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo⁷⁴⁰.

En segundo lugar, el consumidor y usuario será responsable de la disminución del valor de los bienes, como consecuencia de una manipulación de los mismos, distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento, salvo que el empresario no le hubiera informado de su derecho de desistimiento⁷⁴¹.

en los contratos de consumo está sometido a la necesidad de que sea usado dentro de un plazo concreto. Esta facultad no puede pender de forma indefinida a favor del consumidor, pues no se puede olvidar que incide de forma directa sobre la validez y eficacia de un contrato debidamente perfeccionado y que reúne todos los requisitos del artículo 1261 CC (LA LEY 1/1889), en Larrosa Amante, M.A. El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo, cit. p. 7.

⁷⁴⁰ Artículo 108. 1. Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor y usuario deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario, de conformidad con el artículo 106. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor y usuario efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales.

El consumidor y usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo.

⁷⁴¹ Artículo 108.2. El consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En ningún caso será responsable de la

En los casos de contratos de servicios, si el consumidor y usuario ejerce el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud, deberá abonar al empresario el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio⁷⁴².

Por último, el artículo 108.4, establece que el consumidor y usuario no asumirá ningún coste por la prestación de servicios o del suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, en los casos en los que el empresario no haya facilitado información sobre el derecho al desistimiento, o una vez ejercido este derecho por el consumidor y usuario, no le haya informado sobre los gastos que debía soportar; cuando el consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento.

No procederá cargar coste alguno sobre el consumidor y usuario, cuando se suministra contenido digital, que no se preste en soporte material y el consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución, antes de que finalice el periodo de 14 días naturales y cuando el consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento, al dar su consentimiento. Tampoco procederá, en los casos en los que el empresario no haya dado la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo

disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 97.1.i).

⁷⁴² Artículo 108.3. Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

razonable, después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio⁷⁴³. El párrafo final del artículo 108, señala que el consumidor y usuario no incurrirá en ninguna responsabilidad, como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento⁷⁴⁴.

Para concluir, hemos de señalar que aunque el consumidor y usuario no haga uso de su derecho de desistimiento, ello no impide que pueda acudir a los medios de defensa contractual tradicionales, tales como las acciones de nulidad o de resolución del contrato por incumplimiento del empresario, como señala el artículo 78 de la LGDCU, que reconoce que *“la falta de ejercicio del derecho de desistimiento en el*

⁷⁴³ Artículo 108.4. *El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:*

a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

1.º El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien

2.º El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3; o bien

b) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

1.º El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102.

2.º El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien

3.º El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.

⁷⁴⁴ Artículo 108.5. *Con excepción de lo dispuesto en el artículo 107.2, y en este artículo, el consumidor y usuario no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento.*

plazo fijado, no será obstáculo para el posterior ejercicio de las acciones de nulidad o resolución del contrato cuando procedan conforme a derecho”, pues, como señala el artículo 59. 2. “los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos”⁷⁴⁵.

Una vez hemos hecho referencia al derecho al desistimiento establecido legalmente, nos vamos a referir al derecho de desistimiento establecido contractualmente, como señala el artículo 68.2 de la LGDCU⁷⁴⁶.

⁷⁴⁵ En opinión de Beluche, tal vez no era necesario recordar la facultad que tienen los consumidores y usuarios, independientemente del ejercicio del derecho al desistimiento, de ejercer la acción de nulidad o de resolución cuando oportunamente sean procedentes. Por tanto, el artículo 59.2 simplemente viene a reiterar la posibilidad de acudir, siempre que medien las circunstancias necesarias, al régimen general de ineficacia contractual. Con la salvedad de los supuestos en los que *“el derecho de desistimiento procediera del pacto entre los contratantes y, la falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato, obligara a acudir a lo previsto en este Título I (art. 79), este precepto serviría de recordatorio de que la atribución al consumidor del derecho a arrepentirse, en modo alguno supone una modificación convencional del abanico de remedios que las normas generales del CC ofrece”*; Beluche Rincón, I., *Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato*, cit. p. 7.

Un interesante enfoque sobre el derecho al desistimiento, lo podemos ver en Cámara Lapuente, S., (2014) *La Nueva Protección del Consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de Marzo*. Revista CESCO de Derecho de Consumo nº11, pp. 79-167 quien señala que *“El reconocimiento del derecho a desistir de los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil (no, por tanto, en otro tipo de contratos) sobre contenidos digitales fue una opción de política legislativa crucial a la hora de diseñar el régimen de protección de los consumidores en la Directiva 2011/83... El régimen de los contenidos digitales y, muy en especial, del desistimiento en los contratos relativos a ellos, constituye, por tanto, una novedad digna del máximo seguimiento, bien para ampliarla, bien para restringirla. Por su parte, la Ley 3/2014 transpuso tal cual las reglas de la norma europea al ordenamiento español”*.

⁷⁴⁶ Artículo 68. 2. *El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato.*

En estos casos, el derecho al desistimiento unilateral, se establece, por voluntad del empresario, en aquellos contratos en los que inicialmente no se reconoce este derecho al consumidor, por disposición legal o reglamentaria alguna. Por tanto, estamos ante un acto unilateral del empresario, en el que no interviene el consumidor y usuario. El derecho que reconoce el empresario no tiene que estar definido como un derecho al desistimiento, sino que del contenido de la oferta, publicidad o promoción, se pueda deducir la facultad del consumidor de dejar sin efecto el contrato, sin penalización alguna⁷⁴⁷, como señala el artículo 79 de la LGDCU⁷⁴⁸.

Ciertamente, el derecho al desistimiento del contrato puede ser reconocido en virtud de un acto bilateral, cuando el empresario y el consumidor firman un contrato con la

⁷⁴⁷ Larrosa Amante, M.A. *El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo*, cit. p. 6. En el mismo sentido, Botana señala que “*El Capítulo II del TRLGCU (LA LEY 11922/2007) recoge una regulación general del derecho de desistimiento de un contrato, no sin antes advertir que dicho derecho se regirá en primer término por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en su defecto por lo dispuesto en el Capítulo. En consecuencia, la finalidad de esta regulación no es solamente establecer un régimen común a todos aquellos casos en que la ley otorga al consumidor la facultad de desistir de un contrato, sino también servir de Derecho supletorio en aquellos casos en que la facultad de desistimiento constituye una concesión voluntaria del empresario*”, en Botana García, G., (2014) *Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Diario La Ley, nº 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril, Editorial La Ley, p. 10.

⁷⁴⁸ Artículo 79. *Derecho contractual de desistimiento. A falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato el derecho de desistimiento reconocido contractualmente, éste se ajustará a lo previsto en este título.*

El consumidor y usuario que ejercite el derecho de desistimiento contractualmente reconocido no tendrá en ningún caso obligación de indemnizar por el desgaste o deterioro del bien o por el uso del servicio debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva.

En ningún caso podrá el empresario exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento.

intervención de ambos en su elaboración y posterior celebración, mediante una cláusula que elaboran conjuntamente o mediante una cláusula predeterminada, incluida en las condiciones generales del contrato, que recoja este derecho⁷⁴⁹.

Para concluir, hemos de señalar que en la contratación electrónica indirecta, no cabe duda de la aplicación de este derecho, puesto que la entrega de los bienes o la prestación de los servicios se realiza totalmente fuera de la Red; en cuanto que en la contratación electrónica directa, aquella que se realiza totalmente en línea, los efectos del desistimiento, ya sea por mandato legal o contractual, se producirán del mismo modo que en el comercio electrónico indirecto, aunque con algunas especialidades pues, en algunos casos, la devolución del bien o del derecho transmitido no va a ser posible⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ En opinión de Larrosa Amante, M.A., “es una cláusula en la que libremente se podrá pactar reconocer este derecho, pero que no puede ir en contra del contenido general de los derechos reconocidos a los consumidores en la ley, pues en función de su contenido podría ser considerada como una cláusula abusiva en los casos en los que se incorporen condiciones contrarias”, en *El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo*, cit. p. 6.

⁷⁵⁰ Por ejemplo, y como señala Fernández Fernández, R., (2013), en *El contrato electrónico*, “Ciertamente, en ocasiones la devolución podría no ser posible o contraria a la naturaleza del contenido de las prestaciones, por ejemplo, una consulta médica o jurídica, que consiste en un contrato de prestación de servicios que lleva aparejado en su cumplimiento la cesión de la propiedad intelectual elaborada o creada por su autor, no puede ser «devuelta», y solamente cabrá ejercitarlo con antelación al cumplimiento pleno de las prestaciones. En el caso de fonogramas, música y otras obras audiovisuales o multimedia, no se trata de arrendamiento de servicios, pero me decanto también por la negativa, tanto por el carácter excepcional del desistimiento como institución, como también por la evidencia que, de aceptarlo, daríamos entrada al fraude.

O, por ejemplo, aquellos que han sido realizados o creados por encargo, de modo personalizado – como es el caso de un software o de aplicaciones tecnológicas realizadas para una empresa por un ingeniero que ha sido contratado para tal finalidad, o bien de creaciones multimedia como la elaboración de una página web, entre otras similares– son supuestos en que no debe admitirse que puedan ser devueltas sin más mediante el ejercicio del derecho de desistimiento”. Sobre la contratación de contenidos digitales podemos ver Cámara Lapuente, S., La nueva protección del

En este sentido, la LGDCU, en su artículo 103, m) establece que *“El derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a: el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario, con el conocimiento por su parte de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento”*.

El reconocimiento del derecho a desistir del contrato en la contratación electrónica directa, es decir, en los contratos sobre contenidos digitales, se regula en la Directiva 2011/83 en la que se establece un régimen apropiado a este tipo de contratos, en cuyo artículo 30 obliga a la Comisión Europea a presentar un informe al Parlamento Europeo y al Consejo, a más tardar el 13 de diciembre de 2016, sobre la aplicación de la Directiva señalando expresamente que *“dicho informe incluirá, en particular, una evaluación de las disposiciones de la presente Directiva por lo que se refiere al contenido digital, incluido el derecho de desistimiento”*.

Además, la Directiva respalda este derecho, justificando su aplicación en los contratos celebrados a distancia especialmente, en los concluidos en Internet, en los que *“el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato”*, por lo que *“debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado, en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes”*. Ahora bien, para evitar el abuso del consumidor, añade que el consumidor *“sólo debe realizar las mismas manipulaciones e inspecciones de los bienes, que las que se admitirían en un establecimiento mercantil”*.

consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo, Centro de Estudios de Consumo, publicado el 3 de octubre de 2014, [consultado el 10 de diciembre de 2014]
<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/proteccionConsumidor.pdf>

De ahí, que la Comisión Europea señale que la información sobre los contenidos digitales, tendrá también que ser más clara e incluir detalles sobre su compatibilidad con *hardware* y *software* y la aplicación de cualquier medida de protección técnica que limite, por ejemplo, el derecho de los consumidores a realizar copias del contenido. Además, los consumidores tendrán derecho a retractarse de compras de contenido digital, tales como las descargas de música o vídeo, pero solamente hasta el momento en que comience el proceso de descarga real.

En los casos de contratos sobre contenidos digitales, debemos distinguir entre los contenidos digitales con soporte material, donde el desistimiento sólo opera si el soporte no ha sido desprecintado y los contenidos digitales sin soporte material, cuando la descarga del contenido no haya comenzado (por el riesgo de copia).

El legislador europeo, concede el derecho al desistimiento del contrato de contenidos digitales, estableciendo una serie de garantías frente al suministrador y al titular de la propiedad intelectual, porque la inmediata puesta a disposición del consumidor en línea del contenido digital, les puede perjudicar, aunque también impone sanciones al suministrador, en los casos en que no informe al consumidor del régimen legal de este tipo de contratos⁷⁵¹.

En definitiva, podemos concluir que el nuevo régimen legal recogido en la Directiva y posteriormente en la Ley 3/2014, permite desistir de los contratos sobre contenidos digitales, suministrados tanto con soporte material como sin él, aunque en el caso de contenidos digitales sin soporte material, las posibilidades de su ejercicio son más

⁷⁵¹ En este sentido, la Propuesta europea de Reglamento CESL contempla este problema del desistimiento de los contratos sobre contenidos digitales y en las enmiendas presentadas por el Parlamento Europeo el 26 de febrero de 2014 consideran que se podrá ejercer el derecho al desistimiento cuando el contenido digital con soporte material se devuelve precintado o no se entregó al consumidor precintado, también en los casos en que resulte patente que el consumidor que devuelve el soporte material no puede haberse quedado con una copia susceptible de uso o cuando el vendedor puede sin un esfuerzo o gasto significativo impedir usos ulteriores del contenido digital por parte del consumidor (dando de baja la cuenta por ejemplo).

limitadas (véase el ejemplo de un libro analógico, que se puede ojear en la librería, frente a uno digital en cuyo caso si se abre comienza la descarga). Por ello, como señala Cámara (2014) *“el régimen legal pretende más bien acentuar los deberes de información precontractual, más que garantizar un eficaz derecho de desistimiento del consumidor tras acceder y probar el contenido digital, que, ciertamente, en tal supuesto queda excluido. Y es que, en el fondo de la decisión legislativa sobre si permitir o no el desistimiento en este tipo de contratos, laten las dificultades acerca de la plena restitución de las prestaciones por ambos contratantes”*⁷⁵².

⁷⁵² Cámara Lapuente, S., La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la ley 3/2014, de 27 de marzo, Centro de Estudios de Consumo, publicado el 3 de octubre de 2014, [consultado el 12 de febrero de 2015]

<https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/proteccionConsumidor.pdf>

CAPÍTULO VI

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Resolución judicial y extrajudicial de conflictos

El artículo 24 de la Constitución española⁷⁵³, constituye una garantía para el justiciable, pues reconoce el derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Dicho artículo convierte a la autoridad de los jueces y magistrados en una garantía, a la hora de iniciar una de las vías fundamentales, para dar solución a los conflictos interpersonales que se plantean.

Respecto a la tutela judicial de los conflictos derivados del comercio electrónico, hemos de destacar la regulación que ofrece la ley en los artículos 30 y 30 en los que se contempla acción de cesación, sin perjuicio de las acciones judiciales previstas en la legislación, tanto general como especial, de protección de los consumidores y usuarios⁷⁵⁴.

Ahora bien, aunque la Constitución garantice que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales, existen otras soluciones para conseguir la misma finalidad, soluciones compositivas y heterocompositivas que no

⁷⁵³ Artículo 24. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

⁷⁵⁴ González Granda, P., *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, Diario La Ley, nº 6733, Sección Doctrina, 12 Junio 2007, Editorial La Ley, p. 3,

vulneran lo dispuesto en dicho artículo⁷⁵⁵.

Así, como señala Lorca, *“cuando existe resolución heterocompositiva justificada en la autonomía de la voluntad, no se infringe el “derecho al juez ordinario predeterminado en la ley” que reconoce el artículo 24.2. de la Constitución. No es posible postular en el arbitraje infracción del “derecho al juez predeterminado en la ley”, por cuanto el valor primario a tener en cuenta es el de la autonomía de la voluntad. Es la verdad objetiva de una proposición -la del artículo 1.1. de la Constitución, que establece que nuestro Estado de Derecho propugna, como valor superior de nuestro Ordenamiento jurídico, “la libertad”- y su validez como dos cosas que no son distintas y divorciadas”*.

⁷⁵⁵ Pues, como señala Martín Diz, *“si el quebradero de cabeza para el ciudadano estriba más en encontrar y acertar con la forma y vía de solución de la disputa que en la propia disputa, es que las piezas del puzzle no encajan”*, Martín Diz, F., (2010) *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, p. 23. Véase también, Belloso Martín, N., (2006) *Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas* en *Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León* / coordinado por Nuria Belloso Martín, pp. 51-82. Igualmente, Ordeñana Gezuraga, I., (2010) considera que *“en los últimos años ha surgido una corriente mundial a favor de potenciar la solución extrajudicial de las controversias jurídicas en general. Nos referimos al movimiento conocido como Alternative Dispute Resolution, Resolución Alternativa de Conflictos en español. Con origen en EE.UU., de donde se ha extendido a todo el mundo, este pensamiento o ideología no postula la erradicación de la jurisdicción en cuanto cauce para la resolución de las disputas jurídicas, sino su utilización únicamente en los casos en los que no resulte antieconómica. Más concretamente, bajo la premisa de que el Estado debe garantizar siempre el acceso a la justicia a sus ciudadanos, esta filosofía mantiene la necesidad de diversificar los medios de resolución, postulando que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los justiciables una pluralidad de mecanismos (la jurisdicción y otros extrajudiciales) para que aquéllos, en absoluta libertad, elijan el que más les convenga en el caso concreto”*, en *La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa*. Diario La Ley, nº 7420, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-193, Editorial La Ley.

En efecto, las partes tienen el derecho a acudir al juez ordinario predeterminado en la Ley, para solucionar sus conflictos, ahora bien éstas pueden decidir libremente acudir a otros sistemas extrajudiciales de resolución de sus conflictos, previstos en nuestro ordenamiento jurídico, como son el arbitraje, la mediación, la conciliación y la negociación⁷⁵⁶. En las líneas siguientes haremos una breve referencia a los sistemas, tanto judiciales como extrajudiciales, para la resolución de los conflictos en el comercio electrónico, centrándonos en los sistemas extrajudiciales.

1.1. La resolución judicial de los conflictos en el comercio electrónico

En el actual sistema de mercado, producto de la industrialización y de los avances tecnológicos, se generan relaciones económicas y comerciales en masa, que pueden provocar el perjuicio de los consumidores y usuarios, no sólo dentro de las fronteras de nuestro Estado sino fuera de las mismas, cuando adquieren bienes y servicios a través de la Red.

Pues bien, desde esa visión, se hace necesario que los consumidores y usuarios encuentren la tutela legal que necesitan frente a los empresarios que les puedan

⁷⁵⁶ Ya que, como sigue señalando el profesor Lorca Navarrete, A.M., *“Ningún precepto legal ni constitucional impone a las partes la obligación de acudir a los órganos jurisdiccionales estatales para resolver sus controversias. A tal efecto, y sin dilatar me con mancas y atrevidas paráfrasis de propia cosecha, diré que el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley (art. 24.2. de la Constitución) lo ostentan las partes siempre que acudan a la jurisdicción estática o estatal, no cuando voluntariamente [“libremente”] han aceptado que sus controversias sean resueltas acudiendo a otros medios heterocompositivos como es el arbitraje previsto en nuestro ordenamiento jurídico y, en concreto, en la LA. Y aquí quería llegar: la justificación constitucional del arbitraje se encuentra en el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1.1. de la Constitución. No se justifica en el artículo 24 de la Constitución”*. en *Acerca de la justificación del arbitraje*, en *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 / coordinado por Ana María Neira Pena; Agustín-J. Pérez-Cruz Martín (dirección congreso), Xulio Ferreiro Baamonde, pp. 91-130: Sobre el tema, ver también: Calvo Andújar, A., (2001) *Resolución de conflictos en la contratación on line: el problema de la jurisdicción competente*, en *Régimen jurídico de Internet*, coordinado por Miguel Fernández Ordóñez, Javier Cremades García, Rafael Illescas Ortiz, pp. 513-528.

causar un daño, pues, como señala San Cristóbal (2005) “de nada sirve reconocer a los consumidores y usuarios «intereses sustantivos» si estos no van acompañados de adecuados instrumentos procesales para la protección jurisdiccional de los mismos”⁷⁵⁷.

Es cierto que la tutela reconocida en el artículo 24. 1 CE se refiere a los intereses colectivos de los derechos de los consumidores y usuarios. Y esto es lógico porque la tutela de intereses individuales en materia de consumo resulta, en muchos casos, ineficaz, por un lado, debido al escaso valor de lo reclamado frente a los costes procesales mínimos y de otra parte, porque en el caso de obtener una resolución favorable, el resultado no se puede extender al resto de los consumidores y usuarios que se hayan visto dañados por el mismo hecho, por lo que no impedirá que el empresario que haya ocasionado el daño cese en su actuación.

Por ello, el legislador ha establecido cauces para la tutela supraindividual de los intereses de los consumidores y usuarios y así lo reconoce la LEC, cuando legitima el ejercicio de las acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios⁷⁵⁸.

En el ámbito del comercio electrónico, los intercambios transfronterizos en materia de consumo han obligado a la Comunidad Europea a establecer normas comunes de protección de los consumidores y usuarios, aprobando numerosas Directivas con el fin de establecer una regulación uniforme para la defensa de sus derechos. Así, ese aprueba la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios⁷⁵⁹. Además, el legislador comunitario, en el artículo 18 de

⁷⁵⁷ San Cristóbal Reales, S., (2005) La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002, Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XXXVIII, p. 43.

⁷⁵⁸ Artículo 11 de la LEC.

⁷⁵⁹ Se observa la intención del legislador comunitario de buscar un equilibrio entre el arbitraje y la

la Directiva de Comercio Electrónico, reconoce la necesidad de mejorar los recursos judiciales existentes en las diversas legislaciones nacionales para adoptar medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner fin a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados. Esta Directiva es una muestra clara de los esfuerzos de la Comisión y del Parlamento europeos, en la búsqueda de mecanismos judiciales eficaces de protección de los consumidores y de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, en el ámbito del comercio electrónico y abre una nueva vía para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, en materia de justicia, imponiendo el establecimiento de métodos de arbitraje y de recursos judiciales rápidos.

El Derecho interno Español cumple con las previsiones de la Directiva, pues existe no sólo un sistema arbitral general, sino también un sistema de arbitraje de consumo. Además, para dar cumplimiento a lo dispuesto en esta Directiva, el legislador español aborda en el Título V de la LGDCU, la regulación de los *procedimientos judiciales y extrajudiciales de protección de los consumidores y usuarios*, contemplando en el Capítulo I las Acciones de Cesación.

1.1.1. La acción de cesación.

Una constante de las instancias europeas ha sido facilitar el acceso a la justicia y la defensa de los intereses de los consumidores. Así, el Consejo de Europa, a través de algunas Recomendaciones, ha insistido en la necesidad de proteger a los consumidores, en temas como la asistencia en juicio, la mejora del acceso a la

jurisdicción, siempre desde la búsqueda de la protección de los consumidores y usuarios. “no se admite el arbitraje si la cláusula compromisoria está contenida en el contrato (lo que provoca de inmediato la legislación sobre cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación) pero se potencia la institución arbitral; se critica la insuficiencia del proceso civil jurisdiccional sin cerrar, sin embargo, la posible solución el conflicto por parte de la jurisdicción estatal y permitiendo por ello el arbitraje, solo si las partes se muestran conformes”, Pereda Gámez, F.J., *Normas de alcance arbitral y jurisdiccional de la Directiva sobre comercio electrónico*, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, coordinación Gema, A. Botana García Editorial La Ley, Madrid, pp. 695-697.

justicia y utilización de sistemas alternativos o sobre las cláusulas abusivas en los contratos. En 1993 se publica el Libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de mercado único, en el que se plantea la necesidad establecer un procedimiento judicial que permitiera el acceso a la justicia de los consumidores. Este esfuerzo culmina con la aprobación de la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. La acción de cesación regulada por la Directiva persigue, como principal objetivo, aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, con especial incidencia en el ámbito del comercio electrónico⁷⁶⁰.

Las acciones de cesación van dirigidas a obtener una sentencia judicial que condene al demandado a cesar en un comportamiento contrario a Derecho o a prohibir su reiteración siempre que exista un riesgo inminente de reiteración en el futuro. Por tanto, la acción de cesación pretende, de una parte reprimir un comportamiento ilícito pues va dirigida a lograr la paralización o suspensión inmediata de un comportamiento ilícito que ya se ha cometido; de otra parte, pretende prevenir la reiteración del comportamiento ilícito en el futuro si aún no se ha llevado a cabo, evitando los efectos perjudiciales que pudieran producirse⁷⁶¹. Es decir, para que se pueda entablar la acción de cesación será necesario que exista un comportamiento ilícito y que se produzca un daño que puede ser actual o futuro, sin que sea necesaria la existencia de culpa, dolo o negligencia en el autor del comportamiento ilícito⁷⁶².

⁷⁶⁰ Plaza Penadés, J., *La responsabilidad civil en internet (su regulación en el derecho comunitario y su previsible incorporación al derecho español)*, cit. p. 13.

⁷⁶¹ (2005) La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXXVIII, p. 47.

⁷⁶² Marín Peidro, L, Feliu Álvarez De Sotomayor, S, Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, L.,

La LSSICE contempla la posibilidad de entablar la Acción de Cesación contra las conductas contrarias a las disposiciones de la propia ley, que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios. Así, señala, en su artículo 30, párrafo 1, que *“contra las conductas contrarias a la presente Ley que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores podrá interponerse acción de cesación*. Asimismo, en el párrafo 2 indica que *“la acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la presente Ley y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando ésta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente”*, dejando todo lo referente a la tramitación procesal a las prescripciones de la LEC para esta clase de acciones⁷⁶³.

Por otra parte, la LGDCU regula la acción de cesación en su artículo 53, con idéntica redacción que la LSSICE, definiéndola como una *“acción dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su*

¿Es posible el cese de los Comportamientos ilícitos en el Comercio Electrónico?, en uaipit.com, Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información, 2003.

⁷⁶³ El Ordenamiento europeo, ve en estas acciones un mecanismo fundamental para proteger los derechos de los consumidores y usuarios. Es éste el objetivo principal de la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las Acciones de Cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Esta Directiva pretende aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación, destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores, contempladas en muy diversas Directivas.

La finalidad del recurso de cesación, es poner fin o prohibir cualquier infracción que atente contra los intereses colectivos de los consumidores (publicidad engañosa, crédito al consumo, vacaciones combinadas, cláusulas abusivas en los contratos, etc). El objetivo de este procedimiento es neutralizar a los operadores comerciales que lleven a cabo actividades que perjudiquen los intereses colectivos de los consumidores de otro Estado miembro.

reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato". El régimen previsto en la LGDCU se debe conjugar con el régimen general recogido en la LEC, en el artículo 11, que introduce la acción de cesación, dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la LSSICE y a prohibir su reiteración futura, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente.

Pero aunque la LSSICE contempla como vía de solución judicial de los conflictos entre prestadores de servicios y destinatarios la acción de cesación, caben otras pretensiones declarativas, constitutivas y de condena⁷⁶⁴, porque si bien es clara la

⁷⁶⁴ Como bien señala González Granda, *las conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE no sólo pueden dar lugar a las acciones de cesación, aunque estas sean las más conocidas y las únicas a las que se refiere de forma expresa la LSSICE (art. 30) como vía de solución judicial de los conflictos entre prestadores y destinatarios de los servicios contemplados en la Ley, sino que caben otras pretensiones -con arreglo a la clásica distinción doctrinal y jurisprudencial de pretensiones en atención al "petitum" en mero declarativas, constitutivas y de condena- en procesos derivados de la práctica del comercio electrónico: principalmente otras declarativas de condena, aunque también es posible el planteamiento de pretensiones mero-declarativas e incluso constitutivas... Así se ejercitará una pretensión de condena de dar cosa específica... siempre que el conflicto traiga causa de la adquisición de un bien por vía electrónica y el incumplimiento en la entrega por el prestador del servicio. Y también cabe la pretensión de condena por los daños y perjuicios como accesoria a una pretensión mero- declarativa o de condena, siempre que se haya producido un daño o perjuicio efectivo, real y evaluable económicamente, derivado del incumplimiento de las disposiciones de la LSSICE, y siempre que este daño sea probado así como la culpa y su relación de causalidad con la conducta ilícita del prestador de servicios. Igualmente son posibles pretensiones constitutivas o mero-declarativas en el ámbito del comercio electrónico, a pesar de no encontrarse expresamente contempladas en el texto de la LSSICE... aunque difícilmente se pretenderá en un litigio de estas características la creación, modificación o extinción de una relación, negocio o acto jurídico... o imaginar supuestos en los que en el comercio electrónico la voluntad del actor vaya a quedar satisfecha con la simple declaración de ilicitud de una determinada actuación, siendo más habitual su ejercicio junto a pretensiones de condena.*

Porque, efectivamente, en la mayoría de las ocasiones la mera declaración de ilicitud de un

competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de los conflictos que se susciten en materia de contratación electrónica, éstos pueden derivar en litigios que correspondan, por la materia objeto del proceso, a otros órdenes jurisdiccionales, como el penal o contencioso-administrativo⁷⁶⁵.

De la lectura de este artículo, se desprende que este proceso pretende condenar al demandado a que cese en la conducta contraria a la Ley, siempre que sea lesiva de intereses colectivos o difusos de los consumidores, o prohibirle la realización futura de una conducta, aunque haya finalizado, si existen indicios suficientes que supongan que se va a volver a adoptar dicha conducta en el futuro. Y este es el sentido de la LSSICE cuando se refiere a esta acción, tanto en el sentido de obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta contraria a la Ley (acción de cesación estricta)⁷⁶⁶, como en el sentido de conseguir la prohibición de la reiteración de una conducta, cuando ésta haya finalizado al tiempo

determinado comportamiento no sirve para complacer plenamente al destinatario que intervenga como actor en este tipo de conflictos; porque en este ámbito concreto se da frecuentemente la posibilidad de determinadas actuaciones ilícitas que no se agotan en un único y concreto acto, sino que tienden a repetirse y a continuar en el tiempo, valga como ejemplo las comunicaciones comerciales no solicitadas, si se declara que tales comunicaciones no han tenido como destinatarios a personas que han solicitado o autorizado expresamente su remisión, con ello no se evita que el prestador de servicios pueda reiterar su conducta seguidamente.

De ahí que se requiera no sólo la mera declaración de ilicitud del comportamiento electrónico, sino el ejercicio de pretensiones dirigidas generalmente a obtener un no hacer por parte del sujeto demandado, y para esto surgen precisamente las acciones de cesación, que se configuran como pretensiones de condena de no hacer. González Granda, P., (2007) Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico, cit. pp. 6 y ss.

⁷⁶⁵ Como así se atribuye por razón de la materia en base al artículo 9.2 de la Ley Orgánica de 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dada la naturaleza privada de las relaciones jurídicas.

⁷⁶⁶ Por ejemplo, la prohibición de envío de mensajes publicitarios y promociones por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónico, si no ha sido solicitado o autorizado expresamente por los destinatarios, contemplada en el artículo 21 de la LSSICE.

de ejercitarse la acción, siempre que existan indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inminente (acción de prohibición)⁷⁶⁷.

En el campo del comercio electrónico, es frecuente que los prestadores de servicios realicen actuaciones ilícitas, que cesan en el caso de que se entable contra ellos una acción de cesación, pero que no finalizan sino que se repiten en el tiempo⁷⁶⁸. De ahí que la LSSICE regule ambas acciones conjuntamente, no sólo para conseguir que

⁷⁶⁷ Por ejemplo, cuando las comunicaciones comerciales, de las que se haya solicitado su cesación, hayan finalizado pero existan indicios que hagan temer su reiteración, en cuyo caso se ejercitará una acción de prohibición.

⁷⁶⁸ En este sentido, Plaza Penadés, J., *La responsabilidad civil en internet (su regulación en el derecho comunitario y su previsible incorporación al derecho español)*, Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, tomo 3, Editorial La Ley, p. 13, señala que “*La idea de ejercicio de una acción de cesación se encuentra en ámbitos jurídicos muy variados, como el Derecho de la competencia o el Derecho de la propiedad intelectual e industrial, o como en el ámbito de las intromisiones a determinados derechos fundamentales, como el honor, intimidad y propia imagen. Su nota característica o definitoria estriba en que ya desde la demanda, y también en la sentencia, se pueden solicitar y acordar medidas cautelares (que con la sentencia adquirirán carácter de definitivas) para evitar que los ilícitos continúen produciéndose o puedan producirse en el futuro, junto con la indemnización de los daños y perjuicios causados.*”

En ese sentido los ilícitos cometidos a través de redes de telecomunicación, no tienen ningún tratamiento especial y se aplicará su normativa concreta arriba descrita si bien, para garantizar la efectividad de la medida de la cesación en el daño, la solicitud también podrá dirigirse al prestador de servicios que hace posible la transmisión o el alojamiento de datos.

Junto con esas concretas acciones de cesación, se regula con carácter general una llamada acción de cesación en sentido estricto, la cual se ubica en el terreno de la protección de los consumidores y usuarios, y que la Unión Europea ha regulado en la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, la cual persigue como principal objetivo aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación con la finalidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior, lo que tendrá, sin duda, una especial incidencia en el ámbito del comercio electrónico, unido al impacto que pretende la Unión Europea de posibilitar procesos judiciales y extrajudiciales eficaces”.

cese dicha actividad, sino para evitar que se reitere en el futuro⁷⁶⁹. Por ello, la declaración de ilicitud de una actuación, por considerarla lesiva de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios que intervengan como destinatarios de servicios de la sociedad de la información, constituye el presupuesto necesario para estimar la pretensión de cesación, pero es fundamental garantizar que la actuación no va a repetirse en el futuro, por lo que habrá que probar la continuidad de la actuación en el tiempo y que afecta a intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que puedan verse afectados por conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE, no a intereses individuales de los destinatarios de los servicios de la información.

Y en este sentido, la LEC, en su artículo 11.4, en relación con el artículo 6.1.8, señala que, las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea, para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación. Es decir, admite que las asociaciones de consumidores y usuarios entablen acciones colectivas en defensa de los intereses colectivos o difusos de los mismos.

En cuanto a la legitimación para entablar la acción de cesación, el artículo 31 de la LSSICE⁷⁷⁰ atribuye la legitimación activa a *las personas físicas o jurídicas titulares*

⁷⁶⁹ González Granda, P., (2007) *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, cit. pp. 10-13.

⁷⁷⁰ Según el artículo 31, estarán legitimados para interponer la acción de cesación: las personas físicas o jurídicas titulares de un derecho o interés legítimo; los grupos de consumidores o usuarios afectados, en los casos y condiciones previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil; las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores; el Ministerio Fiscal; el Instituto Nacional del Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores y las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los

de un derecho o interés legítimo, a pesar de que en la regulación de la LEC para el consumo, el consumidor o usuario no puede iniciar, a título individual, un proceso para defender intereses colectivos.

Es claro, que los contenidos que figuran en Internet pueden lesionar intereses generales de personas indeterminadas y dispersas geográficamente, de ahí que la LSSICE haya extendido la legitimación activa, a diferentes entidades. Ahora bien, la referencia de esta Ley a las personas físicas titulares de un derecho o interés legítimo, para otorgar la legitimación a la hora de entablar estas acciones, parece no ser muy coherente con la referencia a intereses colectivos o difusos y no individuales⁷⁷¹. En efecto, si la acción de cesación tiene por finalidad proteger intereses colectivos o difusos de los consumidores o usuarios, que puedan verse afectados por conductas contrarias a las previsiones de la LSSICE, podemos plantearnos si un consumidor o usuario, a título individual puede ejercer una acción para la tutela de intereses colectivos o difusos, si no está afectado directamente.

consumidores que estén habilitadas ante la Comisión Europea mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

⁷⁷¹ En cuanto a la legitimación, San Cristóbal señala que: La ley 39/2002 de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, *"pretende con el ejercicio de la acción de cesación defender a consumidores y usuarios frente a conductas que afecten a sus intereses de manera colectiva o difusa (sin distinguir entre ellos). Como hemos expuesto anteriormente, la LEC distingue entre interés colectivo y difuso, y esta diferenciación conlleva una distinta legitimación para ejercitar las acciones a las que hemos llamado genéricamente colectivas, lo que parece dar a entender que la acción de cesación tiene un tratamiento diferente al de las demás acciones colectivas. Al no hacerse esta diferenciación y establecerse de manera específica a quien se legitima para promover las acciones de cesación, hay que considerar que habrán de aplicarse las disposiciones sectoriales correspondientes y no las normas generales de la LEC, para evitar contradicciones"* en San Cristóbal Reales, S., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil* en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46, p. 63.

Pues bien, la acción de cesación que contempla la LSSICE, parece estar referida tanto a la tutela de intereses colectivos y difusos, que no son susceptibles de titularidad individual, como a la tutela del interés general otorgada a los sujetos individuales. Esta legitimación se contradice con la remisión que realiza el artículo 30 a la LEC para la tramitación procedimental, pues ésta Ley otorga la legitimación para el ejercicio de las acciones, en tutela de los intereses colectivos y difusos, a las Asociaciones de Consumidores representativas⁷⁷². Así, como señala González Granda, *“si resulta que la norma de cesación no ofrece dudas respecto a la finalidad para la que se contempla este instrumento, que no es otro que la protección de lo supraindividual, entiendo que al menos habrá de exigirse que el tal legitimado individualmente, deba aducir un interés coincidente, hipotéticamente al menos, con el de otros sujetos, habiendo de acreditar que se ha visto vulnerado un derecho o interés legítimo suyo individual, en la medida en que resulte coincidente con otros, de tal manera que así se salve la exigencia de tutela supraindividual”*.

Otorgar legitimación individual para entablar la acción de cesación, en el ámbito del comercio electrónico, puede conducir al colapso de los tribunales, que se verían atestados de acciones de cesación en materias como las comunicaciones comerciales no solicitadas, que se reiteran continuamente en la práctica. La aparición de las acciones colectivas responden al principio de economía procesal y a una función social de protección de intereses generales, principios que quiebran si se plantea una acción individual.

El artículo 31 se refiere a otras organizaciones legitimadas como los grupos de consumidores o usuarios afectados (sólo en defensa de intereses colectivos), las

⁷⁷² “Sólo las organizaciones estables y cuyo objetivo sea la defensa de intereses específicos de consumidores, ofrecen la garantía y solvencia mínimas indispensables para llevar adelante las actividades exigidas fuera y dentro del proceso. Por esta razón, la legitimación para la defensa de los intereses difusos se restringe a las Asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas conforme a la Ley”, González Cano, M.I., (2002), La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 145 y ss.

asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas⁷⁷³ y el Ministerio Fiscal, debido a la situación de debilidad de los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información frente a los prestadores de tales servicios⁷⁷⁴. Por tanto, según este artículo, cabe que se pueda entablar una acción de cesación por un Grupo de afectados y, si una persona de ese grupo de afectados lo desea, pueda interponer individualmente su propia acción de cesación⁷⁷⁵.

Por otra parte, la Ley otorga legitimación al Instituto Nacional de Consumo⁷⁷⁶,

⁷⁷³ Constituidas con arreglo al artículo 23 de la LGDCU, que establece que son asociaciones de consumidores y usuarios las organizaciones sin ánimo lucro que estén constituidas conforme a lo previsto en la legislación y reúnan los requisitos especificados en ella, que tengan como finalidad la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, incluyendo su información, formación y educación. También incluye a las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas.

⁷⁷⁴ Las Asociaciones de consumidores presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios podrán ejercitar acciones de cesación ante los tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea, previa solicitud en tal sentido al Ministerio de Justicia a través del Instituto Nacional de Consumo y posterior publicación en el DOCE, como consecuencia de una transacción electrónica que vulnerase intereses colectivos o difusos de destinatarios de los servicios de la sociedad de la información españoles.

⁷⁷⁵ González Granda, P., (2007) *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, cit. p. 17.

⁷⁷⁶ El 3 de febrero se publica el RD 19/2014 del 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del Consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición. Dicha Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición asume las competencias y responsabilidades que hasta la fecha venían desempeñando ambos organismos autónomos, cuya refundición permite abordar la protección de los consumidores y usuarios desde un único órgano administrativo bajo una sola dirección que garantice la unidad de criterio, dificulte las disfunciones en el cumplimiento de las tareas y haga ganar en eficacia y eficiencia la gestión de la Administración General del Estado, según indica la página web de AECOSAN: <http://www.aecosan.msssi.gob.es>.

actualmente asumido por AECOSAN, organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaria General de Sanidad y Consumo, con personalidad jurídica diferenciada y plena capacidad de obrar. Este organismo tiene como uno de sus objetivos primordiales ejercer la promoción y el fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, tanto en materia de seguridad de los productos, como de sus intereses económicos.

Además, AECOSAN puede ejercer acciones de cesación ante los Tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea, en los casos en que una transacción electrónica efectuada en dicho Estado, pueda vulnerar los intereses de los destinatarios de servicios de la sociedad de la información españoles que adquieran bienes o disfruten de servicios como consumidores o usuarios.

El artículo 31 otorga finalmente legitimación a *“las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea, constituidas para la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores que estén habilitada,s ante la Comisión Europea, mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas”*. Añadiendo que *“los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción”*. Es decir que estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación las entidades de otros Estados miembros, legalmente constituidas, cuya finalidad sea la protección de intereses colectivos o difusos de consumidores o usuarios y que se encuentren habilitadas ante la Comisión Europea, mediante su publicación en la lista publicada en el DOCE.

Como señala Fernández Pérez (2009)⁷⁷⁷ *“la acción de cesación podrá ejercitarse mientras dure la conducta contraria a las prescripciones de la Ley de comercio electrónico..., tramitándose ante la jurisdicción civil por los trámites del juicio verbal.*

⁷⁷⁷ Fernández Pérez, N., (2009) *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, cit. pp. 16 y ss.

Al margen de lo anterior, los órganos jurisdiccionales podrán adoptar las medidas cautelares que consideren oportunas para evitar la comisión o continuación de una presunta infracción y proteger los derechos de los afectados, atendiendo a las correspondientes normas procesales. En particular, tales medidas podrán consistir en ordenar la retirada del contenido presuntamente ilícito o en hacer que se imposibilite el acceso al mismo”.

Por otra parte, hemos de hacer referencia al tratamiento que da la Directiva 2009/22/CE a las acciones de cesación⁷⁷⁸. Esta Directiva indica que el objetivo de estas acciones consiste en conseguir la cesación o prohibición de infracciones contrarias a los intereses colectivos de los consumidores. Para ello, se busca la aproximación de las legislaciones comunitarias, con el fin de mejorar la eficacia de estas acciones y el buen funcionamiento del mercado interior. Las infracciones contempladas en la Directiva, abarcan sobre todo el crédito al consumo, las vacaciones y circuitos combinados, las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, los contratos negociados a distancia y las prácticas comerciales desleales.

Además, el recurso a las acciones de cesación, puede dar lugar a la cesación o prohibición de toda infracción, según el caso, mediante un procedimiento de urgencia; la eliminación de los efectos persistentes de una infracción, en concreto mediante la publicación de la decisión; la condena a la parte demandada perdedora a ejecutar una resolución que le obliga al pago de una multa coercitiva.

También señala, la Directiva, que, sin perjuicio de las normas de derecho internacional privado, normalmente el derecho aplicable es el del Estado miembro donde se ha cometido la infracción, es decir donde ésta tiene sus efectos. Además, habilita a una serie de entidades para ejercer una acción de cesación, señalando que deben poseer un interés legítimo en hacer que se respeten los intereses

⁷⁷⁸ Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

colectivos de los consumidores, aclarando, en su Considerando 2 lo que debe entenderse por intereses colectivos, a saber, *“los intereses que no son una acumulación de intereses de particulares, que se hayan visto perjudicados por una infracción; que esto no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción”*⁷⁷⁹. Asimismo, se elabora por la Comisión una lista de las autoridades habilitadas para actuar en caso de infracciones comunitarias, que se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea. Estas entidades habilitadas inscritas, podrán interponer una demanda ante las autoridades judiciales o administrativas del Estado miembro donde se ha cometido la infracción.

Terminaremos este apartado, señalando que las acciones de cesación aparecen recogidas en varios textos legales sectoriales hasta su consagración definitiva mediante la Directiva 98/27/CE, sobre las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (actualmente derogada por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores), que se transpuso al ordenamiento español a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición de diversas Directivas en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios⁷⁸⁰, lo que significa que el

⁷⁷⁹ Es decir, que, como dice González Granda, *“ello no impide que un consumidor o usuario esté legitimado para demandar en su propio nombre y exigir una indemnización o la condena (a hacer, no hacer o entregar), siempre que efectivamente pueda probar que ha padecido un daño individual por el hecho de consumo); y ello con independencia de que una Asociación de Consumidores o un Grupo de Afectados en su caso haya podido iniciar un proceso en defensa de un interés supraindividual que pudiera afectarle”*.

⁷⁸⁰ En cuya Exposición de Motivos señalaba que: *“Para llevar a término dicha transposición se modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil, las leyes sustantivas que regulan los ámbitos sectoriales en los que la Directiva 98/27/CE demanda la introducción del instrumento de la acción colectiva de cesación y, finalmente, se norma la cuestión de las entidades españolas habilitadas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea para el ejercicio de la acción de cesación. Existe un ámbito sustantivo, en el que la Directiva 98/27/CE obliga a introducir la acción colectiva de cesación, que no*

legislador aborda continuamente la tutela procesal de los intereses de los consumidores y de ahí que se hable de la existencia de un “proceso civil especial encubierto”⁷⁸¹.

Recordar, para concluir, que entre las modificaciones del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre contenidas en el artículo único de la Ley 3/2014, cabe señalar la relativa a la acción de cesación. La nueva modificación admite la acumulación a la acción de cesación, incluso si son interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios, de las acciones de nulidad y anulabilidad, las de incumplimiento de obligaciones, las de resolución o rescisión contractual y las de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones, o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la acción de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas, siempre que éstas se hayan solicitado⁷⁸². En todo caso, será competente para conocer la acción acumulada accesoria el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación por la vía prevista en la ley procesal (se añade nuevo párrafo al final del art. 53).

ha sido contemplado plenamente en la presente Ley: el de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Directiva 2000/31/CE). La modificación que la presente Ley instrumenta en la de Enjuiciamiento Civil, establece ya el marco procesal adecuado para que, una vez introducidas las acciones de cesación en la legislación sustantiva reguladora del ámbito referenciado, dicho instrumento de defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios pueda ser efectivamente utilizado. Pero ha de completarse con el correspondiente texto legislativo que haga efectiva la transposición de la Directiva citada”..

⁷⁸¹ Que, como señala González Granda, “persigue una tutela procesal rápida, eficaz y económica de los intereses de los consumidores y usuarios en sus vertientes colectiva y difusa, incorporando toda una serie de normas procesales en los lugares oportunos afectantes a diversas materias”.

⁷⁸² Berrocal Lanzarot, A.I., (2014) *Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, cit. p. 5. Actualidad Civil, Nº 6, Sección Actualidad Legislativa, Junio, pág. 666, tomo 1, Editorial LA LEY

1.2. La resolución extrajudicial de los conflictos en el comercio electrónico

Cuando hablamos de resolución extrajudicial de los conflictos, nos referimos a los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR Alternative Dispute Resolution)⁷⁸³. Existe una gran diversidad de métodos, cuyo objetivo común es resolver conflictos: la mediación, el arbitraje, la conciliación, la negociación asistida.

El consumidor del siglo XXI es una persona que adquiere, desde su hogar, miles de bienes y servicios a través de la Red, en cualquier lugar del mundo y a cualquier hora. El comercio electrónico ha supuesto una ruptura de los métodos comerciales tradicionales, hacia un nuevo modelo que supone ventajas, tanto para el empresario que minimiza sus costes y puede prescindir de intermediarios, como para el consumidor y usuario, que puede adquirir dichos bienes y servicios desde su casa, con la posibilidad de elección sobre precios y calidades y en cualquier lugar del mundo (globalización del comercio).

Todas estas ventajas, se encuentran con una serie de problemas, que van asociados a la inexistencia de límites geográficos en Internet, pero existentes en la realidad, que dan lugar a que las partes que intervienen en la transacción se encuentren alejados físicamente y sometidos a regímenes jurídicos distintos, por lo que los consumidores encuentran mayores dificultades para plantear reclamaciones frente a empresas que se encuentran ubicadas en un Estado distinto⁷⁸⁴. De ahí, que

⁷⁸³ Blanco Carrasco, M., (2009) *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 12-13; También Gonzalo Quiroga, M. (2006) *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Editado por Universidad Rey Juan Carlos, p. 219.

⁷⁸⁴ En los diferentes informes que ha elaborado la Unión Europea hay que destacar que las principales reclamaciones enviadas a los Centros Europeos del Consumidor hacen referencia a las compras on line. Los consumidores no se sienten satisfechos con sus compras pero desisten de reclamar porque consideran que “no existen medios adecuados para resolver sus reclamaciones”. En el Informe Tendencias eCommerce 2015, elaborado por brainsins.com, en el que Noventa profesionales del Comercio Electrónico opinan sobre las tendencias eCommerce en 2015, se señala que “las principales categorías de producto en función de intención de compra en 2014 son:

el auge del comercio electrónico tenga lugar más bien dentro de las fronteras de los Estados, pues los consumidores encuentran mayor dificultad a la hora de hacer valer sus derechos en un país extranjero.

En efecto, la insuficiencia de las soluciones jurisdiccionales se hace especialmente patente en los casos en los que, además de los problemas normales, concurre la circunstancia del carácter transfronterizo de las relaciones jurídicas⁷⁸⁵. En estos casos, como señala Gonzáles Granda (2007), *“la mencionada insuficiencia de las soluciones jurisdiccionales se hace especialmente patente en aquellos ámbitos en los que —como sucede en el del comercio electrónico— concurre además otra circunstancia que viene a intensificar per se el problema de la resolución judicial de los conflictos jurídicos: esto es, el frecuente carácter transfronterizo de las relaciones jurídicas en juego.*

-
- Tickets y reservas de aviones 48% de intención de compra, crecimiento de 15 puntos desde 2011
 - Ropa, accesorios y calzado 46% de intención de compra, crecimiento de 4 puntos desde 2011
 - Tours y reservas de hoteles 44% de intención de compra, crecimiento de 17 puntos desde 2011
 - Tickets para eventos 41% de intención de compra, crecimiento de 19 puntos desde 2011
 - Libros impresos 39% de intención de compra, crecimiento de 5 puntos desde 2011
 - Ebooks 34% de intención de compra, crecimiento de 19 puntos desde 2011
 - Electrónica 34% de intención de compra, crecimiento de 5 puntos desde 2011
 - Teléfonos móviles 33% de intención de compra, crecimiento de 7 puntos desde 2011
 - Productos deportivos 31% de intención de compra, crecimiento de 16 puntos desde 2011
 - Cosmética y parafarmacia 31% de intención de compra, crecimiento de 6 puntos desde 2011

Si analizamos los datos de España: sólo el 28% de los consumidores quedaron satisfechos con sus compras on line. Estos datos suponen la cifra más baja de satisfacción de toda la Unión Europea.

⁷⁸⁵ De Miguel Asensio, P.A., *Derecho Privado de Internet*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pp. 385 y ss. En el mismo sentido, *Tutela judicial del comercio electrónico*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 219 y ss.

Efectivamente, el problema de la resolución judicial de los conflictos jurídicos derivados de contratos transfronterizos, se agrava por tres circunstancias: en primer lugar, por la incompatibilidad entre la rapidez con la que se desenvuelve el tráfico mercantil y la lentitud de la resolución judicial de los conflictos; en segundo lugar, por los problemas relativos a la determinación del tribunal competente y legislación aplicable; por último, por el hecho de que la sentencia dictada por el Juez de un Estado, deba ejecutarse dentro de las fronteras de un país distinto. Sin olvidar que, más aun que los litigios domésticos, los transfronterizos se caracterizan asimismo por la lentitud y el coste de los procedimientos, tal como advierte el Libro Verde sobre las Modalidades Alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil del año 2002⁷⁸⁶”.

A pesar de las dificultades señaladas, el comercio electrónico sigue creciendo de forma imparable. La expectativa mundial es de mayor crecimiento, debido a diversos factores como la evolución de las tecnologías, el aumento de la confianza de los consumidores en Internet, el crecimiento del mercado de los Smartphones y las nuevas redes 4G, el surgimiento de las tiendas virtuales así como las nuevas formas de pago, que han posibilitado que las compras de productos y servicios por Internet se hayan incrementado⁷⁸⁷.

⁷⁸⁶ González Granda, P., (2007) *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, p. 19, quien añade que “De este modo se explica el desarrollo acelerado que vienen experimentando, desde hace algunos años, las ADR (Alternative Dispute Resolutions), esto es, los tradicionales mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos (arbitraje, mediación y conciliación principalmente), así como las ODR (OnLine Dispute Resolutions), vías estas últimas específicas para ser utilizadas en el entorno electrónico, especialmente el arbitraje electrónico o arbitraje «on line». Y, aunque ni unas ni otras (ADR ni ODR) están limitadas a conflictos derivados de la práctica del comercio electrónico, es en este tipo de conflictos derivados de la práctica del comercio electrónico donde van encontrando mayor aceptación, fundamentalmente por el carácter transfronterizo antes mencionado del comercio electrónico”.

⁷⁸⁷ Según el estudio *El Comercio Electrónico 2014* de la Online Business School (OBS), primera escuela de negocios online, que analiza la situación del comercio electrónico y la compra por Internet tanto en España como en la Unión Europea, Asia y Latinoamérica: “para 2017 se espera alcanzar

Por ello, si bien es cierto que las normas de protección de los consumidores, establecen el elenco de derechos que asisten al consumidor y usuario, también lo es que la eficacia del conjunto de normas protectoras de los consumidores se demostrará, si establecen cauces jurídicos rápidos, sencillos y baratos para la exigencia del cumplimiento de los derechos de los consumidores, bien ante los

ventas alrededor de 2.35 Trillones de Dólares en comercio electrónico, lo que representa un 56.6% más que en 2014 y un 122.78% de crecimiento desde 2012. Entre 2012 y 2017 las diferentes regiones del mundo presentaran un promedio de crecimiento anual en B2C, destacando Asica-Pacífico con un 28.53% y América Latina con 14.96%. Es importante señalar que aun cuando África y Medio Oriente poseen las cifras estimadas más bajas en facturación, estas regiones muestran un promedio de crecimiento anual de 20.26%. En cuanto a Norte América y Europa, se espera que su crecimiento anual de ventas E-Commerce B2C tengan un comportamiento constante y proporcional en el 9 y 12%”.

Por otra parte, según la Comunicación de la Comisión «Un nuevo impulso en la política de protección de los consumidores» Suplemento 6/86 del Boletín de las CE. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 1987, “*Las principales líneas de acción para la promoción y la protección de los intereses de los consumidores ya han sido bien definidas en el primer y segundo programas. Pueden resumirse sucintamente de la siguiente manera: los consumidores quieren tener la certeza de que, cuando los productos son puestos en el mercado, responden a normas de salud y de seguridad aceptables. Una vez que esto está asegurado, quieren que los productos circulen libremente y sean vendidos a precios equitativos en todo el conjunto de la Comunidad. Quieren también que sus intereses tengan mayor peso cuando se elaboran otras políticas comunitarias. Las futuras iniciativas deberán ser concebidas: • los productos vendidos en la Comunidad deben responder a normas sanitarias y de seguridad aceptables; • los consumidores deben tener la posibilidad de sacar provecho del Mercado Común; • los intereses de los consumidores deben tomarse en consideración en las otras políticas comunitarias.*

Para que los derechos de los consumidores sean protegidos, es necesario que existan vías adecuadas de consulta y de recurso. Los clásicos procedimientos jurídicos son lentos y con frecuencia muy onerosos en relación con las cantidades en causa en los asuntos de consumo. Es difícil considerar que existen derechos, si éstos no pueden ser ejercidos o defendidos. Ésa es la razón por la que la Comisión publicó en 1985 un memorándum sobre las vías de consulta y de recurso que están abiertas a los consumidores, con el fin de poner en práctica una política más completa, más coherente y mejor adaptada a las necesidades de los consumidores”.

tribunales ordinarios, bien ante otras instancias extrajudiciales⁷⁸⁸. Porque, como dice Fernández (2010), *cuando la doctrina se refiere al «acceso de los consumidores a la justicia», no se utiliza por la doctrina en el sentido de acceso a los tribunales de justicia, sino a todo un conjunto de instancias diversas que nuestro Ordenamiento pone a disposición de los consumidores y usuarios, para la realización de sus derechos, lo que viene a denominarse ya de forma generalizada con su acrónimo en inglés como ADR «Alternative Dispute Resolution» (ORD, «Online Dispute Resolution», si se realizan on line)*⁷⁸⁹.

En definitiva, a pesar de que la tutela jurídica del consumidor en España está muy garantizada, se hace necesario crear mecanismos adecuados para que el consumidor no sólo conozca sus derechos, sino que también los pueda proteger⁷⁹⁰ pues, aunque es verdad que el consumidor puede ejercitar sus derechos ante la vía judicial, esa vía es muy lenta y no parece la adecuada en todos los casos, sobre

⁷⁸⁸ Quintana Carló, I., (1997) señala que “*el acceso de los consumidores a la justicia es la auténtica piedra de toque de cualquier sistema protector de los intereses de los consumidores y usuarios*”, en *El acceso de los consumidores a la justicia como problema (art. 31 LGDCU)*, en AA.VV., El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (dirección I. Quintana Carló/A. Bonet Navarro), Editorial Aranzadi, Pamplona, p. 21.

⁷⁸⁹ Fernández Pérez, N., (2010) *Resolución extrajudicial de conflictos on line: una nueva posibilidad para la defensa del consumidor (1)*, Práctica de Tribunales, nº 68, Sección Estudios, Febrero, Editorial La Ley, p. 1. También, Barona Vilar, S., Solución Extrajurisdiccional de Conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

⁷⁹⁰ Como señala Ortega Hernández, R. J., (2014) “*cuando se habla de acceso a la justicia no se hace una referencia única exclusivamente a la justicia como institución estatal, sino a la justicia en sentido lato, a la justicia como valor y fin de la sociedad, los cuales se sirven de los ADR para alcanzar la mejor solución que esté a su alcance*”, en *El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana. 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2014*. También, Cortés Diéguez, J.P., (2008) *El acceso a la justicia para los consumidores en la era del internet en Revista General de Derecho Europeo*, nº 15.

todo en aquellos de escasa cuantía⁷⁹¹.

De ahí, que la forma tradicional de solución de los conflictos por la vía judicial que ofrecía a los ciudadanos los medios para que se aplicara la Ley, se haya ido relegando a un segundo lugar⁷⁹², debido a factores como el aumento de la conflictividad, el colapso del sistema judicial y la carencia de recursos, lo que ha llevado al desarrollo de otros medios alternativos de solución de conflictos, que permitan a los ciudadanos garantizar el ejercicio de sus derechos, de forma efectiva⁷⁹³. Por ello, ante la insuficiencia de la tutela judicial de los derechos del

⁷⁹¹ Marín López, M.J., (2008) *Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos*, Anuario de la Facultad de Derecho de la UA de Madrid nº 11, p. 124, señala que “*El consumidor renunciará a la realización judicial de su derecho cuando compruebe que son mayores los costes totales del proceso que su interés en el pleito. Además, también en este ámbito se pone de manifiesto la situación de inferioridad del consumidor respecto al empresario. El empresario celebra contratos en masa, con posibilidad de prepararse anticipadamente ante cualquier reclamación, de ordinario asesorado por profesionales del derecho y con capacidad de internalizar los costes de toda posible demanda para repartirlos en los precios de los productos finales. Por el contrario, para el consumidor la lesión de su interés tiene un carácter imprevisto, que le obliga a reaccionar con rapidez, debiendo buscar consejo en personas extrañas. En definitiva, la vía judicial es lenta y puede causar costes económicos al consumidor*”.

⁷⁹² “*Es común hoy escuchar que asistimos a un cambio de paradigma, a un cambio de cultura, en cuya virtud, la justicia ordinaria (la que protagoniza el Poder Judicial) habrá de convertirse en justicia extraordinaria. La falta de medios, la crisis endémica que envuelve a la administración de justicia en muchos países, más que hacer aconsejable, termina imponiendo, la implantación generalizada, con carácter principal, de estos métodos alternativos*”, Bueno Ochoa, L., (2014) *Cuando la resolución alternativa del conflicto deviene principal*, en Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables, Xavier Abel Lluch (coordinación). Editores: Bosch, p. 488.

⁷⁹³ En palabras de González Granda, P., (2007) *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, cit, p. 19, “*entre los elementos que vienen a convertir tradicionalmente el proceso en un medio poco efectivo para los conflictos jurídicos generados en materia de consumo, suele aludirse al excesivo coste del proceso, el rigorismo y formalismo que envuelve todas las actuaciones practicadas en el proceso judicial, la excesiva duración de los procesos, el temor a perder el pleito con la consiguiente condena en costas, etc., sobre todo si se tiene en cuenta que la naturaleza de este tipo de conflictos exige medios sencillos, rápidos, efectivos*

consumidor, habrá que establecer mecanismos extrajudiciales⁷⁹⁴, más ágiles y baratos para que los consumidores puedan resolver sus conflictos, al margen de los jueces⁷⁹⁵. La búsqueda de soluciones alternativas surge en Estados Unidos y se extiende lentamente a Europa, dadas las ventajas de estos sistemas, tanto para los empresarios como para los consumidores⁷⁹⁶. Por ello, para proteger a los consumidores y usuarios a nivel nacional e internacional, se están utilizando cada vez más los mecanismos alternativos de resolución de conflictos ADR⁷⁹⁷, pues son

y poco onerosos, a través de los cuales se puedan reclamar derechos, no solo individuales, sino también supraindividuales (colectivos y difusos)”.

⁷⁹⁴ San Cristóbal Reales, S., (2013) opina que *“la jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado. En este sentido, un buen funcionamiento del arbitraje y los mecanismos autocompositivos de resolución de conflictos, mejorará la propia jurisdicción, al descargarla de asuntos”*, en *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil* en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46, p. 41.

⁷⁹⁵ El uso de Internet para comercializar y adquirir bienes y servicios, cuya cuantía económica es escasa, ha condicionado que los medios tradicionales de solución de controversias resulten muy costosos y la aparición de mecanismos peculiares de mediación y arbitraje en línea, como señala De Miguel Asensio, P.A. Derecho privado de Internet, cit, p.826.

⁷⁹⁶ Para un estudio en profundidad sobre los orígenes del arbitraje y su funcionamiento, ver por todos, la obra de Lorca Navarrete, A.M., (2002), *Tratado de Derecho de Arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.

⁷⁹⁷ A ello se refiere el Reglamento (UE) nº 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, en cuya Exposición de motivos señala: *“Para que los consumidores tengan confianza en la dimensión digital del mercado interior y se beneficien de ella, es necesario que tengan acceso a formas sencillas, eficientes, rápidas y asequibles de resolver los litigios derivados de la compraventa de mercancías o de la prestación de servicios en línea. Ello reviste especial importancia cuando los consumidores realizan compras transfronterizas”*. Dentro de la tutela extrajurisdiccional podemos distinguir entre los ADR (Alternative Dispute Resolution) que son la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje; y los ODR

sistemas accesibles, rápidos y económicos⁷⁹⁸.

En el campo de los ADR podemos diferenciar dos grandes grupos, los ADR auto-compositivos y los ADR hetero-compositivos⁷⁹⁹. En los primeros, la búsqueda de la solución del conflicto reside en las propias partes involucradas y son la negociación, la mediación y la conciliación⁸⁰⁰; en los segundos, la solución del conflicto se obtiene a través de un tercero, lo que los acerca a la idea de un procedimiento judicial donde

(Online Dispute Resolution) mecanismos que utilizan el entorno electrónico para la resolución de los conflictos derivados de transacciones electrónicas, como el arbitraje electrónico. Un ejemplo de organización que ofrece servicios de ADR es la “American Arbitration Association” (AAA) que contempla dos sistemas, con reglas específicas para la mediación comercial y para el arbitraje.

⁷⁹⁸ Para un estudio sobre el arbitraje podemos ver: Álvarez Alarcón, A., (1999) *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, Editorial: Instituto Nacional de Consumo; También, Ruiz Jiménez, J. A., (2007) *Análisis crítico del sistema nacional español de arbitraje de consumo*, Editorial Dijusa, San Sebastián. Más concretamente sobre el arbitraje de consumo on line, Marcos Francisco, D., (2008) *Arbitraje de consumo on line en el RD 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo* Revista de la Contratación Electrónica nº 96, 2008, pp. 3-54. En el mismo sentido, Marín López, M. J., (2006) *Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas*, Revista de Derecho Privado nº 90, pp. 3-76. La exigencia de información que se establece en la contratación a través de Internet mejora la protección de los consumidores pues incentiva la autorregulación, como señala Cavanillas Mújica, S. (1999) *La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 4, pp. 435-458.

⁷⁹⁹ Podemos ver, en cuanto a las ventajas de los sistemas autocompositivos a Bellosos Martín, N., (2008) *Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Revista electrónica de Direito Processual, vol. II.

⁸⁰⁰ Como señala San Cristóbal Reales, S., (2013) “los sistemas autocompositivos, son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción”, en *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil* en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46, p. 42.

la decisión favorecerá a una parte, perjudicando a la otra. En este caso, nos encontramos con el arbitraje y el med-arb. En cualquier caso, todos los métodos ADR comparten una característica común: tienen un origen contractual basado en la autonomía de la voluntad de las partes.

Se hace necesario, por tanto, hacer una breve referencia a estos métodos tradicionales de solución extrajudicial de los conflictos, para centrarnos posteriormente en los mecanismos propios del mundo tecnológico: los ODR.

1.2.1. El arbitraje de consumo

Uno de los mecanismos de solución extrajudicial de los conflictos más utilizado por los consumidores, es el arbitraje de consumo, sistema caracterizado por prestarse por servicios integrados en las administraciones públicas, cuyo funcionamiento está determinado por las normas de protección de los derechos de consumidores y usuarios⁸⁰¹.

El sistema arbitral de consumo tiene su fundamento en el artículo 51.1 de la Constitución, en el que se consagra el principio general de protección de los consumidores. A raíz de la exigencia de este artículo, los poderes públicos deberán establecer «procedimientos eficaces» a través de los cuales garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Así se ha llegado a la regulación actual en la que existen, de un lado, los cauces jurisdiccionales tradicionales y, del otro, el Sistema Arbitral de Consumo⁸⁰². Una de las grandes virtudes de este nuevo sistema, consiste en otorgar a los consumidores una respuesta jurídica a conflictos que quedaban fuera de las soluciones institucionales⁸⁰³.

⁸⁰¹ El arbitraje de consumo está regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

⁸⁰² Bujosa Vadell, L.M., (2013) El arbitraje de consumo, en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 29, enero, p. 3.

⁸⁰³ Como señala Álvarez Alarcón, A., (1999) *“el arbitraje de consumo tiene vital importancia, pues las*

En el modelo español, se ha articulado un sistema de arbitraje de carácter público, el arbitraje de consumo, para proteger al consumidor y usuario y que pueda resolver sus conflictos con los empresarios⁸⁰⁴. Este modelo, se concibe como un medio de resolución de conflictos entre los empresarios y los consumidores y usuarios⁸⁰⁵,

juntas arbitrales de consumo en todo el país han recibido múltiples solicitudes de arbitraje, así como emitido más laudos que en ninguna otra parte del mundo, lo que, sin duda, constituye un magnífico campo de experimentación del arbitraje”, en El sistema español de arbitraje de consumo, cit. p. 19. En esta obra, en su página 55, se refiere a la normativa dirigida a regular la solución alternativa de los conflictos, haciendo mención a la siguiente normativa: Comunicación de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia de 4 de enero de 1985; Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987 sobre el acceso de los consumidores a la justicia; III Conferencia europea sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único; Resolución del Parlamento Europeo sobre el Libro Verde de 9 de mayo de 1994; Comunicación de la Comisión relativa a un Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior de 14 de febrero de 1996; Comunicación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a la extensión del acceso de los consumidores a los demás sistemas de solución de litigios.

⁸⁰⁴ El arbitraje ofrece muchas ventajas como la rapidez, pues la resolución del conflicto se produce en un plazo mucho más breve que en el sistema judicial, la voluntariedad, pues las partes se someten a esta institución de manera libre, la ejecutividad, ya que el laudo tiene carácter obligatorio, la economía de tiempo y de dinero y la unidireccionalidad, pues el proceso arbitral de consumo sólo puede comenzar a instancias del consumidor o usuario. Además, las nuevas tecnologías de la información han permitido tanto la posibilidad de celebrar contratos por medios electrónicos como la de poner fin a los mismos por la misma vía, a través de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en línea, Online Dispute Resolution (ODR), en Rodríguez Ayuso, J. F., (2015) *El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas*, Diario La Ley, Nº 8514, Sección Doctrina, 8 de Abril de 2015, Ref. D-135, Editorial La Ley.

⁸⁰⁵ En el arbitraje, una o varias personas (árbitros) ofrecen una solución privada al conflicto entre las partes, en virtud de un convenio suscrito por los interesados, en el que acuerdan someterse a arbitraje. Las partes otorgan al árbitro la potestad para resolver su litigio, en el marco de lo establecido en el convenio arbitral (art. 34 LA). El litigio concluye cuando el árbitro dicta el laudo, que una vez dictado, es firme. La naturaleza convencional del arbitraje, caracteriza este sistema en el que las partes pactan libremente someter sus controversias a este sistema que va a sustituir a la justicia pública. Montero Aroca define al arbitraje de consumo como “*aquella institución jurídica, en virtud de*

proporcionando a estos últimos un procedimiento sencillo, rápido y gratuito para obtener satisfacción, frente a las empresas prestadoras de productos y servicios de consumo⁸⁰⁶.

En la LGDCU, en el Título V, se recogen los procedimientos eficaces para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, y en el Capítulo II se refiere al sistema arbitral de consumo, como *“el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”*⁸⁰⁷.

la cual una tercera persona, objetiva e imparcial nombrada por las partes mediando convenio o de cualquier otra forma autorizada legalmente, resuelve con base a una potestad específica el conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos, en caso de ser la materia susceptible de libre disposición por las personas afectadas por la discrepancia”, en Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar, S.; Montón Redondo, A., Derecho jurisdiccional II. Procesal Civil, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 884.

⁸⁰⁶ Sobre el arbitraje de consumo, ver Richard González M., (2010) *El arbitraje en el siglo XXI. Análisis del sistema arbitral ordinario y de consumo*, en Nuevas perspectivas sobre justicia y arbitraje de consumo. UPNA, Pamplona, pp. 175 y ss. También, San Cristóbal Reales, S., (2007) El arbitraje de consumo, en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46, pp. 101-140.

⁸⁰⁷ Otro método frecuente de resolución de conflictos es la mediación, cuya la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, señala, en su Preámbulo, que: *“Una de las funciones esenciales del Estado de Derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos. Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad, capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y, a la vez, compleja. En este contexto, desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia”*.

El arbitraje estaba regulado por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de Arbitraje⁸⁰⁸ que, en su Disposición Adicional Segunda, señalaba “*el gobierno desarrollará por vía reglamentaria el sistema arbitral previsto en el artículo 31 LGDCU*”. El desarrollo reglamentario previsto en la Ley de Arbitraje se plasma en el RD 636/1993, de 3 de mayo por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. La regulación de este RD era muy limitada, por lo que había que acudir a la Ley de Arbitraje, para intentar solucionar las lagunas que se planteaban en la práctica.

Pero recurrir a la Ley 60/2003⁸⁰⁹, de Arbitraje como supletoria del arbitraje de consumo no resultaba fácil, porque esta Ley tenía como referente la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, de 1985⁸¹⁰ y los principios contemplados para el arbitraje comercial internacional no son los más adecuados para el arbitraje de consumo, que se basa en la voluntariedad, la gratuidad, la rapidez y accesibilidad⁸¹¹.

⁸⁰⁸ Se deroga por Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la cual se modifica por Ley 11/2011 de arbitraje. Dicha norma señala, en su Preámbulo que: “*dentro del impulso de modernización de la Administración de Justicia, que también incluye la aprobación de una futura Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se trata ahora de modificar algún aspecto de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que en la práctica se ha mostrado mejorable y que contribuya al fomento de los medios alternativos de solución de conflictos y, en especial, del arbitraje, al que las sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional»*”. Su propósito es, por un lado, mejorar algunos aspectos de la Ley de 60/2003 de Arbitraje y, por otro, impulsar los medios alternativos de solución de conflictos, en especial, el arbitraje.

⁸⁰⁹ Para un estudio sobre esta Ley, Lorca Navarrete, A.M. *Algunos apuntes metodológicos sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje*, en Diario La Ley, Nº 5904, Sección Doctrina, 1 de Diciembre de 2003, Año XXIV, Ref. D-269, Editorial La Ley.

⁸¹⁰ Que es aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI) el 21 de junio de 1985.

⁸¹¹ Marín López, M.J., *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla la Mancha, p. 2.

Ello obligó al legislador a modificar el régimen jurídico del arbitraje del consumo; esta reforma se llevó a cabo a través de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, en cuya disposición final sexta exigía al Gobierno que dictase una nueva regulación del sistema Arbitral de Consumo⁸¹², que culmina con la publicación del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo⁸¹³ (en adelante RDSAC), que *completa las lagunas y corrige las deficiencias del derogado RD 636/1993, e introduce criterios de racionalidad económica que aseguran la supervivencia del arbitraje de consumo*⁸¹⁴ y regula por primera vez el arbitraje de consumo electrónico⁸¹⁵.

⁸¹² Así, el TRLGDCU contempla el sistema arbitral de consumo en sus artículos 57 y 58, señalando, en el artículo 57, que: *“El Sistema Arbitral del Consumo es el sistema extrajudicial de resolución de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”*. Continúa diciendo, que su organización y gestión se establecerá reglamentariamente por el Gobierno y que se podrá prever la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho. Por su parte, el artículo 58 señala que *“la sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo”*.

⁸¹³ Sobre los caracteres del Sistema Arbitral de Consumo vid. Álvarez Alarcón, A., (1999) *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*, Jerez de la Frontera, pp. 35-53.

⁸¹⁴ Marín López, M.J., *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*, cit, p. 1.

⁸¹⁵ Sobre el arbitraje de consumo podemos ver, Ordeñana Guezuraga, I., (2009) *El arbitraje de consumo electrónico... eficaz gracias a la jurisdicción*, Diario La Ley, nº 7243, quien considera que *“Tenemos que ubicar el arbitraje de consumo electrónico, primero, en el movimiento mundial ADR (Alternative Dispute Resolution), que propugna la necesidad de diversificar los medios de resolución y la utilización, siempre que sea posible y conveniente, de técnicas extrajurisdiccionales, basadas en el consenso de las partes contendientes, en cuanto vía para evitar todas las debilidades del sistema*

En la Exposición de motivos de este Real Decreto, se indica que es necesario adecuar la regulación del Sistema Arbitral de Consumo a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Señala también que *“este reglamento mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo, introduciendo las modificaciones necesarias para incrementar la seguridad jurídica de las partes y la homogeneidad del sistema, como presupuestos necesarios para reforzar la confianza en él de empresas o profesionales y consumidores o usuarios, asegurando el recurso a este sistema extrajudicial de resolución de conflictos que, como tal, es de carácter voluntario”*.

El RDSAC mantiene las características esenciales del arbitraje de consumo, la voluntariedad, la gratuidad, la agilidad, la unidireccionalidad, la equidad (salvo que se pacte el arbitraje de derecho) y la ausencia de formalidades especiales, introduciendo determinadas modificaciones, para incrementar la seguridad jurídica de las partes y dar homogeneidad al sistema. Una de sus características más destacadas es el carácter gratuito, como señala el artículo 41, aunque si las partes

jurisdiccional (enfrentamiento entre las partes, elevado tecnicismo, insatisfacción, coste elevado, dilación, ineficacia,...) al tiempo que se garantiza el acceso a la justicia a todos los ciudadanos. Más concretamente, el arbitraje de consumo electrónico se debe situar en la última fase de la evolución del ADR, en lo que se conoce como ODR (On Line Dispute Resolution). Con esta denominación en el entorno anglosajón se quieren designar dos realidades: la posibilidad de utilizar las técnicas privadas ADR para solventar, los, cada vez más frecuentes, conflictos derivados de las transacciones y negocios en la red (tráfico jurídico on line), y la posibilidad de conjugar las técnicas privadas de resolución de conflictos con las nuevas tecnologías, practicándose la conciliación, la mediación o el arbitraje a través de Internet.

En este contexto, especificando aún más, además, tenemos que identificar el arbitraje de consumo electrónico como variedad o especie de arbitraje de consumo, que al tiempo es una especie o tipo de arbitraje, lo que nos permite afirmar que el objeto de este estudio es un arbitraje especialísimo”.

También, Gisbert Pomata, M., (2011) *El arbitraje de consumo electrónico*, Derecho y nuevas tecnologías, coordinado por Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso, Vol. 2, (Segunda parte. Nuevas tecnologías: un reto para el derecho en la sociedad de la información), pp. 249-260.

proponen pruebas determinadas deberán sufragar sus costes, pues las pruebas de oficio se sufragan con fondos públicos, siempre que, como señala este artículo, sean imprescindibles para la solución de la controversia⁸¹⁶. Además, el Presidente de la Junta Arbitral, una vez recibida la solicitud de arbitraje, podrá acordar no admitir a trámite aquellas solicitudes de arbitraje que “resulten infundadas” (por no apreciarse afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios)⁸¹⁷.

El arbitraje de consumo tiene por objeto resolver los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor⁸¹⁸, abarcando todos los conflictos entre empresarios y consumidores y usuarios, incluidos los que surgen en el ámbito del comercio electrónico, como señala la LSSICE⁸¹⁹ y la Administración

⁸¹⁶ Para un estudio sobre los caracteres del arbitraje de consumo, Bonet Navarro, A.: (1997) *Fuentes y Caracteres del arbitraje de consumo* en El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo. (Dirección Quintana Carlo, I y Bonet Navarro, A.) Pamplona.

⁸¹⁷ *Artículo 35 RDSAC*: señala las causas de inadmisión de solicitudes de arbitraje de consumo: *el presidente de la Junta Arbitral podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de arbitraje que resulten infundadas y aquéllas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios.*

⁸¹⁸ Artículo 1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo. Por su parte, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece un nuevo sistema de sometimiento al arbitraje, cuando modifica el apartado 4º del art. 57 en el que se establece que *no serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario, antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje, para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables.*

⁸¹⁹ *Artículo 32. 1. El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los*

Pública ha fomentado la utilización de este sistema para solucionar las controversias entre empresarios y consumidores. Ahora bien, como señala el artículo 2, sólo serán susceptibles de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a derecho; por tanto, *“no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos”*⁸²⁰.

En cuanto al reparto territorial de competencias de las Juntas Arbitrales, el RDSAC establece las siguientes reglas: si se trata de una solicitud individual de arbitraje, es competente la JA a la que las partes se sometan de mutuo acuerdo, y si no hay acuerdo, será competente la JA territorial en la que tenga su domicilio el consumidor (si hay varias JA territoriales en dicho domicilio, la de inferior ámbito territorial); cuando exista una limitación territorial en la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, será competente la Junta Arbitral de Consumo a la que se

consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.

⁸²⁰ Según Marín, M.J., (2014) *Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar*, cit. p. 5. *“la norma no aclara, sin embargo, si son arbitrales las controversias que tienen un origen no contractual (en particular, los daños causados en bienes de terceros por productos defectuosos o los daños extracontractuales). Como ya expuse en otro lugar, la respuesta ha de ser negativa, pues el arbitraje de consumo sólo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo (art. 24.1.I RDSAC), y éstas, por definición, se caracterizan por su origen contractual”* También Marín López, M.J., (2006) *Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas*, cit. pp. 11 y ss, se plantea si pueden ser objeto de arbitraje de consumo las controversias que no tienen un origen contractual, señalando que una parte de la doctrina entiende que sí, puesto que la finalidad de esta institución es la tutela del consumidor cuando presenta una reclamación, cualquiera que sea su origen, mientras que él entiende que el arbitraje de consumo resuelve controversias derivadas de relaciones de consumo basadas en un contrato (en las que un empresario vende bienes y servicios a un consumidor). En el mismo sentido se manifiesta en *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla la Mancha, p. 5.

haya adherido la empresa o profesional, y si éstas fueran varias, aquélla por la que opté el consumidor (art. 8.3 RDSAC)⁸²¹.

Estamos ante un procedimiento rápido y sencillo, que respeta los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes y permite que los consumidores y usuarios presenten sus reclamaciones, exigiendo al empresario el cumplimiento de sus responsabilidades contractuales⁸²². Es un procedimiento absolutamente flexible, cuyo único trámite obligatorio es el dar audiencia a las partes.

El procedimiento arbitral comienza con una solicitud de arbitraje, presentada por el consumidor (unidireccionalidad), cuyo contenido mínimo se encuentra en el artículo 34.1 del RDSAC, que exige que consten los datos de reclamante y reclamado, una

⁸²¹ En cuanto a la naturaleza de las juntas arbitrales, Álvarez Alarcón, A., (1999) El sistema español de arbitraje de consumo, cit. p.35 y ss, señala que “...no encajan en ninguna de las dos figuras que el artículo 10.1 LA determina como depositarias de la administración del arbitraje institucional: las JAC no son ni Corporaciones de Derecho Público ni Asociaciones o Entidades sin ánimo de lucro (...) su naturaleza jurídica es la de órgano de la Administración –estatal, autonómica, provincial o municipal- que la sustenta. Sin embargo, no me parece que ello constituya argumento suficiente como para que no sea catalogado como institucional, pues reúne todas las características propias de esta clase de arbitraje- funciones de designación de árbitros y de administración del arbitraje, reglamento propio-, no pareciendo que su falta de encaje entre las figuras del 10.a) o 10.b) LA sea decisivo, pues estamos ante un arbitraje cuyas especialidades han sido expresamente reconocidas por la propia LA”. También podemos citar, en cuanto a la organización del sistema arbitral de consumo a: Bujosa Vadell, L.M., El arbitraje de consumo, en Revista Jurídica de Castilla y León, nº 29, enero, p. 6.

⁸²² Para una mejor información sobre la protección de los consumidores y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, podemos citar entre otras las obras siguientes: Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*. Editorial Civitas, Cizur Menor, 2008. De La Torre Olid, F., Pilar Conde Colmenero, María Méndez-Rocasolano y Patricia Blanco Díez (coordinadores), 2011 *La solución extrajudicial de conflictos (ADR). Estudios para la formación en técnicas negociadoras*. Editorial Aranzadi. Fernández Canales, C., García Villaluenga, L., Tomillo Urbina, J.L., Vázquez de Castro, J.L.(Coordinadores). *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. (2010). V1. Mediación y II Arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos. Editorial Reus. Montesinos García, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*. Editorial Thomson&Civitas, 2007.

descripción de los hechos que motivan la controversia, exposición sucinta de las pretensiones, determinando la cuantía y los fundamentos en que se basa, aportando, en su caso, copia del convenio arbitral y lugar, fecha y firma, convencional o electrónica. En el caso de que existiera oferta pública de adhesión al arbitraje en derecho, el reclamante deberá indicar si presta su conformidad a que se resuelva de esta forma. Junto a la solicitud, el reclamante podrá aportar pruebas o proponer las que considere oportunas. Para facilitar la solicitud y la contestación a ésta, así como la aceptación, las Juntas Arbitrales se obligan a disponer de modelos normalizados para las empresas no adheridas. Una vez recibida la solicitud, el Presidente de la Junta Arbitral, debe decidir sobre la competencia territorial y sobre la admisión a trámite de la solicitud de arbitraje, analizando el contenido de la reclamación, pudiendo no admitir aquellas que no estén fundadas⁸²³.

En caso de admisión a trámite, el Presidente de la JA, si consta la existencia de convenio arbitral válido (en los casos en que exista convenio arbitral en contrato independiente, o como cláusula del contrato de consumo, o en los casos de OPASAC), dictará resolución acordando el inicio del procedimiento arbitral, invitando a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa⁸²⁴, y dará traslado al reclamado de la solicitud de arbitraje, para que formule las alegaciones que estime oportunas y, en su caso, presente las pruebas pertinentes; si no consta la existencia de convenio arbitral, se da traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado, para que acepte el arbitraje y la mediación previa, en los casos en que proceda, y para que, en su caso, conteste a la solicitud, formulando las alegaciones que estime oportunas y presente las pruebas pertinentes.

⁸²³ Artículo 35. El presidente de la Junta Arbitral podrá acordar la inadmisión de las solicitudes de arbitraje que resulten infundadas y aquéllas en las que no se aprecie afectación de los derechos y legítimos intereses económicos de los consumidores o usuarios.

⁸²⁴ Sobre este tema, podemos ver Marín López, M.J., *Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2007, nº 11, pp. 144 y ss.

Si el reclamado contesta aceptando el arbitraje, se considera iniciado el procedimiento y el Presidente deberá dictar una resolución, en la que conste el acuerdo expreso de iniciación del procedimiento. Si el empresario reclamado no contesta ello no significa allanamiento ni admisión de los hechos, por lo que el árbitro podrá dictar un laudo desestimatorio de la petición del consumidor. Además, las partes, antes de la finalización del trámite de audiencia, podrán modificar o ampliar la solicitud y la contestación en cualquier momento (artículo 43.1 RDSAC), proponiendo nuevas pruebas en que basar esas peticiones. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una de las partes aporte a los árbitros⁸²⁵, se dará traslado a la otra parte, y se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en los que el órgano arbitral pueda fundar su decisión (artículo 42.3 RDSAC).

Si el consumidor suscribe el convenio arbitral con el empresario, se supone que acepta el arbitraje. Pero hay que tener en cuenta que, aunque el empresario proponga en el contrato o en documento aparte, de forma irrevocable, la sumisión a arbitraje al consumidor, el que éste acepte el contrato, no implica la aceptación del convenio arbitral por el consumidor. El consumidor puede elegir someterse al arbitraje o presentar su demanda ante la jurisdicción que corresponda⁸²⁶. En caso de que decida aceptar el sometimiento a arbitraje y suscribir el convenio, éste será obligatorio para el empresario, siempre que reúna los requisitos exigidos por las

⁸²⁵ Como señala San Cristóbal Reales, S., (2013) *“no puede haber arbitraje si no hay un acuerdo previo de las partes para someterse a este sistema heterocompositivo. La característica principal y definitoria del arbitraje es su naturaleza convencional. Las partes son libres para someterse a este sistema de resolución de controversias, y lo pactarán voluntariamente, cuando lo consideren más conveniente a sus intereses particulares, en cuyo caso, sustituirán la justicia pública por la privada”, en Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil cit. p. 42.*

⁸²⁶ Perales Viscasillas, P., *Los convenios arbitrales con los consumidores (La modificación del art. 57.4 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo)*, La Ley mercantil, nº 7, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Octubre 2014, Editorial La Ley, pp.10-11.

normas aplicables. A estos efectos, el artículo 58 del RDSAC señala, que *la sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo*. Por lo que, cuando el consumidor acepta expresamente el arbitraje, se entiende que sabe que se va a someter al arbitraje, como un método de resolución de conflictos, que conlleva aceptar el laudo que emite el árbitro y que tiene valor de sentencia judicial⁸²⁷, teniendo claro siempre que el convenio arbitral no será vinculante para el consumidor, si se celebra antes de surgir el conflicto.

Ahora bien, al tener carácter voluntario para los empresarios, requerirá la aceptación de ambas partes de someterse al procedimiento y al laudo dictado para la resolución del litigio⁸²⁸. Este es el sentido del artículo 24 del RDSAC, cuando señala que *“El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente de las partes, deberá expresar la voluntad de las partes de resolver, a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de comunicación electrónica que permitan tener constancia del acuerdo, considerándose cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible, para su ulterior consulta, en*

⁸²⁷ Perales Viscasillas, P., *Los convenios arbitrales con los consumidores (La modificación del art. 57.4 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo)*, cit, p.11. También, Abellán Tolosa, L., (2002) *El Sistema Arbitral de Consumo*, Derecho de Consumo, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 411 y ss.

⁸²⁸ En este sentido el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en el sentido de señalar que el fundamento de cualquier arbitraje es la autonomía de la voluntad o, en última instancia, la libertad de las partes que deciden someterse al mismo a través del correspondiente convenio arbitral ATC 259/1993 (Sala Primera, Sección 1ª), de 20 julio 1993, Fundamento Jurídico 1º; STC 176/1996 (Sala Segunda), de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico 4º.

*soporte electrónico, óptico o de otro tipo*⁸²⁹.

En el ámbito del arbitraje de consumo, los empresarios suelen adherirse al sistema de oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, puesto que debido a la mecánica propia del consumo, no se podría sustanciar este procedimiento sin la adhesión previa del empresario⁸³⁰. Ello no obsta, para que se pueda sustanciar un arbitraje de consumo sin que exista convenio suscrito, simplemente por acuerdo entre las partes, puesto que según el artículo 24.4 del RDSAC *“En caso de que no conste la existencia de convenio arbitral en cualquiera de las formas señaladas en los apartados precedentes, la Junta Arbitral de Consumo, recibida una solicitud de arbitraje dará traslado al reclamado para su aceptación”*.

Por otra parte, el artículo 25 del RDSAC permite que los empresarios o profesionales formulen por escrito, por vía electrónica, o en cualquier otro soporte que permita tener constancia de la presentación y de su autenticidad, una oferta unilateral de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo que tendrá carácter público (OPASAC). En este tipo de oferta, se expresará si se opta porque el arbitraje se resuelva en derecho o en equidad, así como, en su caso, el plazo de validez de la oferta y si se acepta la mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales.

En el supuesto de no constar cualquiera de estos extremos, la oferta se entenderá realizada en equidad, por tiempo indefinido y con aceptación de la mediación previa. De modo que cuando exista oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo, el convenio arbitral estará válidamente formalizado por la mera presentación de la solicitud, siempre que coincida con el ámbito de la oferta. En cualquier caso, la oferta pública de adhesión será única y se entenderá realizada a

⁸²⁹ Marcos Francisco, D., (2011) *El arbitraje y la protección de los consumidores en los ordenamientos jurídicos español e irlandés*. Actualidad Civil, No 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Febrero, Editorial La Ley p. 272, tomo 1.

⁸³⁰ Hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, el consumidor sólo puede presentar como documentación el recibo de la compra del producto o servicio.

todo el Sistema Arbitral de Consumo (artículo 25 RDSAC)⁸³¹.

También el RDSAC, en el artículo 26, admite las Ofertas públicas de adhesión limitadas al Sistema Arbitral de Consumo, es decir, aquellas que contienen alguna limitación (cuantitativa, cualitativa, territorial, temporal, etc.), en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema, previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo; aunque el artículo 25.3 indica que no se considerarán ofertas públicas de adhesión limitada, aquéllas que tengan carácter temporal, siempre que la adhesión se realice por un período no inferior a un año, o aquéllas que limiten la adhesión a las Juntas Arbitrales de Consumo correspondientes al territorio en el que la empresa o profesional desarrolle principalmente su actividad (cuando comercialice sus bienes y servicios exclusivamente a través de establecimientos abiertos al público en dicho ámbito territorial), ni tampoco se consideran ofertas públicas de adhesión limitada, aquéllas que condicionen el conocimiento del conflicto a la previa presentación de la reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que el recurso a tales mecanismos sea gratuito y se preste información sobre su existencia y modo de acceder a ellos en la información precontractual y en el contrato.

Como ya hemos señalado, el arbitraje de consumo, normalmente, es arbitraje de equidad, salvo que las partes acuerden que sea en derecho (arts. 57.2 LGDCU y 33.1 RDSAC), aunque ello no obsta para que los árbitros puedan apoyar el laudo en normas jurídicas y en las estipulaciones del contrato⁸³².

⁸³¹ Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgan a las empresas adheridas un distintivo oficial que podrán exhibir en sus establecimientos comerciales, que sirve para que el consumidor conozca que dicho establecimiento comercial está adherido al sistema, lo que aumenta su confianza y añade valor al establecimiento (artículo 28 RDSAC).

⁸³² *Artículo 33. 1. El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho. 2. Las normas jurídicas aplicables y las estipulaciones del*

Tanto el laudo como las demás decisiones del colegio arbitral, se adoptarán por mayoría, y si no hay acuerdo, decidirá el Presidente del colegio. La forma y el contenido del laudo, que deberá ser motivado, tanto si se dicta en Derecho como en equidad⁸³³, se regirá por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje. No hay que olvidar que la propia Ley señala, en su artículo 21, que los árbitros deben cumplir fielmente su encargo, *incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo*. Dicha obligación se justifica, como señala Lorca Navarrete (2003)⁸³⁴, al referirse a la responsabilidad del árbitro en el arbitraje de consumo, “...en decidir la cuestión litigiosa que se les plantea”, pues, como continúa diciendo, “...según la LA los árbitros, además de asumir fielmente su encargo, son también responsables. Por tanto, el cumplimiento fiel del encargo de laudar al igual que la responsabilidad al laudar, se integran en la expresión de la inequívoca voluntad de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas a decisión del árbitro, mediante la formalización del denominado convenio arbitral”.

contrato servirán de apoyo a la decisión en equidad que, en todo caso, deberá ser motivada. En el caso de que las partes opten expresamente por la decisión en Derecho, los miembros del colegio arbitral deberán ser abogados en ejercicio, salvo el presidente.

⁸³³ En dicho sentido, la SAP de Madrid de 20 de enero de 2012, señaló que “... lo decidido en el citado laudo excede de lo que en el escrito inicial del procedimiento arbitral se solicitaba por la reclamante y que, según se ha expuesto, se limitaba a reclamar la devolución del importe cobrado indebidamente que se fijaba en 852,04 €. Ello comporta un caso de incongruencia, apreciable de oficio, que merece ser rectificada mediante la presente resolución acogiendo la petición subsidiaria formulada por la empresa que acciona, esto es, limitando su condena a abonar a la contraparte la cantidad de 852,04 €, en lugar de los 3.200 € que se recogen en el reiterado laudo, dejando sin efecto los restantes pronunciamientos del mismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 41.3 de la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003”

⁸³⁴ Lorca Navarrete, A.M., La responsabilidad del árbitro en el arbitraje de consumo, Ponencia presentada a los «Encuentros de Presidentes Arbitrales» celebrados en la Diputación de Sevilla los días 12, 13 y 14 de mayo de 2003.

En cuanto a la notificación del laudo, se realizará en la forma que acuerden las partes, y en su defecto, conforme a la práctica de la Junta Arbitral de Consumo, según lo previsto en la Ley 30/1992 (artículo 50 RDSAC). Por último, cabe señalar que el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión⁸³⁵.

1.2.2. La mediación

La mediación es un método extrajudicial de resolución de conflictos que se ha consolidado como alternativa al proceso judicial⁸³⁶. El principio constitucional de la tutela judicial efectiva, no impide que sean compatibles las acciones ante los órganos jurisdiccionales, con los recursos a sistemas alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación⁸³⁷.

⁸³⁵ El RDSAC no contiene ninguna referencia a los efectos del laudo, por lo que se aplicará lo previsto en la Ley de Arbitraje, en cuyo artículo 43.1 indica que *“El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes”*. Por su parte, la SAP de Asturias de 29 de diciembre de 2008, señala, hablando de la anulación del laudo, lo siguiente: *“Debe decirse, con carácter general, que la doctrina jurisprudencial es constante al establecer el carácter limitado y por tanto de interpretación estricta de esa vía impugnatoria, que en caso alguno puede ser equiparado a una segunda instancia o a un recurso de apelación. De hecho la propia exposición de motivos de la LA establece esta diferencia”*. Se refiere a la anulación cuando señala la LA que: Cortés *“Respecto de la anulación, se evita la expresión ‘recurso’, por resultar técnicamente incorrecta. Lo que se inicia con la acción de anulación es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se sigue partiendo de la base de que los motivos de anulación del laudo han de ser tasados y no han de permitir, como regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros”*.

⁸³⁶ Para el estudio de esta figura, entre otros, Pérez Martell, R., (2008) *Mediación Civil y Mercantil en la Administración de Justicia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia; Barona Vilar, S., (2013) *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

⁸³⁷ Así opina Martín Diz, F., (2014) cuando dice que *“ante esta realidad, parece oportuno que se canalice hacia mecanismos complementarios al proceso judicial, la solución de disputas en las cuales*

Como señala Martín Diz (2009) la mediación es un sistema de solución de conflictos autocompositivo, no adversativo, complementario a la jurisdicción, extrajudicial y alternativo, lo que no impide su integración en un sistema de solución de conflictos de carácter público administrado por órganos estatales (o autonómicos)⁸³⁸. Es cierto que la utilización de la vía de la mediación facilita la solución de conflictos y contribuye a evitar las preocupaciones y la pérdida de tiempo y dinero asociados a los pleitos judiciales⁸³⁹, puesto que no siempre los conflictos que se ventilan ante los tribunales tienen un contenido legal, muchos de ellos afectan a cuestiones personales que carecen de contenido jurídico⁸⁴⁰.

La Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y

la interpretación y aplicación del derecho, elemento básico de la función jurisdiccional que desarrollan jueces y magistrados en sus correspondientes juzgados y tribunales, queda en un segundo plano, e incluso llegar a ser totalmente innecesaria para la propia resolución del conflicto” en Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada, en Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional) A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir). A Coruña: Universidade, 2012, p. 132 [consultado el 13 de abril de 2015] <http://hdl.handle.net/2183/9198>.

⁸³⁸ Martín Diz, F., (2010) *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia media sistema complementario de administración de justicia*. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid, p. 60.

⁸³⁹ “En este sistema de gestión de controversias voluntario, las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por si mismas un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos del conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posiciones para llegar a un acuerdo”. San Cristóbal Reales, S., *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*, cit. p. 47.

⁸⁴⁰ Para un estudio amplio sobre la mediación, ver Martín Diz, F., *La Mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*. Editorial Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2010.

mercantiles, se aplica a los pleitos transfronterizos en materia civil y mercantil. Abarca los conflictos en los que al menos una de las partes está domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás, en la fecha en la que todas ellas convienen en acogerse a la mediación o en la fecha en que un órgano jurisdiccional ordena la mediación. El principal objetivo de este instrumento jurídico, es promover el recurso a la mediación en los Estados miembros, disponiendo que, si las partes lo solicitan, los acuerdos resultantes de la mediación adquieran carácter ejecutivo, lo cual puede lograrse, por ejemplo, mediante la aprobación del acuerdo por un órgano jurisdiccional o su certificación por un notario público.

Asimismo, garantiza que se respete la confidencialidad en el proceso de mediación, disponiendo que no se pueda obligar al mediador a prestar declaración ante un tribunal sobre lo ocurrido durante el proceso de mediación, durante un conflicto futuro entre las mismas partes y garantiza que las partes no pierdan la posibilidad de acudir a juicio, como consecuencia del tiempo dedicado a la mediación, ya que los plazos para interponer una acción judicial quedan suspendidos durante el proceso de mediación⁸⁴¹.

1.2.3. Los mecanismos ODR (Online Dispute Resolution)

Los mecanismos de resolución de conflictos facilitan el comercio, pero si las transacciones se desarrollan en el entorno electrónico, los problemas se multiplican pues, unido a las dificultades asociadas a la resolución de conflictos transnacionales, se encuentran las dificultades de determinación de la jurisdicción aplicable, en un territorio sin fronteras como es Internet. De ahí que, junto a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos (ADR,) se encuentran los mecanismos electrónicos de resolución de conflictos, con las ventajas de reducción de costes, eficiencia y rapidez que conllevan las nuevas tecnologías (ODR Online Dispute

⁸⁴¹ Un enfoque sobre los retos que supone la mediación en nuestra sociedad, lo podemos ver en Martín Diz, F., (2011) *Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada*, cit. p. 131-146 [consultado el 13 de abril de 2015] <http://hdl.handle.net/2183/9198>.

Resolution)⁸⁴². Los mecanismos ODR aprovechan las ventajas del entorno electrónico manteniendo las ventajas de los ADR— rapidez, eficacia, confidencialidad, profesionalidad y flexibilidad⁸⁴³.

Pues bien, el arbitraje electrónico es una modalidad de arbitraje, que utiliza un entorno virtual para la transmisión de documentos y la resolución de los conflictos, llevando a cabo las diligencias por vía electrónica⁸⁴⁴. En el RDSAC⁸⁴⁵ se regula, en

⁸⁴² Como señala Hernández Fernández, A., en *Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores*, en Revista de Derecho Universitat de Valencia, nº 2, 2003, p. 14, los mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos (ADR) suponen una alternativa eficaz a los procedimientos judiciales. “*El consumidor tiene que estar seguro de que obtendrá satisfacción a sus intereses en caso de sufrir un perjuicio y que la obtención de esta satisfacción no le supondrá una carga excesiva ni en tiempo ni en dinero*”. También, sobre las ventajas del arbitraje on line, vid. Montesinos García, A., (2004) *Arbitraje on line*, cit., pp. 39 y ss. En este sentido, ver también Rodríguez de las Heras Ballell, T., (2010) *Métodos alternativos de resolución de conflictos*, [consultado el 31 de marzo de 2015] <http://www.emarketservices.es/icex/cma/contentTypes/common/records/mostrarDocumento/?doc=4405041>.

⁸⁴³ Podemos citar, entre otros, los sistemas ODR expertos como Cybersettle, especializado en litigios en materia financiera (www.cybersettle.com) o SmartSettle (www.smartsettled.com), especialistas en solución de acuerdos y negociaciones on line (ODR). También podemos citar a la Cámara de Comercio internacional, cuya Comisión de Arbitraje y ADR, es un órgano normativo y de investigación en lo que respecta a los servicios de solución de controversias y constituye un centro de reflexión sin paralelo sobre la resolución de disputas internacionales, que abarca el arbitraje, la mediación, los peritos y el peritaje y los dispute boards (comité encargado de resolver las desavenencias en los contratos que ayuda de manera informal a las partes que lo desean a resolver los desacuerdos que puedan surgir durante la ejecución del contrato y emite Recomendaciones o Decisiones con respecto a cualquier desavenencia). En verdad es un procedimiento pre-arbitral o pre-judicial que filtra las diferencias entre las partes para que no lleguen a un conflicto mayor. De acuerdo con las estadísticas de la Dispute Resolution Board Foundation, de 1261 disputas que se resolvieron a través de un Dispute Board en 2003, solamente 19, o menos del 2%, llegaron al litigio judicial o arbitral.

⁸⁴⁴ Ortega Hernández, R.J., (2014) *El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana*, 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID, pp. 53-65.

el Capítulo V, el arbitraje de consumo electrónico, que se define como “*aquel que se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales*”. Estamos ante un procedimiento que se realiza enteramente por medios telemáticos, sin perjuicio de que, como señala el RDSAC, alguna de sus actuaciones se lleve a cabo por los medios tradicionales⁸⁴⁶. Este es el sistema apropiado para resolver los conflictos que puedan surgir en el comercio electrónico, pues es un sistema adecuado y razonable al procedimiento que han utilizado las partes para realizar la contratación⁸⁴⁷, pues permite la interposición de la reclamación y su resolución de

⁸⁴⁵ Modificado por Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo por el que se modifica el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.

⁸⁴⁶ Richard González, M., (2014) *La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL*, en Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables. La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL. Xavier Abel Lluch (coordinación), Editorial Bosch, p. 535, quien señala que “*Entre estas diligencias destacan las notificaciones de toda clase que se pueden realizar por vía electrónica. También cabe destacar el progreso en la tecnología de la videoconferencia que permite en la actualidad practicar determinados actos de prueba, como son las declaraciones de testigos o informes de peritos*”. También, González Granda, P., (2007) *Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico*, cit, p. 22, opina que “*las ADR vinculadas a conflictos de consumo, son objeto de especial atención en el ámbito del comercio electrónico, en el contexto más general de una política tendente a reforzar la confianza de los consumidores en el comercio electrónico, de tal manera que, a escala comunitaria, se están desplegando considerables esfuerzos para acompañar el desarrollo en la práctica de las ADR en el ámbito del comercio electrónico, concediéndoseles apoyos financieros comunitarios a iniciativas de ODR (así ECODIR, Electronic Consumer Dispute Resolution Platform, etc.). Y ello seguramente contribuye a alimentar la idea de que efectivamente, puesto que la relación comercial origen del litigio ha sido establecida en un entorno electrónico, ha de ser en éste donde se resuelva*”. Sobre el arbitraje electrónico, ver Maluquer De Motes Bernet, C., *El arbitraje electrónico*, Societas & Lex, nº. 11, abril, 2003, p. 19.

⁸⁴⁷ En el artículo 2 del Real Decreto, se señalan las materias que pueden ser objeto de arbitraje de

manera rápida, a través de la utilización de sistemas telemáticos de transmisión de datos, dada la separación física entre comprador y vendedor en el comercio electrónico⁸⁴⁸.

En cuanto al procedimiento, cabe señalar que las Juntas arbitrales competentes para gestionar arbitrajes electrónicos, son aquellas juntas que voluntariamente se hayan adherido al arbitraje electrónico, conforme a los respectivos convenios de constitución, a través de la aplicación habilitada al efecto por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

En el arbitraje electrónico rigen los mismos principios que en el arbitraje tradicional, los principios de audiencia, contradicción, igualdad y gratuidad. Las especialidades del RDSAC se refieren al régimen de notificaciones. En este sentido, el artículo 54, señala que *“Las notificaciones se realizarán en la sede electrónica designada por las partes a tales efectos, entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación”*. Añade el párrafo 2º del mismo artículo *“No obstante, si el notificado no hubiera accedido al contenido de la actuación arbitral transcurridos diez días desde la fecha y hora en que se produjo su puesta a disposición, la notificación se considerará que se ha intentado sin efecto, procediéndose a la publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico”*⁸⁴⁹.

consumo, indicando que únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que alude el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

⁸⁴⁸ Como señala Richard González, *“Efectivamente nada impide la compra por medio de la Red global de productos por vía electrónica, procedentes de vendedores instalados en la misma población o Estado; pero lo usual es que las compras electrónicas se produzcan con vendedores que se pueden hallar en cualquier lugar del mundo”*, Richard González, M., en *La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL*, cit. p. 536.

⁸⁴⁹ Por sede electrónica se entenderá, conforme establece la Ley 11/2007 de acceso electrónico de

En este sentido, la LSSICE establece en el artículo 32.1 y 2, que: *“El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información, podrán someter sus conflictos a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y de defensa de los consumidores y usuarios, y a los procedimientos de resolución extrajudicial que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación. En los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, a que hace referencia el apartado anterior, podrá hacerse uso de medios electrónicos, en los términos que establezca su normativa específica”*. También contempla la posibilidad de acudir al arbitraje telemático la Disposición Adicional Tercera⁸⁵⁰.

En nuestro país, se han creado estos procedimientos por medio de algunas plataformas electrónicas y/o Tribunales arbitrales⁸⁵¹. Así, junto al proceso judicial,

los ciudadanos a la Administración, *“la dirección electrónica disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones cuya titularidad, gestión y administración corresponde a una Administración Pública, órgano o entidad administrativa en el ejercicio de sus competencias”*. En el artículo 13.2. se establece los sistemas de firma electrónica que pueden utilizar los ciudadanos en su relación con la Administración, incluyendo como por ejemplo, los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad, para personas físicas, los sistemas de firma electrónica avanzada, incluyendo los basados en certificado electrónico reconocido, admitidos por las Administraciones Públicas y otros sistemas de firma electrónica, como la utilización de claves concertadas en un registro previo como usuario, la aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos, en los términos y condiciones que en cada caso se determinen.

⁸⁵⁰ *El prestador y el destinatario de servicios de la sociedad de la información podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante la adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo competente que se prestará también por medios electrónicos, conforme al procedimiento establecido reglamentariamente.*

⁸⁵¹ Podemos citar, entre otras, la plataforma <http://www.ejustic.com>, que propone soluciones informáticas, que incluyen las herramientas necesarias para llevar a cabo un proceso de mediación o de arbitraje de forma digital, a disposición de los centros de mediación y cortes de arbitraje para mejorar su gestión. También, el procedimiento de resolución de litigios de ICAAN, que es una entidad sin fines de lucro responsable de la coordinación global del sistema de identificadores únicos de Internet y de su funcionamiento estable y seguro. SEMADISC: “Sistema Electrónico de Mediación y

especialmente en determinados sectores como el derecho del consumo, se incorporan nuevos escenarios como la mediación, así como fórmulas alternativas mixtas como el Med-Arb (abreviatura de “mediación-arbitraje”), proceso de resolución de las disputas que utiliza ambos métodos.

La mediación⁸⁵² es uno de los mecanismos de solución de los conflictos que surgen en el ámbito del comercio electrónico, mecanismo de resolución de conflictos on line (ODR online dispute resolution). Se trata de una nueva modalidad de ADR por medios electrónicos⁸⁵³, que permite resolver los conflictos on line prácticamente durante todo el proceso y que supone un ahorro de tiempo y dinero para las partes que intervienen en el proceso⁸⁵⁴.

Arbitraje para Personas con Discapacidad”. Finalmente podemos citar a la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición que señala que para el arbitraje de consumo habrá que ir a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y que para las reclamaciones transfronterizas enlaza con el Centro Europeo del Consumidor en España.

⁸⁵² Como señala Martín Diz, “la mediación es una forma autocompositiva de resolución de conflictos que además no se basa en la estricta aplicación de la solución legalmente prevista al conflicto que se dirime. De hecho, y a diferencia del proceso judicial, donde obligatoriamente el juez ha de resolver interpretando y aplicando la ley, la mediación se desenvuelve fundamentalmente en términos de desjuridificación, primando la solución pactada por las partes -siempre y cuando no sea contraria a la ley, o prohibida por ésta- sobre la disposición normativa de referencia”. Martín Diz, F., (2014) Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas, en Revista General de Derecho Procesal nº 33, p. 10.

⁸⁵³ La profesora Calvo Sánchez, M.C., (1995) señala en *El proceso penal y sus alternativas: el procedimiento arbitral* en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 27, p. 220, que “no podemos dejar al margen que esta tendencia desjudicializadora, pese a sus elementos positivos, deja entrever en su trasfondo, en muchos casos, la incapacidad o la falta de voluntad respecto a la consecución de la efectividad de la tutela que procuran los órganos jurisdiccionales...”

⁸⁵⁴ Como señala Montesinos García, A., (2008) *Mediación on line*, Revista de la contratación electrónica, nº 94, p. 3, “acudiendo a los medios tradicionales únicamente cuando razones justificadas así lo exijan o sea conveniente para una mayor eficacia y calidad en la resolución del conflicto”.

La mediación consiste en una fase previa a la vía judicial⁸⁵⁵ que viene contemplada en el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, en cuyo artículo 38, se refiere a la mediación en el procedimiento arbitral⁸⁵⁶. España tiene una Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁸⁵⁷, además del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁸⁵⁸.

Según el Preámbulo de la Ley 5/2012, *“desde la década de los años setenta del pasado siglo, se ha venido recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre los que destaca la mediación, que ha ido cobrando una importancia creciente, como instrumento complementario de la Administración de Justicia. Entre las ventajas de la mediación, es de destacar su capacidad para dar*

⁸⁵⁵ Montesinos García, A., *Mediación on line*, cit, pp. 89-100.

⁸⁵⁶ Artículo 38. *Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros.*

⁸⁵⁷ Vázquez de Castro, E. y Fernández Canales, C., *El actual marco normativo de la mediación electrónica*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731, 2012, p. 1451- 1478.

⁸⁵⁸ Al respecto debemos citar también la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito y la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. Un estudio sobre este Real Decreto lo podemos ver en Martín Diz, F., Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles [BOE n.º 310, de 27-XII-2013]. [consultado el 20 de mayo de 2015]

soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. El régimen que contiene la Ley se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, cuya voluntad, expresada en el acuerdo que la pone fin, podrá tener la consideración de título ejecutivo, si las partes lo desean, mediante su elevación a escritura pública”.

Continuamente se celebran contratos a través de Internet, en los que las partes que intervienen se encuentran alejadas físicamente y en numerosas ocasiones surgen conflictos entre éstas a los que hay que ofrecer una solución⁸⁵⁹. Así, nacen las soluciones alternativas y, en concreto, la mediación on line⁸⁶⁰ que se trata de un

⁸⁵⁹ Martín Diz, F., *Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación*, Práctica de Tribunales, nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre 2012, Editorial La Ley, p. 4.

⁸⁶⁰ En Europa se puede citar ECODIR (www.ecodir.org), promovido por la Comisión Europea, que tiene un servicio de resolución de conflictos a través de la mediación en materia de consumo. También en conflictos comerciales encontramos la empresa Squearetrade (<http://www.squaretrade.com>) que ha firmado contratos con diferentes organizaciones para la administración de la mediación on line, en los casos de conflictos entre vendedores y compradores. En Estados Unidos podemos citar MARS (Mediation Arbitration Resolution Service), que presta servicios de mediación y arbitraje on line en conflictos entre empresarios y consumidores (B2C) y también TRUSTe (Dispute Resolution Process); Colin Rule, director de los servicios de resolución de disputas en eBay y PayPal, lanzó la plataforma MODRIA, con sede en San José, California. En España, podemos citar una iniciativa conjunta de Miquel Tort y Franco Conforti, que crean en 2009 la web mediaronline que ofrecía el software de webconf para realizar mediaciones online, que pasó a ser Mediar On Line; También, la plataforma Amicuo ofrece un proceso de mediación on line donde todas las comunicaciones entre el mediador y las partes se realizan por vídeo (a través de Amicuo.com), teléfono o correo electrónico; Otro ejemplo es la mediación que ofrece la organización resolutionforum.org, que ha desarrollado un software especialmente adecuado a procesos de resolución on line (CAN-WIN).

sistema complementario de resolución de conflictos on line flexible y rápido, en el que interviene un tercero ajeno a las partes que, mediante el empleo efectivo de las nuevas tecnologías, intenta que éstas logren una solución pacífica⁸⁶¹.

La mediación on line supone un cambio en el escenario de la Administración de la Justicia, en el que no se requiere de la presencia física de las partes en conflicto, sino que pueden llevar a cabo sus contactos a través de medios telemáticos, lo que aporta mayor rapidez y dota de mayor flexibilidad a la solución del problema, permitiendo que las relaciones entre las partes en conflicto no se deterioren⁸⁶². Tan

⁸⁶¹ El legislador español ofrece un cuadro normativo aplicable a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, excluyendo la mediación penal; la mediación con las Administraciones Públicas, la mediación laboral y la mediación en materia de consumo. Si bien señala Pérez Martell: *“El texto deja orillados al grueso mayor de los posibles beneficiarios de esta medida, los consumidores y usuarios, al excluir expresamente de su ámbito de aplicación la mediación en materia de consumo. Cabe poner de relieve que la señalada Directiva europea 2008/52/CE, de mediación en asuntos civiles y mercantiles de cuya transposición responde el recién promulgado Real Decreto Ley, promueve la resolución amistosa de todos los litigios civiles, incluidos los litigios en materia de consumo, una cuestión hoy ya indiscutida y reforzada en la propuesta de Directiva sobre RAL en materia de consumo, por cuanto la mediación no impide al consumidor su acceso a la jurisdicción”*, Pérez Martell, R. y Esther Villalta, A., (2012) *La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva ley 5/2012, de mediación*, Revista General de Derecho Procesal nº 28, p.4.

⁸⁶² Sobre la mediación, podemos leer las palabras de Martín Diz, F., *“Analizando con detalle el contenido de los pleitos –en casi todos los órdenes jurisdiccionales: penal, civil, administrativo o laboral– que se ventilan ante los juzgados y tribunales, se comprueba que no todos ellos están fundamentados en cuestiones estrictamente legales (de aplicación o interpretación del derecho), sino que en muchas ocasiones, son únicamente cuestiones personales, sin trasfondo ni contenido jurídico. Ante esta realidad, parece oportuno que se canalice hacia mecanismos complementarios al proceso judicial la solución de disputas en las cuales la interpretación y aplicación del derecho, elemento básico de la función jurisdiccional que desarrollan jueces y magistrados en sus correspondientes juzgados y tribunales, queda en un segundo plano, e incluso llegar a ser totalmente innecesaria para la propia resolución del conflicto”*, en *Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada*, dentro del Proyecto de Investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (España) *“Sistema procesal penal y métodos alternativos de resolución de*

sólo requiere que las partes dispongan de accesibilidad al soporte electrónico, a través del cual van a efectuar el proceso de mediación en todas o en alguna de sus fases. Este método presenta importantes ventajas para aquellas personas que tienen dificultad para desplazarse (por causas físicas, laborales, psicológicas u otras)⁸⁶³.

En este contexto, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cubre un vacío legal y abre la puerta a la resolución de conflictos por medios electrónicos (on line) cuando consistan en reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros, salvo que el empleo de estos mecanismos no sea posible para alguna de las partes. Tanto el gobierno español como la Unión europea, pretenden generalizar el uso de esta medida extrajudicial para las reclamaciones económicas, lo que generaría una mayor confianza de los usuarios en la compraventa de bienes y servicios en línea y transfronteriza.

Una característica fundamental de la mediación es la voluntariedad de las partes, principio que se ve reflejado en el artículo 6 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁸⁶⁴, que señala que la mediación es libre y

conflictos: análisis crítico y propuestas ante la reforma del proceso penal en el espacio judicial europeo” (Referencia DER2011-26954). Investigador Principal: Dr. Lorenzo M. Bujosa Vadell. Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Salamanca.

⁸⁶³ Una interesante ponencia sobre este tema la podemos leer en Rodríguez García, C., La mediación on line en España: vía de futuro para la mediación, en la en *VIII Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación. Tiempo De Mediación, Liderazgo y Acción para el Cambio*, organizado por el Foro Mundial de Mediación, 1ª edición, 2012, Editado en la República Bolivariana de Venezuela.

⁸⁶⁴ Artículo 6. 1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.

voluntaria, por lo que nadie puede ser obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación. Cuando las partes deciden someter sus conflictos a mediación, toman el control de los acuerdos y valoran los riesgos y las ventajas de este sistema, con lo que se consigue disminuir la presión de llegar a un acuerdo no deseado y se controla el resultado final. La decisión no la alcanza un tercero, como en el caso del arbitraje, sino que son las propias partes quienes deciden llegar a un acuerdo, respetando los principios que guían la mediación, es decir, la voluntariedad y actuación de buena fe de las partes y la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad del mediador⁸⁶⁵.

Tanto en la modalidad presencial como en la modalidad on line, debe estar presente la libre voluntad de los sujetos en conflicto, que pueden elegir este sistema y abandonarlo cuando deseen. Por ello, el artículo 24 prevé la mediación on line como una opción a disposición de las partes⁸⁶⁶. En este método, las partes se reúnen con el mediador en el que depositan su confianza. Su misión es acercar las posturas de

⁸⁶⁵ Marín López, M.J., (2008), *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla la Mancha, pp. 20-21, quien señala que “Cabe preguntarse si la mediación se concibe como una fase previa al procedimiento arbitral o se incardina en el mismo. El RDSAC opta claramente por esta segunda tesis. Así se deduce no solo de la rúbrica del art. 38 (“mediación en el procedimiento arbitral”), sino de los arts. 37.3 y 49.1.1 RDSAC. El primero, porque exige que en la resolución que acuerde el inicio del procedimiento arbitral conste expresamente “la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación”; por la tanto, la mediación puede producirse –si es que se produce- después de iniciado el procedimiento arbitral. Y el segundo, porque obliga a suspender el cómputo del plazo para dictar el laudo (seis meses, contados desde el inicio del procedimiento arbitral) si se intenta la mediación previa, aunque la suspensión será por un periodo no superior a un mes desde el acuerdo de inicio del procedimiento arbitral”.

⁸⁶⁶ Artículo 24. 1. *Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en esta Ley.*

las partes, a fin de llegar a una solución satisfactoria para ambas. El mediador es un facilitador de la comunicación entre las partes, pero serán éstas las que deban llegar al acuerdo de poner fin al conflicto surgido entre ellos, actuando de buena fe. Este proceso conlleva una serie de ventajas, como el bajo coste económico, la celeridad y el alto grado de cumplimiento de lo pactado, aunque tiene el inconveniente de que las partes pueden suspenderlo en cualquier momento y que el acuerdo carece de ejecutividad⁸⁶⁷.

Las partes, cuando optan por la mediación, suelen utilizar especialmente el e mail o correo electrónico, para sus relaciones personales, por ser un mecanismo que carece de formalismo, es rápido y ofrece la posibilidad de llegar a soluciones adaptadas a los deseos y necesidades de las mismas⁸⁶⁸. El mediador debe tener una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir.

En la mediación podemos diferenciar tres etapas. Una primera fase de toma de contacto, en la que el usuario envía un correo electrónico al mediador, solicitando su asistencia para la resolución de un conflicto. El mediador le pide los datos necesarios para que pueda iniciarse el proceso (normalmente a través de un registro o foro en el que se inscriben los datos que estarán protegidos), y se pone en contacto con la otra parte para que se una al proceso. En una segunda etapa, una vez que las partes han aceptado el inicio de la mediación on line, el mediador establecerá una reunión on line en una sala virtual (chat room), en la que indicará las

⁸⁶⁷ Fernández Pérez, N., *Resolución extrajudicial de conflictos on line: una nueva posibilidad para la defensa del consumidor (1)*, cit, p. 11.

⁸⁶⁸ Este sistema se está popularizando en el campo del Derecho y se practica tanto por mediadores particulares como por instituciones u organizaciones, puesto que es una nueva forma de solucionar controversias en la que las partes deben ponerse de acuerdo para llegar a una solución, que responda a sus necesidades, lo que conllevará que, como las partes alcanzan de manera conjunta el acuerdo, las relaciones entre éstas no se deterioren (Tal vez por ello la mediación on line, está teniendo más éxito que el arbitraje on line).

pautas que garantizan el proceso, señalando las normas que van a regir el procedimiento de resolución del conflicto. Una vez que se llegue a un acuerdo, el mediador recogerá el contenido del mismo en un documento, que será enviado a cada parte para que lo firmen de forma manuscrita (en cuyo caso lo deben devolver por correo ordinario) o con firma digital, normalmente a través de correo electrónico⁸⁶⁹.

Las ventajas de la mediación son indudables: la negociación entre las partes se produce en un tiempo asincrónico, por lo que las partes pueden demorar su respuesta a fin de consultar con otras personas, realizar nuevas pesquisas o tener más tiempo para pensar sobre la opción mas conveniente y no reaccionar emocionalmente, lo que ayuda a adoptar una mejor decisión. Además, el mediador introduce unas reglas que deberán respetar las partes, introduciendo charlas privadas, que sólo podrá ver la otra parte cuando hayan sido filtradas por el mediador y también existe un registro de las conversaciones de donde se pueden obtener las propuestas mas importantes, de cara a incluirlas en el borrador del documento final. Se puede posibilitar la presencia de un observador, siempre que las partes presten su conformidad, que verifican las sesiones y ofrecen sugerencias.

Finalmente, el acuerdo puede ser aceptado, y firmado instantáneamente por una de las partes que lo envía al mediador, por fax u otro medio seguro, quien lo reenvía a la otra parte para su firma⁸⁷⁰. En este sentido, tanto la seguridad como la confidencialidad de las comunicaciones son dos elementos claves en la mediación on line que deben garantizarse, por lo que el artículo 41 del RD 231/2008 expone, en

⁸⁶⁹ Ya existen empresas que ofrecen espacios electrónicos seguros para la mediación, que contribuyen a una mayor confianza de los profesionales y de los consumidores en estos procedimientos.

⁸⁷⁰ En este sentido De Miguel Asensio señala que *“la adopción respecto de los contratos por Internet de un nivel de protección de los consumidores equivalente al que opera en las transacciones tradicionales... es indispensable para generar la confianza de los consumidores en el nuevo medio”*, en *Derecho Privado de Internet*, segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 325.

su párrafo 2º, que los árbitros, los mediadores, las partes y quienes presten servicio en las Juntas Arbitrales de Consumo, están obligados a guardar confidencialidad de la información que conozcan en el curso del procedimiento arbitral⁸⁷¹.

1.2.3. Tratamiento europeo de los ODR

A nivel europeo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que la Unión debe contribuir a lograr un alto nivel de protección de los

⁸⁷¹ La mediación ha tenido mayor aceptación en EEUU (no obstante ser un país con mayor tradición en arbitraje) que en otros países. Una de las primeras propuestas de mediación, fue llevada a cabo por el Centre de Reserche en Droit Public (CRDP) de la Universidad de Montreal en 1996. Este proyecto ofrecía a los consumidores servicios de mediación y arbitraje on line. En Internet podemos encontrar diversos proveedores de mediación on line, siendo el más importante de todos ellos en cuanto al volumen de casos que gestiona, Square Trade (<http://www.squaretrade.com>), radicado en San Francisco, USA. Se trata de uno de los ODR que mayor éxito ha alcanzado, fundamentalmente tras firmar en marzo de 2000 un convenio con www.eBay.com, web dedicada a las subastas de todo tipo de artículos, por el cual esta última deriva los conflictos entre compradores y vendedores a la intervención de Square Trade, que ofrece un proceso gradual de negociación primero, y posteriormente uno de mediación en línea. Este sistema ha permitido resolver más de 100.000 disputas hasta el momento. eBay publica una evaluación de la conducta de compradores y vendedores, para estimular a las personas a resguardar su buen nombre como comerciantes al recibir evaluaciones positivas de los clientes con los cuales interactúa.

En Europa, se está implementando lentamente, sobre todo por el incremento de las transacciones transfronterizas (la Cámara de Comercio internacional con sede en París está ofreciendo servicios de mediación). A nivel europeo debemos referirnos al proyecto ECODIR, Electronic Consumer Dispute Resolution (www.ecodir.org), proyecto patrocinado por la Comisión Europea, resultado de los esfuerzos realizados por el Centre de Reserche en droit public de la Universidad de Montreal. Tiene por objetivo proponer una plataforma electrónica a los consumidores europeos con la finalidad de solucionar los eventuales conflictos con los cibervendedores. Consiste en un mecanismo de solución de conflictos que combina distintos métodos, pues se basa en un sistema en el que en un primer lugar se permite a las partes buscar una solución a los conflictos sin intervención de un tercero por la vía de la negociación en línea; si esta primera tentativa no funciona, las partes pueden decidir acudir a un tercero neutral para que les ayude a arreglar el conflicto a través de la mediación. Y por último, en caso de fracaso, el mediador se limitará a otorgar una recomendación.

consumidores y, para lograrlo, una de las fórmulas es mediante el acceso a formas sencillas, eficientes, rápidas y asequibles de resolver los litigios derivados de la compraventa de bienes o servicios a través de internet⁸⁷².

En este sentido, el Parlamento europeo ha aprobado la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (por la que se modifican el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), y el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (por el que se modifican el Reglamento 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE) cuyo objetivo es regular una plataforma electrónica de resolución en línea de conflictos (ODR)⁸⁷³.

Esta reglamentación se debe a la cantidad de disposiciones dispares en los diferentes Estados, sobre la resolución alternativa de los conflictos, que producen

⁸⁷² Pues, como señala Ortega “Proporcionar medios de acceso a la justicia para los ciudadanos es uno de los principios fundacionales de la Unión Europea, pero el crecimiento del mercado es el verdadero impulsor político. Si bien el acceso a la justicia por parte de los consumidores constituye el pilar en el que se aprueba la DRALC, el crecimiento del comercio electrónico es la principal causa que impulsa su aprobación. El volumen económico que representa el comercio electrónico B2C tiene a nuestro entender un enorme potencial, con lo cual, el consumidor tendría con estas herramientas de reclamación, un instrumento a su alcance necesario para desarrollar aun más sus potencialidades económicas”, Ortega Hernández, R.J., (2014) *El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana*, 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2014, pp. 43-44.

⁸⁷³ Podemos citar también la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles así como el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil

confusión y desconfianza en los consumidores y usuarios⁸⁷⁴. A pesar de las Recomendaciones europeas, los Estados miembros no han establecido mecanismos de resolución alternativa de conflictos de la misma forma⁸⁷⁵, lo que ha propiciado que los consumidores tengan miedo de comprar fuera de sus fronteras, dado que no tienen la garantía de que puedan resolver sus conflictos de modo sencillo, rápido y asequible⁸⁷⁶. De ahí que estos nuevos instrumentos, la Directiva y el Reglamento, si bien tienen características y ámbitos diferentes, se complementan entre sí.

Como señala Richard González, estas normas *“pretenden ofrecer un mecanismo conocido y seguro, que evite a los consumidores hacer frente a largos y costosos*

⁸⁷⁴ La eurodiputada, y redactora de los textos legales, Róza Thun opina que: *“Consumidores y comerciantes, especialmente los más pequeños, sienten desconfianza de las ventas transfronterizas por Internet porque no saben a quien recurrir en busca de ayuda si surge un problema. La directiva ODR les dará confianza para comprar y vender en toda la Unión Europea. Esto convierte a la ODR en un pilar básico en el relanzamiento del mercado único”*.

⁸⁷⁵ Un interesante enfoque lo ofrece, mediante el Decreto 2015-282 de 11 de marzo, relativo a la simplificación del procedimiento civil en cuanto a las comunicaciones electrónicas y a la resolución amigable de las controversias, la reforma del Código de Procedimiento civil francés, que tiene como objetivos, por una parte la simplificación del procedimiento en cuanto a las comunicaciones electrónicas y, por otra parte, la incentivación de las partes a recurrir a métodos alternativos de resolución de los conflictos, con carácter previo al acceso a la Jurisdicción. La reforma obliga al demandante, bajo sanción de nulidad, a acreditar el intento realizado para tratar de llegar a una resolución amigable de la controversia, salvo que justifique un motivo legítimo, por razones de urgencia u orden público. En nuestro país, el actual Proyecto de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de fecha 27/2/2015 y remitido al Parlamento, se limita a recoger la obligación de incluir en las cédulas de citación, información sobre la posibilidad de las partes de recurrir a una negociación, para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación.

⁸⁷⁶ A nivel de España, hay que señalar que la resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo en el marco del Sistema Arbitral de Consumo, regulado por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, modificado por Real Decreto 863/2009, de 14 de mayo, se ha desarrollado de manera particular, aunque no resulta suficiente para resolver litigios de consumo internacionales.

trámites judiciales, especialmente en las compras transfronterizas o a través de Internet. En definitiva, la finalidad de la regulación consiste en ofrecer la regulación legal adecuada, que permita plantear, sustanciar y resolver las reclamaciones derivadas del comercio electrónico, en el ámbito de la Unión Europea, mediante un sistema unificado en el que se combina una plataforma electrónico pública Europea (plataforma ODR), que servirá de nodo central en el que funcionarán las Instituciones de mediación o arbitraje que proveerán de los procedimientos de resolución de conflictos (Instituciones ADR). En su virtud, cualquier consumidor europeo que haya adquirido un bien por medio del comercio electrónico, aunque también será utilizable cuando la compra fuese presencial, tendrá a su disposición la plataforma digital europea que consistirá en una página Web alojada en el portal «Your Europe» (Tu Europa), en la que se alojarán los formularios de reclamación, disponibles en todos los idiomas de la UE, mediante los cuales podrá plantear una reclamación que tenderá a ser gratuita y que será resuelta dentro de los 90 días siguientes a su presentación. Las propuestas van a contribuir a reforzar el espacio económico europeo, al disponer de un sistema alternativo de resolución de conflictos sencillo, rápido y de bajo coste»⁸⁷⁷.

⁸⁷⁷ Richard González, M., en *La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL*, cit. p. 539. En este sentido, la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), junto con el Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, en su Considerando 8 señala que: “La resolución de litigios en línea ofrece una solución extrajudicial sencilla, eficiente, rápida y asequible para los litigios derivados de transacciones en línea. Sin embargo, en la actualidad faltan mecanismos que permitan a los consumidores y a los comerciantes resolver este tipo de litigios por medios electrónicos. Ello redundaría en detrimento del consumidor, constituye una barrera, en particular, para las transacciones transfronterizas en línea, y crea condiciones desiguales para los comerciantes, obstaculizando así el completo desarrollo del comercio en línea”.

La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante Directiva ADR) pretende conseguir un alto nivel de protección del consumidor, y lograr el buen funcionamiento del mercado interior, en el que se garanticen normas elevadas de seguridad, reforzando la confianza de los consumidores y haciendo posible *“el acceso a vías sencillas, eficaces, rápidas y asequibles para resolver los litigios nacionales y transfronterizos derivados de contratos de compraventa o de prestación de servicios, debe beneficiar a los consumidores y, por consiguiente, reforzar su confianza en el mercado. Dicho acceso debe garantizarse tanto para las transacciones en línea como para las que no lo son, siendo especialmente importante cuando los consumidores compran en otro país”*⁸⁷⁸.

En este sentido, De Miguel Asensio dice que, la Directiva ADR *“establece un marco armonizado básico, con respecto a las entidades y los procedimientos de resolución alternativa de litigios en materia de consumo. La utilidad de este tipo de mecanismos y su importancia, para favorecer la confianza en el comercio electrónico, resultan manifiestas, habida cuenta de que Internet facilita la celebración de contratos de*

⁸⁷⁸ Para un estudio sobre la Directiva 2013/11 (ADR) y Reglamento 524/2013 (ODR), ver, Madrid Parra, A., (2013) La Directiva 2013/11 (ADR) y reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo, en Revista del Club Español del Arbitraje., Nº 18, Sección Artículos, Tercer cuatrimestre, Editorial LA LEY, p. 3 *“El objeto mediato, pues, de la Directiva es el «buen funcionamiento del mercado interior» (art. 1), mientras que para el Reglamento es el «correcto funcionamiento del mercado interior» (art. 1). Sin embargo el objeto inmediato o finalidad inmediata es alcanzar «un alto nivel de protección del consumidor» (art. 1 Directiva) o, en términos del Reglamento «la consecución de un elevado nivel de protección del consumidor» (art. 1). Tales objetivos, mediato e inmediato, se pretenden alcanzar adoptando medidas para la solución de controversias sin necesidad de acudir a los tribunales. Se ofrecen «procedimientos de resolución alternativa», distintos a los jurisdiccionales, pero sin que obligatoriamente se impongan en lugar de estos. Se trata de ofrecer a los consumidores la opción alternativa no judicial, sin imponerla (para que «puedan, si así lo desean», utilizarla). No obstante, el art. 1 de la Directiva termina con un párrafo en el que incluye una cláusula de salvaguarda, con una primera parte de posible ámbito nacional y una última cautela de carácter general”*.

consumo internacionales, con gran frecuencia relativos a pequeñas cuantías, lo que determina que el coste de una reclamación judicial, pueda resultar desproporcionado en relación con los litigios derivados de esas transacciones” ⁸⁷⁹.

La Directiva ADR señala como objetivo la protección del consumidor, garantizando que puedan presentar sus reclamaciones ante entidades de resolución alternativa de conflictos, siempre que no se impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial⁸⁸⁰. Pretende establecer requisitos de calidad armonizados para los diferentes Estados, de forma que los consumidores puedan acceder a la resolución de sus conflictos, mediante procedimientos alternativos que respondan a criterios de igualdad, transparencia y justicia sin importar el lugar de la UE en el que residan.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 2.1 señala que se va a aplicar a *los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «entidad de resolución alternativa»), que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa*. Madrid (2013), señala que: “Aunque sea amplio el ámbito de aplicación, la Directiva lo configura como el mínimo que han de ofrecer todos los Estados miembros, reconociendo que estos pueden ir «más allá» de lo dispuesto en

⁸⁷⁹ De Miguel Asensio, P., *La nueva normativa europea sobre litigios en materia de consumo*, Blogspot, [consulta el 9 de febrero de 2015].

⁸⁸⁰ Artículo 1. *El objetivo de la presente Directiva es contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando que los consumidores puedan, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos de resolución alternativa de litigios (en lo sucesivo, «procedimientos de resolución alternativa») que sean independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la obligatoriedad de participar en este tipo de procedimientos prescrita en la legislación nacional, siempre que esta no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.*

la Directiva (art. 2.3 in fine)”. Por lo tanto, se aplicará a todos los procedimientos extrajudiciales de solución de controversias: la mediación, la negociación o el arbitraje⁸⁸¹ y se aplica sólo a litigios relacionados con contratos de consumo.

En el apartado 2.2, señala los procedimientos a los que no se va a aplicar⁸⁸². Es

⁸⁸¹ Dicho artículo señala: *A fin de asegurar un mayor nivel de protección de los consumidores, los Estados miembros podrán mantener o introducir normas que vayan más allá de lo dispuesto en la presente Directiva.*

⁸⁸² *La presente Directiva no se aplicará:*

a) a los procedimientos ante entidades de resolución de litigios en que las personas físicas encargadas de resolver el litigio estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante en cuestión, a menos que los Estados miembros decidan autorizar dichos procedimientos como procedimientos de resolución alternativa en el marco de la presente Directiva y se cumplan los requisitos establecidos en el capítulo II, incluidos los requisitos específicos de independencia y transparencia a que se refiere el artículo 6, apartado 3;

b) a los procedimientos ante sistemas de tramitación de reclamaciones de los consumidores gestionados por el comerciante;

c) a los servicios no económicos de interés general;

d) a los litigios entre comerciantes;

e) a la negociación directa entre el consumidor y el comerciante;

f) a los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio;

g) a los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor;

h) a los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios;

i) a los prestadores públicos de enseñanza complementaria o superior.

decir, que la Directiva ADR se va a aplicar a los conflictos que surjan entre los consumidores y los empresarios, que hayan realizado contratos de compraventa o de prestación de servicios, en línea o no, en todos los sectores económicos, menos en aquellos en los que establece una excepción. Además se aplicará tanto a los litigios nacionales como a los transfronterizos, entendiendo por litigio nacional (artículo 4, apartado e) “*el litigio contractual derivado de un contrato de compraventa o de servicios en el que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en el mismo Estado miembro en el que está establecido el comerciante*”; y por litigio transfronterizo (artículo 4, apartado f) “*el litigio contractual derivado de un contrato de compraventa o de servicios en el que el consumidor, en el momento de realizar la orden de pedido, tiene su residencia en un Estado miembro distinto de aquel en que está establecido el comerciante*”.

La Directiva parte de la constatación, en su Considerando 5, de que: “*la resolución alternativa de litigios no está desarrollada todavía de manera suficiente y coherente en toda la Unión. Los mecanismos de resolución alternativa de litigios no se han establecido correctamente, ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión. Los consumidores y los comerciantes, siguen sin conocer las vías de recurso extrajudicial, ya que solo un pequeño porcentaje de ciudadanos, sabe cómo presentar una reclamación ante una entidad de resolución alternativa de litigios («entidad de resolución alternativa»).* En los casos en que existen procedimientos de resolución alternativa de litigios («procedimientos de resolución alternativa»), sus niveles de calidad varían de forma considerable entre los Estados miembros, y con frecuencia las entidades de resolución alternativa no tramitan de forma eficaz los litigios transfronterizos”⁸⁸³.

⁸⁸³ Madrid opina que “*Cuando la Directiva utiliza este término no le da proyección mundial, sino regional. Se trata de controversias entre partes que se encuentran en distintos países de la Unión Europea. Literalmente el art. 2.1 especifica que se trata de litigios «entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión», con independencia de que se encuentren en el mismo o distintos Estados*” en Madrid Parra, A., (2013) La Directiva 2013/11 (ADR) y reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio

Por otra parte, la Directiva ADR establece el modo de acceso y los requisitos aplicables a las entidades y los procedimientos de resolución alternativa, exigiendo, en su artículo 5, que los Estados miembros faciliten el acceso de los consumidores a procedimientos de resolución alternativa, garantizando que los litigios en los que esté implicado un comerciante, establecido en sus territorios respectivos, puedan someterse a una entidad de resolución alternativa, que cumpla los requisitos exigidos en la Directiva.

La Directiva sólo contempla las reclamaciones presentadas por los consumidores contra los empresarios, pero no las presentadas por los empresarios. Ahora bien, deja en libertad a los Estados miembros para que puedan introducir esta modalidad de reclamación. Además, va a permitir que los Estados miembros mantengan o introduzcan normas que vayan más allá de lo dispuesto en la Directiva (artículo 2.3), pero va a exigir unos requisitos a las entidades de resolución alternativa de conflictos, en el artículo 5.2, que son:

- Que estas entidades mantengan un sitio de Internet actualizado, que facilite a las partes un acceso sencillo a la información relativa al procedimiento de resolución alternativa y facilite la presentación de reclamaciones on line;
- Que faciliten a las partes la información anterior, en un soporte duradero;
- Que cuando proceda, permitan al consumidor presentar una reclamación fuera de línea;
- Que hagan posible el intercambio de información entre las partes, por vía electrónica o por correo;
- Que acepten tanto los conflictos nacionales, como transfronterizos;
- Que adopten las medidas necesarias para asegurar el tratamiento de datos personales.

También establece, en el artículo 5.4, unos casos en los que estas entidades pueden negarse a tramitar un conflicto⁸⁸⁴. Además, si la entidad, de acuerdo con sus normas de procedimiento, no está en condiciones de tramitar un litigio que se le haya presentado, deberá facilitar a ambas partes, en el plazo señalado, una explicación razonada de los motivos.

Por otra parte, va a exigir que las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de conflictos, posean los conocimientos especializados necesarios y sean independientes e imparciales, estableciendo el principio de transparencia de las entidades de resolución alternativa de conflictos⁸⁸⁵ y que los procedimientos sean

⁸⁸⁴ Artículo 5.4 Los Estados miembros, según lo estimen oportuno, podrán permitir que las entidades de resolución alternativa mantengan e introduzcan normas de procedimiento que les permitan negarse a tramitar un litigio determinado por cualquiera de los siguientes motivos:

a) que el consumidor no haya tratado de ponerse en contacto con el comerciante de que se trate en relación con su reclamación para intentar, como primer paso, resolver el asunto directamente con el comerciante;

b) que el litigio sea frívolo o vejatorio;

c) que otra entidad de resolución alternativa o un órgano jurisdiccional estén examinando o hayan examinado en ese litigio;

d) que el valor de la reclamación sea inferior a un umbral monetario preestablecido;

e) que el consumidor no haya presentado la reclamación ante la entidad de resolución alternativa dentro de un plazo preestablecido, que no será inferior a un año desde la fecha en que el consumidor haya presentado su reclamación al comerciante;

f) que la tramitación del tipo de litigio en cuestión pudiera comprometer gravemente por otros motivos el funcionamiento de la entidad de resolución alternativa.

⁸⁸⁵ El artículo 7 establece que los Estados miembros velaran porque las entidades de resolución alternativa, cuando así se solicite, pongan a disposición del público en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado, información clara y fácilmente comprensible sobre: las señas, (dirección postal y correo electrónico); que están incluidas en la lista;

eficaces y asequibles, tanto en línea como fuera de línea⁸⁸⁶ para ambas partes, con independencia del lugar donde se encuentren⁸⁸⁷. Además, las entidades de resolución alternativa de litigios tendrán que someter su actuación a los siguientes principios:

las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios, el método utilizado para su nombramiento y la duración de su mandato; los conocimientos especializados, la imparcialidad y la independencia de las personas físicas encargadas de la resolución alternativa de litigios, en caso de que estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el comerciante; su participación en redes de entidades de resolución alternativa de litigios transfronterizos; los tipos de litigios que entran dentro de su competencia, con inclusión, en su caso, del posible umbral aplicable; las normas de procedimiento por las que se rige la resolución de un litigio y los motivos de denegación de tramitar un determinado litigio; las lenguas en las que pueden presentarse las reclamaciones y en las que se desarrolla el procedimiento; los tipos de normas que puede utilizar la entidad de resolución alternativa como base para la resolución del litigio (normas jurídicas, equidad, códigos de conducta); requisitos preliminares que las partes deben cumplir antes de que pueda iniciarse un procedimiento; si las partes pueden o no retirarse del procedimiento; los posibles costes que deberán asumir las partes, incluidas en su caso las normas para la atribución de las costas al final del procedimiento; la duración media del procedimiento de resolución alternativa; el efecto jurídico del resultado del procedimiento de resolución alternativa, incluidas las sanciones por incumplimiento en caso de decisión con efecto vinculante para las partes, si procede; la fuerza ejecutiva de la decisión de resolución alternativa de litigios, si procede.

⁸⁸⁶ La Directiva pretende abarcar todos los supuestos tanto de comercio en línea como fuera de línea, pero el Reglamento sólo contempla los litigios celebrados en línea, pues la herramienta que ha creado a nivel de Europa se ofrece tan sólo para las controversias que surgen en los contratos celebrados en línea (Considerando nº 8).

⁸⁸⁷ El artículo 8 contempla la exigencia de que los Estados miembros garanticen que estos procedimientos sean accesibles tanto on line o por otros medios para las partes, independientemente del lugar en que se encuentren; que las partes no estén obligadas a estar asistidas en el procedimiento por letrado o asesor jurídico; que el procedimiento sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico; que se notifique a las partes la recepción de los documentos relativos a la reclamación; que el resultado del procedimiento se dé a conocer en un plazo de 90 días naturales, que podrá ser ampliado en caso de conflictos complejos.

- Transparencia, velando porque las entidades de resolución alternativa, cuando así se solicite, pongan a disposición del público en su sitio web, en un soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado, la información clara y fácilmente comprensible exigida en el artículo 7.
- Eficacia, velando porque los procedimientos de resolución alternativa sean fácilmente accesibles, tanto en línea como no, para ambas partes, independientemente del lugar donde se encuentren, sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico, y sin que el procedimiento les prive de su derecho a obtener asesoramiento independiente o a estar representadas o asistidas por un tercero en cualquier fase del procedimiento; garantizando que el procedimiento sea gratuito o se preste a cambio de un precio simbólico, que se notifique de inmediato a las partes litigantes la recepción de todos los documentos, con la información pertinente y que el resultado del procedimiento se dé a conocer en un plazo de noventa días naturales (salvo casos de especial complejidad).
- Equidad, velando, como establece el artículo 9, porque las partes puedan expresar su punto de vista en un plazo razonable y conocer las alegaciones y pruebas presentadas por la otra parte, así como realizar alegaciones al respecto; informarlas de que no están obligadas a asistir por letrado o asesor jurídico, aunque pueden pedirlo; notificarles el resultado del procedimiento, por escrito o en un soporte duradero, facilitándoles una exposición de las razones en que se funda; posibilitando su retirada y otorgándoles un período de reflexión.
- Libertad, velando, como señala el artículo 10, porque los acuerdos, entre el consumidor y el comerciante, de someter su reclamación a la apreciación de una entidad de resolución alternativa, no sean vinculantes para el consumidor, cuando se haya celebrado antes de que surgiera el litigio, si el efecto que produce es privarlo de su derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales competentes.
- Legalidad, velando porque, en caso de procedimiento en el que se imponga una solución, ésta no puede privar al consumidor, de la protección que le otorgue la ley aplicable o, en caso de conflicto de leyes, lo que resulte de la

aplicación del Reglamento 593/2008 o el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, teniendo en cuenta la residencia habitual del consumidor, como señala el artículo 11.

La Directiva contempla dos tipos de procedimientos⁸⁸⁸: en el primer caso se refiere, en el artículo 9.2, a los que se limitan a proponer una solución para resolver un litigio. En este caso, se ofrece a las partes la posibilidad de retirarse del procedimiento, en cualquier momento, en el caso de que no estén satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento, informándoles de que la participación en el procedimiento, no excluye la posibilidad de obtener reparación mediante un procedimiento ante un órgano jurisdiccional, que podría ofrecer una solución distinta.

En cuanto al otro procedimiento, previsto en el artículo 10.2, referido a aquellos que tengan por objeto resolver el litigio mediante una solución vinculante, la Directiva exige que las partes hayan sido informadas, con antelación de dicho carácter vinculante y lo hayan aceptado expresamente, salvo que la solución sea vinculante para el comerciante, con arreglo a la normativa nacional, para el que no se exige la aceptación del mismo para cada caso.

Por otra parte, el artículo 11 diferencia entre dos tipos de litigios. De un lado, se refiere a aquellos litigios en los que no exista conflicto de leyes (internos), en cuyo caso, la solución impuesta no podrá privar al consumidor de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones, que no puedan excluirse mediante acuerdo, en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual; es decir, que exige que se apliquen las normas imperativas del Estado miembro donde el consumidor tenga su residencia habitual.

⁸⁸⁸ De Miguel Asensio, P., *La nueva normativa europea sobre litigios en materia de consumo*, Blogspot, [consulta el 15 de marzo de 2015].

De otro lado, hace mención al caso de aquellos litigios en los que exista conflicto de leyes (internacionales). En estos casos deberá respetarse lo establecido en el Reglamento 593/2008⁸⁸⁹, en cuyo artículo 2, señala la aplicación universal del mismo⁸⁹⁰ y que establece que *“si la ley aplicable al contrato de compraventa o de servicios se determina con arreglo al artículo 6, apartados 1 y 2, la solución impuesta por la entidad de resolución alternativa, no pueda dar lugar a que el consumidor se vea privado de la protección ofrecida por disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo, en virtud de la ley del Estado miembro en que el consumidor tenga su residencia habitual”*.

Respecto al concepto de residencia habitual, si bien en el artículo 4 de la Directiva contempla un concepto amplio de establecimiento del empresario (donde tenga su domicilio social, su administración central o su lugar principal de actividad, incluida una sucursal, una agencia u otro tipo de establecimiento), el artículo 11 remite al Reglamento Roma I, en el que se entiende por residencia habitual, el lugar de su administración central y el lugar en el que esté situada la sucursal, agencia o establecimiento relevante en relación con el contrato.

⁸⁸⁹ Reglamento n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). *Artículo 6. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:*

ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

⁸⁹⁰ *La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro.*

También, la Directiva ADR contempla la obligación de informar a los consumidores acerca de la entidad o entidades de resolución alternativa, que den cobertura a los comerciantes establecidos en su territorio, cuando estos se comprometan o estén obligados a recurrir a dichas entidades para resolver litigios con los consumidores, incluyendo la dirección del sitio web de la entidad o entidades de resolución alternativa pertinentes, señalando que los consumidores pueden acudir a los Centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor⁸⁹¹, para acceder a la entidad de resolución alternativa que opere en otro Estado miembro, que sea competente para intervenir en el conflicto transfronterizo.

En cuanto a la plataforma de resolución de litigios, la Directiva crea una plataforma electrónica que permita, a los consumidores de la Unión Europea, plantear a los comerciantes sus reclamaciones sin perjuicio de su derecho a acudir a la vía judicial. Como dice Madrid (2013), *“El sistema se basa en la voluntariedad para el consumidor. Obviamente, si el tercero neutral estuviese facultado para imponer una solución, se ha de contar con la aquiescencia del consumidor tras surgir la controversia, sobre todo si de resolución arbitral se tratara. Si la transacción económica se ha llevado a cabo utilizando medios electrónicos para la contratación, es una extensión natural de ese medio que abarque también los instrumentos de resolución de las controversias en torno a ese contrato, igualmente por medios electrónicos y telemáticos”*⁸⁹².

⁸⁹¹ El Centro de Consumo Europeo es un órgano de la Unión europea, estructurado en diferentes Centros de Consumo en cada uno de los Estados Miembros. Este Centro de Consumo Europeo se encarga de la recepción de las quejas planteadas por los consumidores en sus respectivos centros nacionales y de ponerlas en conocimiento del Centro de Consumo europeo nacional del empresario o comerciante frente al que se dirige la pretensión.

⁸⁹² Madrid Parra, A., (2013) La Directiva 2013/11 (ADR) y reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo, cit. p. 16.

Finalmente, en su artículo 21, establece el régimen de sanciones aplicable a las infracciones de las disposiciones nacionales por parte de los Estados miembros estableciendo que adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar su ejecución. Las sanciones previstas serán eficaces, proporcionadas y disuasorias.

Por su parte, el nuevo Reglamento (UE) n° 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, complementario de la Directiva), tiene por objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos on line, a modo de ventanilla única, que ofrezca a los consumidores y comerciantes, que realizan transacciones on line, un sistema de resolución de conflictos fiable y eficaz⁸⁹³. Con algunas excepciones el Reglamento será aplicable a partir del 9 de enero de 2016. En el Reglamento, se señalan las características de este sistema de resolución alternativa de conflictos on line.

En primer lugar, se crea una plataforma digital pública Europea, en la que los consumidores encuentren fácilmente formularios de reclamación y recomendaciones, para orientarles durante el proceso, que deberá estar disponible a finales de 2015. Como señala el artículo 5.2. *“Esta plataforma constituirá una ventanilla única para los consumidores y comerciantes, que deseen resolver extrajudicialmente los litigios incluidos en el ámbito de aplicación del presente Reglamento. Será un sitio de internet interactivo, al que se podrá acceder de forma electrónica y gratuita en todas las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión”*.

⁸⁹³ Según la Agenda Digital para España 2013, la Agenda Digital para Europa ha considerado el comercio electrónico como una de las áreas estratégicas más relevantes para la economía futura de Europa. Por ello, ha establecido para 2015 el objetivo de que el 50% de la ciudadanía use el comercio electrónico, que un 20% realicen compras transfronterizas, y que el 33% de las PYME vendan y compren mediante comercio electrónico. España comparte la visión europea y hace suyos dichos objetivos.

En segundo lugar, en cuanto al ámbito de aplicación, el Reglamento se aplicará a la resolución extrajudicial de conflictos relativos a obligaciones contractuales, derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios, celebrados on line entre un consumidor residente en la Unión y un comerciante establecido en la Unión, siempre que la legislación del Estado miembro de residencia habitual del consumidor, admita que tales conflictos se resuelvan a través de una entidad de resolución alternativa de conflictos. Sólo contempla como Entidades de resolución alternativa de conflictos, aquellas incluidas en la lista, elaborada por cada autoridad nacional competente, conforme al artículo 20.2 de la Directiva 2013/11/UE.

Por otra parte, el Reglamento, a diferencia de la Directiva, admite también las reclamaciones presentadas por comerciantes contra consumidores. Deja claro que la plataforma deberá ser de fácil utilización, accesible y utilizable por todas las personas, debiendo respetar la intimidad de sus usuarios. Finalmente, señala las funciones que deberá cumplir dicha plataforma⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ Artículo 5.4. *La plataforma de resolución de litigios en línea desempeñará las siguientes funciones: facilitar un formulario electrónico de reclamación que la parte reclamante pueda rellenar e informar de la reclamación a la parte reclamada; determinar la entidad o entidades de resolución alternativa competentes y transmitir la reclamación a la entidad de resolución alternativa que las partes hayan acordado utilizar; ofrecer gratuitamente un sistema electrónico de tramitación de asuntos que permita a las partes y a la entidad de resolución alternativa tramitar en línea el procedimiento de resolución de litigios a través de la plataforma de resolución de litigios en línea; proporcionar a las partes y a la entidad de resolución alternativa la traducción de la información y facilitar un formulario electrónico del que se servirán las entidades de resolución alternativa para transmitir la información; proporcionar un sistema de comentarios que permita a las partes expresar su opinión sobre el funcionamiento de la plataforma y sobre la entidad de resolución alternativa que haya conocido de su litigio; poner a disposición pública la información general sobre la resolución alternativa de litigios como forma de resolución extrajudicial de litigios, la información sobre las entidades de resolución alternativa incluidas en la lista, un manual en línea sobre el modo de presentar reclamaciones a través de la plataforma, la información, incluidos los datos de contacto, acerca de los puntos de contacto de resolución de litigios en línea designados por los Estados miembros y los datos estadísticos del resultado de los litigios sometidos a entidades de resolución alternativa a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.*

En cuanto al procedimiento para presentar las reclamaciones, los artículos 8, 9 y 10, se refieren a los trámites para reclamar, así como a la resolución del litigio. El consumidor que quiera presentar una reclamación, deberá rellenar un formulario electrónico, en el que presente información suficiente para determinar la entidad de resolución alternativa competente, pudiendo adjuntar los documentos que estime pertinentes. Este formulario deberá ser de fácil utilización y fácilmente accesible a partir de la plataforma de resolución de litigios en línea, aunque sólo se procesarán datos que sean exactos, pertinentes y no excesivos.

El artículo 9 es tajante, al indicar que las reclamaciones se tramitarán, si todas las secciones necesarias del formulario electrónico de reclamación, han sido cumplimentadas. En caso contrario, se informará al consumidor para que facilite la información que falte. Una vez cumplimentado, la plataforma de resolución de litigios en línea transmitirá la reclamación al empresario, en una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión, por la que haya optado dicha parte⁸⁹⁵. El procedimiento concluye con la resolución emitida por la entidad de resolución alternativa, en el

⁸⁹⁵ A esta comunicación deberán añadirse una serie de exigencias contempladas en el artículo 9. *La plataforma de resolución de litigios en línea transmitirá la reclamación de un modo fácilmente comprensible y sin demora a la parte reclamada, en una de las lenguas oficiales de las instituciones de la Unión por la que haya optado dicha parte, junto con todos los datos necesarios, para que el consumidor esté suficientemente informado.*

7. La entidad de resolución alternativa a la que se haya transmitido la reclamación informará sin demora a las partes de su aceptación o negativa a tramitar el litigio de acuerdo con el artículo 5, apartado 4, de la Directiva 2013/11/UE. La entidad de resolución alternativa que haya aceptado tramitar el litigio informará asimismo a las partes sobre sus normas de procedimiento y, en su caso, sobre las costas del procedimiento de resolución de litigios de que se trate.

8. Si, transcurridos 30 días naturales desde la presentación del formulario de reclamación, las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre una entidad de resolución alternativa, o si la entidad de resolución alternativa se negara a conocer del litigio, se pondrá fin a la tramitación de la reclamación. Se informará a la parte reclamante de la posibilidad de ponerse en contacto con un asesor de resolución de litigios en línea para obtener información de carácter general sobre otras vías de recurso.

plazo de 90 días naturales, a contar desde que recibió el expediente completo de la reclamación⁸⁹⁶, (salvo los conflictos particularmente complejos, en cuyo caso se puede ampliar el plazo).

Finalmente, en el artículo 6 del Reglamento, se hace referencia a un ensayo por parte de la Comisión, a más tardar el 9 de enero de 2015, acerca de la funcionalidad técnica, la facilidad de utilización de la plataforma y del formulario de la reclamación, por el usuario, en cooperación con expertos de los Estados miembros y representantes de los consumidores y de los comerciantes.

Para cumplir lo dispuesto en el Reglamento, cada Estado debe poner en marcha un punto de contacto de resolución de conflictos online, que facilite la comunicación entre las partes y la entidad de resolución competente, debiendo informar sobre el funcionamiento de la plataforma y las normas procedimentales, y mencionando otras vías de recurso, cuando no sea posible resolver un litigio, así como los informes periódicos de actividad. Una vez realizadas las comunicaciones pertinentes entre las partes, la plataforma elevará, on line, la reclamación a la entidad de resolución acordada por las partes, la cual informará a éstas, en caso de aceptarla, el proceso, los costes y los plazos de resolución.

⁸⁹⁶ Como señala el artículo 10, del Reglamento, “La entidad de resolución alternativa que consienta en tramitar una reclamación con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento:

- a) concluirá el procedimiento de resolución alternativa dentro del plazo contemplado en el artículo 8, letra e), de la Directiva 2013/11/UE;
- b) no requerirá la comparecencia de las partes o de sus representantes, a no ser que las normas de procedimiento contemplen esa posibilidad y las partes lo consientan;
- c) transmitirá sin demora la siguiente información a la plataforma de resolución de litigios en línea: la fecha de recepción del expediente de reclamación, el objeto del litigio, la fecha de conclusión del procedimiento de resolución alternativa, el resultado del procedimiento de resolución alternativa;
- d) no estará sujeta a tramitar el procedimiento de resolución alternativa a través de la plataforma de resolución de litigios en línea.

Una vez realizado el Ensayo, la Comisión presentará un Informe al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre el resultado del ensayo y adoptará las medidas oportunas para resolver los problemas potenciales, con objeto de garantizar el funcionamiento efectivo de la plataforma de resolución de litigios en línea.

Para concluir, hay que señalar que la transposición de la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de Consumo, y la aplicación del Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, constituyen el camino definitivo para que los mecanismos ADR (RAL en español) constituyan una eficaz alternativa a la vía judicial. Gracias a la armonización de las legislaciones internas de los países comunitarios, haciendo que los diferentes Estados tengan los mismos principios a la hora de utilizar estas técnicas, se consigue una mayor protección de los consumidores.

Pues la ausencia de fronteras en la Unión Europea, hace que los consumidores accedan a los prestadores de servicios de cualquier parte del territorio de la misma, por lo que las transacciones transfronterizas deberán realizarse en condiciones de transparencia y seguridad jurídica para proteja debidamente los intereses de los consumidores. Por ello, los ADR, son una respuesta eficaz, a la necesidad de fomentar una vía alternativa a la justicia, cuyos valores principales son la rapidez, el ahorro, y la discreción.

A nivel internacional, desde UNCITRAL⁸⁹⁷ se toma conciencia de la importancia de ofrecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos, como complemento a

⁸⁹⁷ Los trabajos relativos a la Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico, se iniciaron en la reunión de Nueva York celebrada del 21 de junio a 9 de julio de 2010, donde la Comisión estableció un grupo de trabajo (grupo de trabajo III), para dar respuesta al problema de la solución de los conflictos transfronterizos sobre el comercio electrónico, por vía telemática, con especial referencia a las operaciones entre empresas y entre empresas y consumidores. En su 22.º período de sesiones, celebrado en Viena del 13 a 17 de diciembre de 2010, el Grupo de Trabajo III inició el examen del tema de la solución de controversias por vía informática, que, tras varias sesiones celebradas en diferentes fechas, ha llegado hasta el momento actual.

los procedimientos jurisdiccionales previstos en las respectivas legislaciones nacionales. De ahí que se hayan realizado intensas reuniones, para la preparación de un proyecto de Reglamento sobre “Solución de controversias por vía informática en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico” de CNUDMI. Se pretende que funcione como una Ley Modelo, que establezca el marco para la implantación del sistema de resolución de conflictos. La propuesta de Reglamento es crear un Sistema de plataformas «on line», que permitirán a los consumidores obtener respuesta a sus reclamaciones de forma fácil, aunque no necesariamente gratuita.

Este sistema ODR, propuesto en el Reglamento, es de naturaleza contractual, pero no anula las disposiciones de la legislación de los Estados miembros. Se aplicará a las reclamaciones de consumidor a empresario, empresario a consumidor y empresario a empresario. En este sentido, se proponen unas plataformas ODR (on-line dispute resolutions), encargadas de suministrar el soporte técnico y logístico, que permitirá que empresarios y consumidores confluyan, en un espacio virtual en el que puedan dirimir sus conflictos. Por otra parte, estarán los proveedores de servicios ODR, que serán los responsables de sustanciar el procedimiento de resolución del conflicto y recibirán todas las comunicaciones que se intercambien en el transcurso del procedimiento⁸⁹⁸.

Este Proyecto, a pesar de los avances, sigue actualmente en proceso⁸⁹⁹. El Proyecto, tiene algunas diferencias con las nuevas disposiciones de la Unión

⁸⁹⁸ Richard González, M., en *La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL*, cit. pp. 543-544 opina que “*resulta curioso, que se hayan realizado dos planteamientos para la aplicación del Reglamento, proponiéndose que el Reglamento incluya un doble planteamiento, en función de que el derecho interno del consumidor permita que un acuerdo de arbitraje anterior a la controversia sea vinculante para ese consumidor o no*”.

⁸⁹⁹ La última sesión en su 31º período de sesiones ha tenido lugar en New York los días 9 a 13 de febrero de 2015.

Europea, pues mientras las Reglas propiciadas por UNCITRAL en su proyecto de Reglamento se ocupan de las transacciones entre empresarios y consumidores y entre empresarios y empresarios, la Directiva se ocupa solamente de transacciones de consumidores, lo que provocará una dificultad a la hora de establecer una formulación aceptable, consensuada entre los Estados de todo el mundo participantes en la elaboración del proyecto. Por otra parte, en mayo de 2013 se acordó formular unas Reglas que contemplasen dos vías: una que no incluyese la fase de arbitraje, y otra que sí lo incluyera, aunque será difícil aplicarla en países que admiten la cláusula compromisoria arbitral previa a que surja la controversia, o en otros en los que dicho convenio arbitral sería nulo, si una de las partes es un consumidor⁹⁰⁰.

Sin embargo, la Directiva y el Proyecto coinciden en otros temas, como que ambas regulaciones se ocupan de controversias relativas al comercio electrónico transfronterizo, aunque el proyecto de la CNUDMI/UNCITRAL tenga dimensión mundial mientras que la Directiva y el Reglamento se refieran solo al mercado interior. En ambas se admiten las reclamaciones del consumidor frente al empresario, como de éste contra aquél, cuando el Derecho nacional así lo permita en el caso de la Directiva y en ambas se necesita contar con el consentimiento previo de las partes, para que la solución alcanzada sea vinculante.

Para terminar, hemos de hacer una breve referencia a diversas soluciones internacionales de controversias en el comercio electrónico, por ser uno de los principales problemas a que se enfrentan los consumidores. En efecto, cuando realizamos transacciones electrónicas, dentro de las fronteras de un Estado, no cabe duda de que los tribunales de dicho Estado van a resultar competentes y de que se

⁹⁰⁰ En palabras de Madrid Parra, A., (2013) *“La confrontación que se había venido acentuando entre la delegación de Estados Unidos y la delegación observadora de la Comisión de la Unión Europea, arropada por países de la Unión alcanzó su cenit en mayo de 2013 impidiendo alcanzar una solución de avenencia y consenso”, en La Directiva 2013/11 (ADR) y reglamento 524/2013 (ODR): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo, cit. p. 24.*

aplicará su ley interna. El problema surge cuando estas transacciones electrónicas, se realizan fuera de las fronteras del Estado al que pertenece el consumidor, pues habrá que determinar cual es el tribunal competente y cual la ley aplicable, ya que debido al carácter internacional y transfronterizo de Internet, lo más seguro es que se realicen transacciones electrónicas entre empresarios y consumidores, situados en diferentes Estados.

Es cierto que cada Estado resuelve los conflictos remitiéndolos a los Tribunales estatales competentes, respetando la soberanía nacional. Pero cuando se trata de Internet, hablamos de conflictos extraterritoriales, situados en cualquier parte del mundo, por lo que el Derecho Internacional deberá flexibilizarse y adaptarse al comercio electrónico internacional.

De ahí, que se vea necesario reforzar la seguridad del comercio electrónico, simplificando las normas que lo rigen y aplicando medidas concretas de solución de los conflictos, pues situaciones como la piratería, la falsificación, el fraude, la violación de la seguridad de las transacciones y la desconfianza para reclamar de los ciudadanos, se han visto ampliadas debido a la facilidad del uso de Internet⁹⁰¹.

En efecto, el comercio electrónico carece de límites geográficos y jurídicos, pues tanto las empresas como los consumidores, se encuentran en cualquier parte del mundo, lo que supone una de las más importantes ventajas del comercio electrónico: la facilidad de operar a escala mundial, en un entorno virtual. Ello implica que los consumidores podrán beneficiarse de un mejor acceso a las ofertas transfronterizas, consiguiendo mayores ventajas económicas y más variada oferta, aunque también tendrán una mayor inseguridad sobre cuáles son sus derechos, en contextos transfronterizos.

⁹⁰¹ En los informes elaborados por la Unión Europea, se destaca que las compras on line constituyen una de las principales fuentes de reclamaciones, enviadas a los Centros Europeos del Consumidor. Además señalan que la insatisfacción de los consumidores, respecto a las compras online, no se traduce en reclamación alguna. En España, sólo el 28 % de los consumidores quedaron satisfechos del curso dado a sus quejas, lo que supone la cifra más baja de satisfacción de la Unión Europea.

Pues, la estructura global de Internet, ha hecho que los actores de la contratación electrónica, se planteen dos cuestiones cuando realizan sus transacciones: cuál va a ser la legislación aplicable y cuál será la jurisdicción competente, en caso de conflicto. Tradicionalmente, la determinación de la competencia legislativa y jurisdiccional entre los Estados, se ha basado en factores como el lugar de residencia habitual, el establecimiento principal, etc. Hay que tener en cuenta que, si bien los Estados deben garantizar la protección a los consumidores, dictando normas jurídicas para ello desde sus Tribunales estatales competentes, en el mundo de la Red, los criterios del derecho internacional privado han de adaptarse a las reglas del comercio electrónico internacional, para ofrecer mayor seguridad jurídica y uniformidad en la normativa aplicable⁹⁰².

De ahí, que sea necesario determinar tanto la Ley aplicable al contrato, como el juez competente para conocer de los conflictos, entre las partes que intervienen en una transacción a través de Internet, pues es fundamental para dotar de seguridad a las relaciones jurídicas que se desarrollan en la Red.

En este sentido, la Unión Europea ha adoptado instrumentos sobre la elección de la ley aplicable. Así podemos citar el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El primero de estos instrumentos, establece reglas para determinar la ley aplicable en el ámbito de las obligaciones contractuales y el segundo, en el campo de las obligaciones extracontractuales, incluidas las que derivan de declaraciones precontractuales.

⁹⁰² Díaz Bermejo, G., (2009) *La resolución internacional de controversias en el comercio electrónico*, en Noticias Jurídicas [consultado el 31 de marzo de 2015] <http://noticias.juridicas.com/articulos/20-Derecho-Informatico/225-la-resolucion-internacional-de-controversias-en-el-comercio-electrnico.html>

Para determinar la ley aplicable a los contratos transfronterizos, se estará al marco del Reglamento Roma I que establece, en su artículo 3⁹⁰³, que la ley aplicable puede ser determinada por las propias partes y, si no lo hacen, se aplicarán las normas del artículo 4, en lo referente a la compraventa de bienes y servicios⁹⁰⁴. En cuanto a los

⁹⁰³ Artículo 3. Libertad de elección. 1. El contrato se regirá por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 11 y no afectará a los derechos de terceros.

3. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.

4. Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.

5. La existencia y la validez del consentimiento de las partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 10, 11 y 13.

⁹⁰⁴ Artículo 4. Ley aplicable a falta de elección. 1. A falta de elección realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 a 8, la ley aplicable al contrato se determinará de este modo:

a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual;

b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual;

contratos de consumo, el artículo 6.1⁹⁰⁵ del Reglamento Roma I establece que, si las partes no han elegido la ley aplicable, será de aplicación la ley de la residencia habitual del consumidor.

Otra iniciativa europea, para llegar a un acuerdo de alcance mundial, sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias, la podemos ver en el Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo⁹⁰⁶, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,

2. Cuando el contrato no esté cubierto por el apartado 1 o cuando los elementos del contrato correspondan a más de una de las letras a) a h) del apartado 1, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato.

3. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país.

4. Cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a los apartados 1 o 2, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos.

⁹⁰⁵ Artículo 6. Contratos de consumo. 1. Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:

ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o

por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.

⁹⁰⁶ Que deroga el anterior Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

en cuyo Considerando 3º expone que *“la Unión se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, entre otros medios facilitando el acceso a la justicia, en particular gracias al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil. Para el progresivo establecimiento de dicho espacio, la Unión debe adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en asuntos en materia civil con repercusiones transfronterizas, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”*.

Por tanto, la regla general para determinar la competencia judicial, es la del domicilio del demandado, con independencia de su nacionalidad; por lo que el consumidor podrá demandar al empresario, en el lugar en el que tenga su domicilio, por ser el criterio más razonable en operaciones transfronterizas⁹⁰⁷.

Junto al principio general, existen algunas normas de competencia judicial especial, que ofrecen al consumidor otras opciones, a la hora de presentar la demanda, como el artículo 7, que establece que *“una persona domiciliada en un Estado miembro, podrá ser demandada en otro Estado miembro, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda, añadiendo que, salvo pacto en contrario, dicho lugar será:*

- *cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías,*
- *cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios;*
- *cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a)”*

⁹⁰⁷ Así lo establece el artículo 4 del Reglamento 1215/2012 cuando dice que: *“las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. A las personas que no tengan la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las normas de competencia judicial que se apliquen a los nacionales de dicho Estado miembro”*.

Por su parte, el artículo 18, indica que el consumidor podrá entablar su acción contra el empresario ⁹⁰⁸ tanto ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del empresario, como en los de su propio domicilio.

Por último, hay que señalar que a nivel internacional, existe una corriente que intenta solucionar los conflictos que surgen en la Red, mediante una regulación basada en una serie de usos uniformes, reglas de comercio formadas por la Cámara de Comercio Internacional, normas supraestatales aplicables por los comerciantes en sus relaciones comerciales y principios generales (Cyber Law), al margen del derecho de los Estados. Se trata de un conjunto de reglas, que se aplican a todas a las transacciones internacionales por todos los países, mediante la elaboración de un Tratado Internacional o a modo de Código de Conducta. Estamos ante la autorregulación, que se completaría con el recurso al arbitraje, que es un sistema de resolución de conflictos menos rígido y formalista y que se adapta perfectamente al comercio electrónico ⁹⁰⁹.

⁹⁰⁸ Artículo 18: *“la acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante, podrá interponerse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que esté domiciliada dicha parte o, con independencia del domicilio de la otra parte, ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté domiciliado el consumidor”.*

⁹⁰⁹ En este sentido han surgido organizaciones internacionales, que pretenden establecer políticas uniformes de resolución de controversias en diferentes aspectos de la Red, como por ejemplo ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), organización sin ánimo de lucro que opera a nivel internacional, responsable del sistema de nombres de dominio de primer nivel genéricos y de códigos de países. Es una asociación privada-pública, dedicada a preservar la estabilidad operacional de Internet, promover la competencia, lograr una amplia representación de las comunidades mundiales de Internet y desarrollar las normativas adecuadas a su misión por medio de procesos “de abajo hacia arriba” basados en el consenso. El sistema de nombres de dominio (DNS) ayuda a los usuarios a navegar en Internet. Las computadoras en Internet tienen una dirección única llamada “dirección IP” (dirección de protocolo de Internet). Como las direcciones IP (compuestas por una cadena de números) son difíciles de recordar, el DNS permite usar una cadena de letras (el “nombre del dominio”) para que se pueda escribir www.icann.org en vez de “192.0.34.163”.

El DNS traduce el nombre del dominio a la dirección IP que le corresponde, y lo conecta con el sitio

Ahora bien, esta idea del cyber law, choca con la idea de soberanía nacional de los Estados, pues implica que los Estados renuncien al ejercicio de su potestad para regular el mercado, aunque se podrían utilizar estos códigos de conducta, para el desarrollo legislativo de normas unitarias, para las transacciones comerciales⁹¹⁰. Para algunos, cualquier intento de regulación por parte de los Estados, sólo contribuye a entorpecer el medio y frenar las operaciones comerciales que se desarrollan en la Red. Esta posición ofrece la autorregulación como alternativa a la regulación estatal, que ofrecería un alto grado de eficacia (la nueva lex mercatoria). Para otros, no debe existir ningún obstáculo a que los Estados regulen este medio y ejerzan su jurisdicción sobre las actividades que se desarrollan en la Red.

Sería mejor una postura intermedia, que ofrezca la tranquilidad a los cibernautas para operar en el espacio virtual, ofreciendo la seguridad jurídica que precisan, mediante el establecimiento de unas normas internacionales, que regulen las relaciones que se desarrollan en el espacio virtual, sobre todo cuando se trate de relaciones con consumidores.

web que desea. El DNS también permite el funcionamiento del correo electrónico, de manera tal que los mensajes que envía lleguen al destinatario que corresponda, y muchos otros servicios de Internet.

⁹¹⁰ Díaz Bermejo, G., (2009) *La resolución internacional de controversias en el comercio electrónico*, cit.[consultado el 31 de marzo de 2015].

CONCLUSIONES

PRIMERA

Los orígenes de Internet son puramente militares (creación del proyecto ARPA en 1958). Se trataba de una red experimental promovida por el Departamento de Defensa de EE UU para desarrollar nuevas tecnologías con el objetivo de conectar ordenadores distantes de forma flexible y dinámica. En una segunda fase, se establece como objetivo potenciar la investigación científica, en conexión con varias universidades norteamericanas y algunas corporaciones privadas para terminar, finalmente, siendo de uso general en la década de los años 80. En esta época aparecen las llamadas tecnologías abiertas, basadas en Internet, que extienden los beneficios del comercio electrónico a todo tipo de organizaciones y a usuarios particulares en general. A partir de ese momento se conforma un mercado global en el que las empresas ofrecen sus servicios en la red y se sientan las bases de lo que será el nuevo comercio.

La ordenación del comercio desde sus orígenes ha sido objeto de una regulación minuciosa y ha dado fruto a un elenco de normas de carácter tuitivo frente a la actuación de los profesionales, que han tenido que adaptarse a las nuevas necesidades del comercio. Será en este marco donde se desarrolle lo que conocemos con el nombre de Comercio Electrónico, cuyo desarrollo ha venido impulsado por el fenómeno de la globalización.

Resulta incuestionable que la aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y su desarrollo posterior ha permitido que el comercio tradicional se haya visto modificado por aquellas. Asistimos a una nueva era, la electrónica y su avance es imparable, invade nuestras vidas y favorece un nuevo modelo de vida conformado en torno a las nuevas formas de comunicación y de transmisión de la información. Internet propicia el encuentro digital entre personas de todo el mundo y para el comercio supone un nuevo modelo con innumerables ventajas, como la posibilidad de ofrecer los productos y servicios a un número ilimitado de personas, sin necesidad de poseer una infraestructura física para almacenarlos, permitiendo al consumidor un abaratamiento de los costes, un mayor acceso a la información de

los productos, una mejora en la calidad de los mismos y todo ello sin salir de sus hogares, simplemente apretando un botón de aceptación. Aunque también es cierto que a pesar del desarrollo imparable de estas tecnologías sigue habiendo un grado de desconfianza por parte de los consumidores, sobre todo cuando se trata de transacciones transfronterizas.

Hay que señalar que Internet ofrece un nuevo modelo de mercado en el que los productores, proveedores de bienes o servicios y los consumidores o usuarios pueden satisfacer sus necesidades y en el que el comercio electrónico se convierte en una herramienta fundamental en las relaciones económicas y en uno de los principales motores del avance económico mundial. Se realizan negocios jurídicos en los que se intercambian bienes y servicios de cualquier clase, a través de redes electrónicas, que constituyen un nuevo mercado virtual, superando las limitaciones del sistema tradicional de venta.

Pero esta nueva forma de comercio representa un reto para las instituciones del derecho que tendrán que tratar de adecuar sus normas al nuevo escenario y desarrollar nuevas habilidades. Y si las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación exigen una adaptación continua de la legislación, creando un nuevo marco legal, ello exige un replanteamiento de los derechos nacionales e internacionales para adaptar sus legislaciones a los cambios tecnológicos y dotar de seguridad jurídica al nuevo tipo de comercio.

En efecto, el comercio electrónico requiere un alto nivel de seguridad para su buen funcionamiento y en este sentido, los avances en seguridad son significativos (la firma digital, los certificados digitales, los ODR, etc...) porque este nuevo sistema de contratación tiene un desarrollo imparable y será la fórmula más demandada en un futuro próximo, por lo que será necesario garantizar que el acceso y la seguridad no sean un obstáculo a su desarrollo.

SEGUNDA

Al analizar la figura del comercio electrónico, nos referimos al comercio que se desarrolla por medios electrónicos, es decir, que no estamos ante un nuevo comercio sino ante una nueva forma de realizar el comercio tradicional, utilizando nuevos medios (las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las TIC).

Ciertamente, las declaraciones de voluntad emitidas a través de la red producen consecuencias jurídicas y constituyen un escenario nuevo, en el que habrá que adecuar las categorías jurídicas a los nuevos planteamientos electrónicos y a sus exigencias, pues la nueva forma de hacer negocios a través de medios electrónicos ha supuesto un cambio en las relaciones jurídicas mercantiles tradicionales. Los actos de comercio y los contratos que se llevan a cabo a través de Internet difieren en esencia de la forma tradicional de hacer negocios y de formalizar los contratos ya que, en este caso, las partes no se conocen previamente ni existe entre ellas una previa relación contractual, pero van a realizar actos jurídicos, a través de Internet, que determinarán el nacimiento de derechos y obligaciones tanto personales como patrimoniales y esto requiere una especial regulación y control. Estamos ante un contrato electrónico, perteneciente a la categoría de los contratos a distancia, a pesar de la inmediatez de las telecomunicaciones, en el que la expresión de la voluntad no concurre simultáneamente.

Por ello, se hace necesario adecuar los principios básicos de la contratación al comercio electrónico y hacer compatible la nueva realidad tecnológica con las instituciones básicas de los ordenamientos jurídicos, sin necesidad de alterar el Derecho preexistente. En este sentido, hemos constatado que al comercio electrónico le serán de aplicación los mismos principios que al comercio tradicional: la equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales, la neutralidad tecnológica de las disposiciones reguladoras del comercio electrónico, la inalteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos, la exigencia de la buena fe y la reiteración de la libertad de pacto. Principios que están íntimamente relacionados, por lo que cada uno de ellos sólo se explica con el

concurso de los otros y que son esenciales para el correcto funcionamiento de este nuevo modelo de comercio.

Estos principios formulados por vez primera en la Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico son reglas aceptables en el ámbito internacional que permiten crear un marco jurídico seguro para el desarrollo del comercio electrónico, permitiendo hacer compatible la nueva realidad tecnológica con las instituciones básicas de los ordenamientos, sin necesidad de dictar nuevas reglas de actuación. El Derecho debe establecer las reglas o principios que operen en el nuevo modelo de comercio, que deben ser las mismas que regulan la contratación ordinaria, adaptadas al nuevo escenario para garantizar la seguridad de las transacciones electrónicas y proyectadas no sólo hacia el presente sino también hacia el futuro.

Por tanto, hemos de señalar que a la nueva forma de contratación electrónica se le aplicarán las normas generales de contratación existentes en nuestro derecho, aunque acomodándose a las peculiaridades derivadas de la utilización de medios electrónicos. De ahí que no podamos hablar de contrato electrónico si no concurren los elementos esenciales para su validez.

TERCERA

Si bien podemos señalar que actualmente no se discute acerca de la validez y eficacia de los contratos electrónicos, surgen cuestiones que hemos tenido que abordar referidas al perfeccionamiento y a la prueba de los mismos.

Como sabemos, la prestación del consentimiento es esencial a la hora de formalizar el contrato. Ahora bien, en los contratos electrónicos, la formación de los mismos suele ir precedida de la actividad publicitaria y es de destacar que el control de contenidos en la Red y de la publicidad está sometida a regulación, tanto a nivel nacional, esencialmente a través de la LSSICE donde se sienta el principio general del consentimiento del destinatario, como a nivel comunitario, a través de la Directiva de comercio electrónico. Un fenómeno de control de estos contenidos (que tiene su origen en EE.UU.) es la autorregulación, respaldada desde el Parlamento Europeo como base del buen funcionamiento de la Red. Tanto en España como en Europa

existe una política favorable a la utilización de Códigos de conducta B2C como instrumentos de protección de los consumidores en la contratación de bienes y servicios por Internet.

Otro elemento a tener en cuenta en orden a la perfección del contrato es la oferta de contrato, o declaración de voluntad del oferente dirigida a realizar una propuesta de contrato al destinatario. La oferta de contrato debe contener todos los elementos esenciales del contrato, por ello la LSSICE exige que antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para cualquier pago adicional, estableciendo la integración de la publicidad de los bienes o servicios en el contrato. Además, va a exigir al empresario una obligación de información precontractual sobre las características del bien o servicio que pretende ofrecer y, si utiliza condiciones generales, deberá ponerlas a disposición del destinatario para que pueda almacenarlas y reproducirlas cuando quiera.

En cualquier caso, no se debe confundir la oferta de contrato con la mera descripción corporativa o información, pues éstas consisten en declaraciones de voluntad con fines meramente publicitarios, o declaraciones de ciencia o conocimiento en las que el emisor no tiene intención de contraer una obligación negocial, sino de informar sobre sus productos o servicios; De ahí la importancia de que la oferta contenga todos los elementos esenciales del contrato.

Por último, hemos de decir que para que el contrato sea perfecto las partes deberán prestar su consentimiento, aunque en el caso de la contratación electrónica la manifestación del consentimiento se suele hacer apretando un botón (click agreement) de aceptación. No existe diferencia entre la efectividad del consentimiento manifestado por escrito y el manifestado por medios electrónicos, pues la aceptación deberá reunir los mismos requisitos en ambos casos. Ciertamente, los contratos nacen por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y, en este sentido, se aplicará el principio de equivalencia funcional entre los contratos electrónicos y los contratos celebrados por escrito.

Ahora bien, en orden a determinar el momento de perfección del contrato, existen diferentes teorías dirigidas todas ellas a determinar el momento preciso en el que el contrato es perfecto y, por tanto, genera obligaciones y derechos.

En la contratación electrónica hay que decir que la normativa comunitaria exige el acuse de recibo como medio más seguro de recepción de la aceptación, y nuestra LSSICE acoge esta exigencia, no como un requisito de perfección del contrato, sino como una obligación cuyo incumplimiento estará sujeto al régimen sancionador. De este modo, la LSSICE señala como momento de perfección del contrato aquél en el que la aceptación llega a conocimiento del oferente o, al menos, haya entrado en el ámbito de influencia de éste.

Por ello, se hace necesario que la normativa reguladora de la contratación electrónica establezca un marco jurídico que asegure a los consumidores en el entorno digital una protección similar a la que se ofrece a los consumidores en el entorno tradicional, lo que no sólo favorecerá la protección de éstos sino también el desarrollo del comercio electrónico.

Hemos señalado, al principio de esta conclusión, que debíamos referirnos a la prueba de los contratos electrónicos, pues la posibilidad que existe en Internet de vulnerar la seguridad de los sistemas informáticos, hace que los negocios que se realicen en la Red requieran de un instrumento que otorgue credibilidad y fuerza probatoria a dichas actuaciones.

En efecto, en los contratos electrónicos hay que probar la existencia de las declaraciones de voluntad y su certeza. Estamos ante los llamados documentos electrónicos, introducidos por el legislador en la LEC cuando enumera los medios de prueba, a los que señala que hay que otorgarles una consideración análoga a las prueba documentales tradicionales. En este orden, la LSSICE otorga carácter de documento al soporte electrónico, susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, concretando que el soporte en el que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

Por ello, teniendo en cuenta la dificultad de probar la perfección del contrato electrónico se han desarrollado mecanismos que otorgan más seguridad a estos contratos, como la firma electrónica y, más concretamente, la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido, cuyo valor es similar al de la firma manuscrita. No obstante, hemos de señalar que la mayor parte de las contrataciones electrónicas de consumo se realizan sin firma electrónica ni intervención de entidades certificadoras, pues los consumidores celebran sus contratos mediante los llamados contratos clickwrap, que basan su validez en la prestación del consentimiento que supone el acto de pulsar el botón de aceptación.

Confiamos en que, en un futuro próximo, se generalice el uso de la firma electrónica reconocida para que los consumidores, al realizar sus contratos, tengan las suficientes garantías jurídicas, pues entendemos que el medio idóneo para garantizar la prueba de la contratación electrónica es acudir a la firma electrónica reconocida, que identifica a la persona que emite el mensaje y el contenido del mismo, junto a la intervención de las entidades certificadoras, cuyo certificado asegura la autenticidad del contrato.

CUARTA

Si bien se ha constatado que Internet ha supuesto un cambio en las relaciones tradicionales y sus manifestaciones y que estos cambios han supuesto ventajas para los empresarios y los consumidores, también hemos observado que los mismos plantean nuevos desafíos. Los Estados se ven implicados en los conflictos que pueden surgir en estas nuevas relaciones jurídicas, y sus legislaciones, en la mayoría de las ocasiones, no han sido las adecuadas para hacer frente a los nuevos cambios. De ahí que los organismos internacionales hayan desarrollado una importante labor legislativa, a través de la elaboración de Leyes Modelo que han ido incorporando a sus legislaciones nacionales⁹¹¹.

⁹¹¹ Organismos como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI- WIPO); la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI – UNCITRAL); la

En efecto, los Estados deben adecuar sus sistemas normativos a las nuevas exigencias tecnológicas. Ahora bien, se ha dado la paradoja de que, si bien el resultado de la implicación de los Estados en la elaboración de leyes adecuadas a las innovaciones del comercio electrónico es un acierto, tal vez se ha producido un exceso de creación normativa, que se ha ido viendo insuficiente para dar respuesta a las demandas del comercio electrónico y de los conflictos transfronterizos.

Ciertamente, el comercio electrónico, cuyo eje es la contratación electrónica, debe ser objeto de una adecuada regulación para dotar de seguridad a las relaciones jurídicas que nacen en dicho medio. Estamos ante un comercio que no conoce fronteras, en el que cualquier persona del mundo puede entablar relaciones que produzcan consecuencias jurídicas, pero habrá que tener en cuenta que existen Estados cuyos ordenamientos jurídicos no se han adaptado a las nuevas realidades tecnológicas, que constituyen un freno para el desarrollo de esta nueva forma de comercio.

Por ello, para regular las relaciones jurídicas que se entablan en el comercio electrónico y sus consecuencias, es necesario que las legislaciones nacionales creen nuevas normas, adaptando sus derechos nacionales, adoptando las Directivas emanadas de la Unión Europea y, en caso de imposibilidad de ofrecer soluciones satisfactorias a la problemática del comercio electrónico, recurrir a normas supranacionales creadas por los Organismos internacionales. Pues no podemos olvidar que la legislación aplicable a la contratación electrónica varía mucho dependiendo de cada Estado y que las legislaciones nacionales no son suficientes para solucionar los problemas que surgen al implantar las nuevas tecnologías. Por ello, los Organismos internacionales están elaborando nuevos marcos globales para tratar de solventar los aspectos relacionados con la contratación electrónica.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE- OECD); la Cámara de Comercio Internacional (CCI - ICC); la Organización Mundial del Comercio (OMC); la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la propia Unión Europea (UE).

QUINTA

Centrándonos en la figura de los consumidores y usuarios, hay que destacar la vulnerabilidad de éstos cuando adquieren bienes y servicios por Internet, proporcionando sus datos personales y económicos a través de la Red y exponiendo su privacidad, que se puede ver vulnerada por terceras personas sin su autorización.

De ahí que se haga cada día más evidente la necesidad de establecer sistemas de protección de los consumidores que realizan intercambio de bienes y servicios por medios electrónicos, protegiendo su intimidad y privacidad, ofreciendo las garantías necesarias para que los terceros no puedan hacer uso de la información que ha proporcionado, en el acto de adquirir los bienes o servicios y estableciendo las cautelas debidas a la hora de realizar las transacciones económicas por la Red. Para ello, los Estados establecen un elenco de obligaciones para los prestadores de servicios, que garantizan que el consumidor y usuario esté plenamente informado antes de quedar vinculado por un contrato u oferta correspondiente.

La finalidad de la obligación de ofrecer una información veraz, clara y precisa, es facilitar que el consumidor preste un consentimiento contractual informado, conociendo todos los aspectos sobre el bien o servicio que vaya a contratar. Este deber de información previa está recogido tanto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU) como en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE).

En cuanto al deber de información, nos encontramos con varios problemas. Uno de estos problemas es el derivado de la de la publicidad, pues los empresarios difundían sus mensajes publicitarios sin límites, teniendo por clientes potenciales a cientos de millones de personas en todo el mundo. Nos encontramos con la cuestión de los envíos no solicitados, práctica comercial abusiva por parte de los empresarios. El fenómeno del envío masivo de mensajes dirigidos a las direcciones de correo electrónico de los destinatarios, sin haber sido solicitada por éstos (spamming) se convirtió en uno de los mayores peligros de la Red.

De ahí, que hayan surgido normas dirigidas a controlar estas situaciones y actualmente el control de estos contenidos en la Red por parte de la Comunidad Europea y de nuestra propia legislación es muy fuerte, generándose además una forma de regulación del propio mercado: la autorregulación. En nuestro país, la LGDCU establece una prohibición general de envíos y suministros no solicitados.

Otra cuestión que ha suscitado muchos problemas ha sido la inclusión de condiciones generales en los contratos y su desconocimiento por parte de los consumidores y usuarios. En la contratación electrónica es habitual el empleo de condiciones generales predispuestas por los empresarios, con la finalidad de incorporarlas a múltiples contratos. Por ello y con el fin de ofrecer una respuesta a la situación de desprotección de los consumidores, la LGDCU subordina la incorporación al contrato de condiciones generales al cumplimiento de una serie de requisitos, contemplados en los artículos 80 y siguientes, exigiendo que dichas condiciones sean puestas a disposición de los consumidores, con carácter previo al inicio de la contratación. Por su parte, la LSSICE, en su artículo 27.4 impone la misma obligación a los prestadores de servicios que incorporan condiciones generales, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario.

Como medida de protección para consumidores y usuarios el legislador regula el derecho al desistimiento del contrato, derecho que se ha convertido en uno de los principales ejes del derecho de consumo para defender los intereses de los consumidores. El ejercicio del derecho al desistimiento del contrato está regulado con carácter general en los artículos 68 a 79 de la LGDCU. Concretamente, el artículo 68 define el derecho al desistimiento como *la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase*. Además, el artículo 69 señala que *el empresario está obligado a informar y documentar al consumidor, por escrito, en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, del derecho a desistir del contrato y de los requisitos y consecuencias de su ejercicio, incluidas las modalidades de restitución del bien o servicio recibido*.

Por tanto, no sólo se establece la obligación para el empresario de informar al consumidor que le asiste tal derecho sino que, además, deberá entregar al consumidor un documento de desistimiento, identificado claramente como tal, que exprese el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere, correspondiendo la carga de la prueba al empresario. En el caso de que el empresario incumpla su deber de información de este derecho, tendrá importantes sanciones, como la ampliación del plazo de ejercicio del derecho, el aumento de los costes derivados del mismo, hasta las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Ahora bien, en contrapartida, encontramos que el consumidor también deberá soportar la carga de la responsabilidad en los casos de culpa o dolo por su parte (por ejemplo, cuando incumple su obligación de devolver el objeto del contrato desistido, y los frutos que de éste se hubiesen derivado).

Finalmente, debido a la necesidad aludida de seguridad y protección de los consumidores frente a los riesgos de interceptación y manipulación de los mensajes de datos en la Red, se ha encontrado una fórmula que contribuye a la seguridad de las comunicaciones por Internet: la firma electrónica. Con el avance de la criptografía (que se encarga del estudio de los algoritmos, protocolos y sistemas que se utilizan para proteger la información y dotar de seguridad a las comunicaciones y a las entidades que se comunican), el intercambio de los consentimientos, mediante la correspondiente firma electrónica, proporciona la seguridad de que el mensaje de datos ha sido correctamente enviado y no ha habido manipulación.

Es indudable que la forma escrita genera una mayor confianza, de ahí los esfuerzos jurídicos que se han realizado para tratar de equiparar la forma escrita con la forma electrónica. Es decir, la exigencia de forma escrita mediante la firma autógrafa debe equipararse a la forma electrónica mediante la firma digital o electrónica y, en este sentido, la Ley de firma electrónica ha supuesto un importante logro en relación a la eficacia jurídica de la firma electrónica, equiparándola a la manuscrita cuando cumple con una serie de garantías especiales.

En el mismo sentido, la Directiva sobre firma electrónica introduce ciertas garantías para que la firma electrónica tenga plenos efectos jurídicos e introduce un nivel elevado de seguridad para la firma electrónica, que denomina avanzada, cuyos requisitos son: estar vinculada al firmante de manera única; permitir la identificación del firmante; haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control y estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.

En definitiva, la firma electrónica, proporciona los caracteres de integridad, autenticidad y no rechazo en origen, cuando esté basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, de manera que la equiparación entre firma manuscrita y firma digital sólo se predica respecto de ésta última.

SEXTA

Concluiremos nuestra investigación aludiendo a la resolución de los conflictos en el comercio electrónico. Nuestra legislación sobre consumidores contempla las acciones de cesación, dirigidas a obtener una sentencia judicial que condene al cese del comportamiento contrario a Derecho o que le prohíba su reiteración en el futuro. Dichas acciones se consideran para lesiones a intereses colectivos o difusos de los consumidores y, en el campo del comercio electrónico, estos comportamientos se suelen dar por parte de los prestadores de servicios. De ahí que la LSSICE opte por atribuir legitimación activa a cualquier persona física o jurídica que sea titular de un interés legítimo, para entablar dicha acción.

Por su parte, la LEC, con buen criterio, no otorga esta legitimación a las personas físicas, pues ello supondría que los Tribunales se verían atestados de acciones de cesación individuales en materias como las comunicaciones comerciales o los envíos no solicitados. Además, hay que señalar que la revisión de la LGDCU de 2014, admite, la acumulación de las acciones de cesación con otras acciones como las de nulidad, restitución o resolución, entre otras.

Es preciso apreciar que el comercio electrónico, al igual que el tradicional, genera conflictos que es necesario resolver, pero hay que tener en cuenta las características peculiares de los conflictos que surgen en este tipo de comercio y que requieren de una rápida solución. Por ello, además de la vía judicial como forma de resolver los conflictos que se suceden en el comercio electrónico, existen otras vías extrajudiciales que abren un nuevo horizonte de garantías para los consumidores y usuarios.

Así, hemos abordado el estudio de la resolución extrajudicial de los conflictos en el comercio electrónico, es decir, los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR), mecanismos que se pueden desarrollar en el entorno electrónico (ODR). Estos sistemas se convierten en cauces jurídicos rápidos, sencillos y baratos para que los consumidores puedan resolver sus conflictos.

Constatamos que dentro de los mecanismos de resolución extrajudiciales, el arbitraje de consumo es el principal método utilizado por los consumidores. Regulado en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se reglamenta el Sistema Arbitral de Consumo, tiene como características principales la gratuidad, la unidireccionalidad, la agilidad y la equidad, así como la ausencia de formalidades específicas. De ahí que nos encontremos ante un procedimiento, que respeta los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, basado en el principio de autonomía de la voluntad y que se vislumbra como un método eficaz para el tratamiento de los problemas de consumo.

Ahora bien, junto a este procedimiento general encontramos el arbitraje de consumo electrónico, que aprovecha las ventajas del entorno electrónico y mantiene las características del arbitraje general. Este procedimiento se realiza enteramente por medios telemáticos, salvo algunas actuaciones, y permite que las posibles reclamaciones sobre comercio electrónico se sustancien por la misma vía utilizada por las partes para realizar la contratación. Estamos ante un mecanismo que presta agilidad al procedimiento y que se muestra idóneo para las transacciones de escasa cuantía económica.

Otra fórmula alternativa que puede ser utilizada por los consumidores para la resolución extrajudicial de sus conflictos con los empresarios es la mediación. Es un mecanismo que permite resolver conflictos on line de forma rápida y flexible y tiene una ventaja respecto al arbitraje, pues en la mediación son las partes las que llegan a la solución. Éstas toman el control de los acuerdos y consiguen llegar a un arreglo, por lo que la decisión no la alcanza un tercero, como en el caso del arbitraje, sino que el mediador intenta acercar las posturas de las partes para que éstas lleguen a una solución satisfactoria para ambos.

El principal inconveniente de la mediación es que las partes la pueden suspender cuando lo deseen y carece de ejecutividad. Su principal ventaja es que la negociación se produce de manera asincrónica, se respetan las reglas introducidas por el mediador que se pueden flexibilizar y todas las comunicaciones son confidenciales, preservando la relación entre las partes y llegando a la solución de la controversia en un período de tiempo muy reducido.

SÉPTIMA

En abril de 2015 se ha publicado un Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo, aprobado por el Consejo de Ministros, a propuesta del ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que pretende facilitar a los consumidores que puedan resolver sus reclamaciones sin acudir a la vía judicial. Este Anteproyecto incorpora a la legislación española la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, cuyo objeto es garantizar a los consumidores el acceso a entidades de resolución extrajudicial de conflictos.

Los procedimientos de resolución, cuyo resultado podrá ser vinculante o no, serán además de gratuitos o de escaso coste (no podrá superar los 30 euros), transparentes, sencillos, rápidos, y justos, garantizándose su imparcialidad. Esta nueva Ley establece mecanismos para que los ciudadanos conozcan la existencia de estos métodos de resolución de conflictos de consumo, ofreciendo a los empresarios que se adhieran a estas entidades un plus de calidad a su

oferta de bienes y servicios. La Ley prevé un procedimiento voluntario, para empresarios y consumidores, salvo que una norma sectorial establezca su obligatoriedad para los empresarios.

El Anteproyecto contempla tanto los conflictos de carácter nacional como transfronterizo surgidos entre un consumidor y un empresario, como consecuencia de un contrato de compraventa de bienes o de servicios celebrado de forma presencial o electrónica. Asimismo, considera que un conflicto es transfronterizo cuando, en el momento de la contratación, el consumidor tenga su residencia en un Estado miembro de la Unión Europea diferente a aquel en que el empresario tenga su establecimiento o domicilio social.

Por otra parte, la Ley excluye de su ámbito de aplicación la negociación directa entre el consumidor y el empresario, los procedimientos iniciados o gestionados por los empresarios, los conflictos entre empresarios, los intentos realizados por un juez para resolver un conflicto en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho conflicto, las reclamaciones que se refieran a servicios no económicos de interés general, las reclamaciones referidas a servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario con el fin de evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, así como la extensión de recetas, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios y las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza.

Con el objetivo de asegurar la eficacia del procedimiento establece un plazo máximo de resolución de 90 días naturales desde la presentación de la reclamación, para dar a conocer el resultado. El Anteproyecto establece también que las entidades de resolución de conflictos puedan ser de naturaleza pública o privada, aunque deban garantizar su independencia e imparcialidad, así como un procedimiento de evaluación y acreditación de las entidades que resuelvan los conflictos, que les permitirá ser incluidas en un listado único de la Comisión Europea.

Finalmente, establece una obligación de información y cooperación de los empresarios que estén adheridos a una entidad de resolución alternativa de conflictos. En este sentido, el empresario deberá informar al consumidor, de manera clara, comprensible y fácilmente accesible en su página web (o si carece de ella en cualquier forma que permita al consumidor su conocimiento) y en las condiciones generales de los contratos de compraventa o de servicios, sobre la posibilidad de acudir a estas entidades, incluyendo la dirección de su página web. El incumplimiento de esta obligación se considerará como una infracción grave en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

España cumple con los estándares de estructura y manejo de plataformas para prestar servicios en línea. En este sentido se crea la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN) que tiene como objetivo *ejercer la promoción y el fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, tanto en materia de seguridad de los productos como de sus intereses económicos.*

De igual forma, tenemos que reseñar que, con la última normativa que se ha establecido sobre la sociedad de la información y el comercio electrónico, y la seguridad en las transacciones electrónicas, las empresas pueden asegurar la identidad de los consumidores y ofrecer a éstos la garantía de una compra segura haciendo uso de la certificación de firma digital, así como garantizar la fecha y hora exacta en la que se realiza la misma, mediante el archivo de los datos por terceros de confianza.

En definitiva, hemos llegado a la conclusión de que nuestro Derecho nacional contiene amplios niveles de protección del consumidor y usuario que opera en Internet, por lo que éste sólo podrá tener las mismas reservas que pueda tener para el comercio tradicional.

Por otra parte, vemos que actualmente se están implantando mecanismos ODR impulsados por el incremento de las transacciones transfronterizas, apareciendo

proyectos a nivel internacional de mecanismos de mediación ODR que han permitido resolver numerosas disputas entre empresarios y consumidores⁹¹². Los ODR constituyen una de las vías de acceso que tienen los ciudadanos para solicitar justicia. Son métodos de resolución de conflictos caracterizados por la sencillez y adaptabilidad al entorno dinámico y cambiante de la Sociedad de la Información.

En Europa se están implementando lentamente estos sistemas, pero creemos que con la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, y del Reglamento 2013/524/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo, se ha conseguido poner a disposición de los consumidores un mecanismo seguro y adecuado, que les permita resolver las reclamaciones derivadas del comercio electrónico en el ámbito de la Unión Europea, mediante el establecimiento de una plataforma pública europea (plataforma ODR), por la cual cualquier consumidor europeo podrá presentar su reclamación ante esta plataforma y obtendrá una resolución en un corto espacio de tiempo, beneficiando a los consumidores y reforzando su confianza en el mercado.

Para ello se han creado los Centros Europeos del Consumidor en los que, a través de la plataforma digital pública europea, los consumidores puedan encontrar información y presentar sus reclamaciones, mediante un formulario que se encuentra en la propia página web⁹¹³. Con estas medidas armonizadoras se pretende que los mecanismos ODR constituyan una alternativa eficaz a la vía judicial, consiguiendo ofrecer mayor seguridad y protección a los consumidores.

Creemos que el sistema de resolución de conflictos propuesto por el Reglamento, junto al Anteproyecto de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos de Consumo

⁹¹² Empresas como e-bay han firmado convenios de ODR, que están mejorando sus condiciones de servicio.

⁹¹³ http://www.cec.consumo-inc.es/secciones.php?id_sec=5&id_subsec=16

español, permitirá que los empresarios y los consumidores confluyan en un espacio virtual en el que podrán dirimir sus conflictos, reforzando la seguridad del comercio electrónico y, por ende, la confianza de los consumidores. Habrá que esperar a su aprobación y posterior aplicación para ver si produce los efectos deseados.

A nivel europeo, existe una abundante legislación protectora que ofrece medios eficaces de protección de los consumidores y usuarios y las últimas medidas ofrecidas por los Centros Europeos del Consumidor, mediante el uso de la Plataforma pública europea (plataforma ODR) para la resolución de los conflictos, han supuesto una mejora significativa de los niveles de seguridad y protección de los consumidores en el comercio electrónico. Cuando el Proyecto de Reglamento se convierta en una realidad, se podrán estudiar sus resultados y el grado de satisfacción de los protagonistas, los consumidores y usuarios. Y, en este sentido, la Comunidad Europea, cuya finalidad es alcanzar la realización de una política global en el sector del comercio electrónico, tiene un papel protagonista en las negociaciones internacionales.

A nivel internacional, podemos diferenciar las políticas del mercado de EE.UU., que están muy avanzadas en el ámbito del comercio electrónico y cuya praxis comercial es muy madura, de las de otros países en los que, en determinados casos, el grado de inseguridad jurídica es muy grande, por lo que realizar transacciones con estos países puede generar riesgos innecesarios. Hay que decir que la Comunidad Internacional, desde la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) ha hecho una propuesta de *Reglamento para la solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico*, que se pretende que funcione a modo de Ley modelo que establezca un marco para la implantación de un sistema general de resolución de conflictos, en las operaciones transfronterizas de comercio electrónico.

Podemos concluir observando que en la evolución de la protección jurídica del consumidor, tanto en los ordenamientos nacionales como en el Derecho comunitario, se observa un crecimiento de los principios y derechos que se reconocen en favor de los consumidores y usuarios, aunque hemos de decir que reconocer un repertorio

de derechos a los consumidores no garantiza una protección adecuada si éstos no encuentran cauces convenientes para poder hacer valer los derechos que se les han reconocido. Es decir, si el Derecho reconoce un amplio elenco de derechos a los consumidores, con numerosas normas que garantizan los mismos, pero no establece cauces sencillos, rápidos y gratuitos o baratos para poder exigirlos cuando hayan sido vulnerados, no se ha conseguido garantizar la seguridad de los consumidores. De ahí que las nuevas normas tanto nacionales como europeas vayan dirigidas a establecer cauces rápidos, sencillos y gratuitos o de escasa cuantía, para garantizar a los consumidores y usuarios el acceso seguro al comercio electrónico. En este contexto del comercio electrónico, el centro de la cuestión estriba en dar respuesta a uno de los interrogantes principales ¿es seguro el comercio electrónico? y ¿con qué mecanismos cuentan los consumidores para poder ver satisfechos sus derechos en caso de que surjan controversias después de celebrar el contrato electrónico?.

Hemos pretendido a lo largo de esta investigación ofrecer los instrumentos legales que sirven para afirmar que el comercio electrónico es tan seguro como el comercio tradicional y hemos intentado ofrecer diferentes puntos de vista por parte de la doctrina sobre esta cuestión. Asimismo, hemos hecho referencia a los medios de resolución de los conflictos que puedan surgir en este tipo de comercio, centrando nuestra exposición esencialmente en los mecanismos de resolución alternativa por ser éstos los que mejor se adecúan a los intereses de los consumidores, ya que suelen ser controversias de escaso valor económico y además porque garantizan un nivel adecuado de protección jurídica, sin tener que recurrir al proceso judicial, que es más lento y caro.

No existe total garantía de seguridad en el comercio electrónico (on line) como no la existe en el comercio tradicional (off line). Se trata de que los consumidores se sientan seguros al realizar sus compras de bienes y servicios por Internet, con la tranquilidad de que existe una preocupación continua de los Estados y del legislador por garantizar su protección y que, en caso de conflicto, pueda encontrar los cauces adecuados para protegerse.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., (1997) Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista, Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Leguina Villa, Madrid.
- Abel Lluch (2011). Prueba electrónica y Derecho Probatorio, claves para una construcción dogmática en Ana I. Herrán, Aitziber Emaldi Cirión, Marta Enciso (Coordinación), Derecho y nuevas tecnologías. Barcelona, Editorial Bosch.
- Abel Lluch, X., (2011) Las nuevas tecnologías y su acceso al proceso, ESADE Facultad de Derecho, Barcelona.
- Abellán Tolosa, L., (2002) El Sistema Arbitral de Consumo, Derecho de Consumo, Editorial Tirant lo Blanch, pp. 411 y ss.
- Aguilar Ruiz, L., (2009) Mercado interior, códigos de conducta y protección de los consumidores, Actualidad Civil, nº 19, Sección A, Noviembre 2009, Editorial La Ley.
- Aige Mut, Mª B., (2013) El documento electrónico en el ámbito de la contratación turística, Diario La Ley, nº 8203, Sección Tribuna, 2 Dic. 2013, Año XXXIV, Ref. D-413, Editorial La Ley.
- Aige Mut, Mª. B., (2014) Tesis doctoral “Los documentos electrónicos en el ámbito del proceso”, dirigida por Dra. Da. Isabel Tapia Fernández.
- Albor Baltar, A. (2001) Aspectos jurídicos del comercio electrónico, en Comercio electrónico en Internet. José Antonio Gómez Segade, director; Ángel Fernández-Albor Baltar y Anxo Tato Plaza, coordinadores. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Almagro Nosete, J., (2000) “Artículo 1262”, en AA.VV., Comentario del Código Civil (coordinación Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Libro IV De las obligaciones y contratos. Artículos 1086 al 1314, Barcelona, Editorial Bosch.
- Álvarez Alarcón, A., (1999) El sistema español de arbitraje de consumo, Madrid, Editorial: Instituto Nacional de Consumo.
- Álvarez Cienfuegos, J. Mª., (1992) Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos, Editorial La Ley.

- Amor, D. (2011) La Revolución E-business, Buenos Aires, Editorial Prentice Hall.
- Anguas Balsera, J., (2011) La prueba judicial. Editorial La Ley y ESADE Facultad de Derecho.
- Aparicio Vaquero, J.P., (2002) La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información. Colección Derecho y Nuevas Tecnologías, nº 2, Granada. Editorial Comares.
- Aparicio Vaquero, J.P., (2005), Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico, Diario La Ley, nº 6312, Editorial La Ley.
- Arbós i Llobet, R. (2011) Copias de la prueba electrónica en Estudios prácticos sobre los medios de prueba. Editorial La Ley y ESADE Facultad de Derecho.
- Arias Pou, M. (2006) Manual Práctico de Comercio Electrónico, Madrid, Editorial La Ley.
- Armstrong, C. Michael. (2000) The Internet and E-Commerce (Briefing the President Papers, No. 4). Washington, D.C.: Internet Policy Institute, March 2000. http://www.internetpolicy.org/briefing/3_00.html.
- Armstrong, S., (2002) La publicidad en Internet. Cómo se transmite su mensaje a través de la World Wide Web, Bilbao.
- Arroyo Aparicio, A., (2003) Los contratos a distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, Editorial Aranzadi, Navarra.
- Asensio Mellado, J. M., (2010) La prueba en la contratación electrónica. Otro ejemplo de desatención del legislador, Práctica de Tribunales, nº 68, Sección Editorial, Febrero 2010, Editorial La Ley.
- Azofra Vegas, F., (1997) La contratación electrónica bancaria, RDBB, nº 68.
- Barona Vilar, S., (1999) Solución Extrajurisdiccional de Conflictos. «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.
- Barona Vilar, S., (2013) Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Barral Viñals, I., (2006) La contratación por vía electrónica: adaptación del marco jurídico mediante los principios de equivalencia funcional. Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez / coord. por Eugenio

Llamas Pombo, Vol. 1. Editorial Wolters Kluwer.

- Barral Viñals, I., (2014) Reclamaciones de consumo y ODR, procesos automáticos, Small Claims y plataformas interactivas. Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías, nº 34.
- Barriuso Ruiz, C., (2002) La contratación electrónica, Madrid, Editorial Dykinson.
- Beluche Rincón, I., (2009) Algunas notas sobre el derecho del consumidor a desistir del contrato. Diario La Ley, nº 7182, Sección Tribuna, 26 Mayo 2009, Año XXX, Editorial La Ley.
- Beluche Rincón, I., (2009) El derecho de desistimiento del consumidor. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- Belloso Martín, N., (2006) Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas en Estudios sobre mediación: la Ley de mediación familiar de Castilla y León / coordinado por Nuria Belloso Martín
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (1978) La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho Mercantil en Lecturas sobre la Constitución española, Coordinación Fernández Rodríguez, T.R., Tomo II, UNED, Madrid, 1978.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (1984) Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Estudios sobre consumo nº 3.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (1987) La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto. Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo. Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid, Editorial Tecnos.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A., (1989) Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid, 1989
- Bercovitz, Rodríguez-Cano y otros, (1990) Centenario del Código Civil (1889-1989), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (1992) Comentarios al artículo primero de la LGDCU en Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Coordinación Bercovitz. R./Salas Hernández, J., Madrid, Editorial Civitas.

- Bercovitz, Rodríguez-Cano, A., (2004) Apuntes de Derecho mercantil. Editorial Aranzadi, 5ª edición, Cizur Menor.
- Bercovitz, Rodríguez-Cano, A., (2006) El concepto de consumidor en Hacia un Código del consumidor, Dirección: Azparren Lucas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Bercovitz, Rodríguez-Cano, A., (2008) La experiencia del arbitraje de consumo en El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores) / coord. por Jorge Luis Tomillo Urbina, Julio Álvarez Rubio.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2012) El principio de protección de los consumidores, en "Liber amicorum" profesor José María Gondra Romero, Madrid, Editorial Marcial Pons.
- Bermúdez Ballesteros, M., (2012) El derecho de desistimiento en la Directiva 2001/83/UE (LA LEY 12734/2001) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 1.
- Bermúdez Ballesteros, M.S. (2014) La nueva regulación del derecho de desistimiento a la luz de la ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLGDCU, Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 9.
- Bernal Jurado, E., y Mozas Moral, A., (2009) Marketing y publicidad en internet: situación actual y tendencias en Marca y Publicidad Comercial. Un enfoque interdisciplinar, Martínez Gutiérrez, A. Editorial La Ley.
- Berning, Prieto, A.D., (2008) Derecho de la contratación electrónica, Noticias jurídicas.
- Berrocal Lanzarot, A.I., (2014) Líneas maestras de la ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, Actualidad Civil, Nº 6, Sección Actualidad Legislativa, Junio, Tomo 1, Editorial La Ley.
- Blanco Carrasco, M., (2009) Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica, Madrid, Editorial Reus.
- Blanco Pérez-Rubio, L. (2001) Cláusulas abusivas en la contratación electrónica, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, 2001, Editorial

Wolters Kluwer.

- Blasco Gascó, F. P. (2000) Las ventas a plazos de bienes muebles, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- Blasco Gascó, F.P., (2005) Contratación y nuevas tecnologías en Cuadernos de derecho judicial nº 20.
- Bonardell Lenzano, R., (2007) La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XLIII.
- Bonet Navarro, A., (1997) Fuentes y Caracteres del arbitraje de consumo en El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/93 de 3 de mayo, Pamplona.
- Boss. A, "Searching for Security in the Law of Electronic Commerce" Nova Law Review 23.2 (1999).
- Botana García, G.A., (2001) Comercio electrónico y protección de los consumidores, Madrid, Editorial La Ley.
- Botana García, G.A., (2001) Protección de los consumidores y comercio electrónico en Revista de Contratación Electrónica nº 16.
- Botana García, G. A., (2001) Protección de Consumidores y Comercio Electrónico en Revista de Contratación Electrónica, nº18.
- Botana García, G.A., (2001) la protección de los consumidores y el comercio electrónico en Régimen jurídico de Internet. Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Botana García, G.A., (2001) Sujetos contratantes: empresario/consumidor en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Madrid, Editorial La Ley.
- Botana García, G.A., (2001). Los contratos a distancia y la protección de los consumidores en Derecho del Comercio Electrónico. Madrid. Editorial Wolters Kluwer.
- Botana García, G.A., (2006) La autorregulación, confianza on line Revista de la contratación electrónica, ISSN 1576-2033, nº. 67.
- Botana García, G.A., (2008) Contratos con consumidores y usuarios. Diario La Ley, nº 6990, Sección Doctrina, 16 Julio 2008, Año XXIX, Ref. D-222, Editorial La Ley.
- Botana García, G.A., (2009) Derecho de desistimiento y otras fórmulas

contractuales. Diario La Ley, nº 7147, Sección Tribuna, 1 Abril, Año XXX, Editorial La Ley.

- Botana García, G.A., (2012) Una nueva Directiva Europea sobre derechos de los consumidores en Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nº 102.
- Botana García, G.A.. (2014) Dossier sobre contratos electrónicos. Actualidad Civil, 14 Febrero 2014, Editorial La Ley.
- Botana García, G., (2014) Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Diario La Ley, No 8301, Sección Doctrina, 30 de Abril de 2014, Editorial La Ley.
- Botana García, G.A. (2014) Los contratos electrónicos a la espera de una nueva reforma, Actualidad Civil, nº 2, Febrero 2014, tomo 1, Madrid. Editorial La Ley.
- Botana García, G.A., (2014) Los contratos a distancia se adaptan a la Directiva Europa sobre Derechos de los Consumidores, Junio 2014 publicación digital de la Abogacía española Consejo General. <http://www.abogacia.es/tag/ley-general-consumidor/>.
- Briz, J.; Laso, I. (2001) Mercado global en Internet: características y estrategias. Internet y Comercio Electrónico. 2ª edición, Madrid: ESIC.
- Broseta Pont, M., (1991) Manual de Derecho mercantil, Madrid, 1991.
- Bueno Ochoa, L., (2014) Cuando la resolución alternativa del conflicto deviene principal, en Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables, Xavier Abel Lluch (coordinación). Editorial Bosch.
- Burgos, D. y De-León L., (2001) Comercio electrónico, publicidad y marketing en Internet, Madrid. Editorial McGraw Hill.
- Cabanillas Sánchez, A., (2011) El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés / coordinado por Francisco de Paula Blasco Gascó, Vol. 1, Tomo I.
- Cabello de los Cobos, L.M., (2001) Condiciones generales de la contratación electrónica, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Botana, G., (coordinadora)., 1ª edición. Madrid, Editorial La Ley.

- Calvo Andújar, A., (2001) Resolución de conflictos en la contratación on line: el problema de la jurisdicción competente, en Régimen jurídico de Internet, coordinado por Miguel Fernández Ordóñez, Javier Cremades García, Rafael Illescas Ortiz.
- Camacho Clavijo, S., (2005) Partes intervinientes, formación y prueba del contrato electrónico. Editorial Reus.
- Camacho Clavijo, S., (2006) El Derecho de desistimiento unilateral en la contratación electrónica (Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de Reforma de la Ley Ordenación del Comercio Minorista), en Diario La Ley, nº 6466, 20 Abril.
- Cámara Lapuente, S., (2011) Comentario al artículo 60 TRLGDCU, en Comentarios a los Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea, Madrid, Editorial Colex.
- Cámara Lapuente, S., (2014) La Nueva Protección del Consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de Marzo. Revista CESCO de Derecho de Consumo nº 11.
- Campuzano Laguillo, A.B. y Plaza Penadés, J., (2002) *Los principales aspectos de la ley de servicios de la Sociedad de la información y comercio electrónico*, en Contratación y comercio electrónico, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Carrascosa López, V., (1995) Valor probatorio del documento electrónico, en Informática y derecho nº 8 UNED, Mérida.
- Carrascosa López, V., (1997) El documento electrónico: su aceptación como prueba documental, en Estudios Jurídicos-Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, Madrid.
- Carrascosa López, V. Pozo, Mª A y Rodríguez de Castro, E., (2000) La Contratación informática: el nuevo horizonte contractual. los contratos electrónicos e informáticos, 3ª Edición, Granada. Editorial Comares.
- Castallo Gómez, J. D., (2002) La autorregulación publicitaria en España. Revista Economistas, nº 94.
- Castaños Castro, P., (2012) El desistimiento en el contrato de hospedaje, Turismo y sostenibilidad: V Jornadas de Investigación en Turismo, Sevilla, 17 y 18 de mayo de 2012 (coordinación José Luis Jiménez Caballero, Pilar de

Fuentes Ruiz, Carlos Sanz Domínguez).

- Cavanillas Múgica, S. (2001) Dieciocho recomendaciones para la empresa que practique comercio electrónico con consumidores, Revista Autocontrol de la Publicidad, nº. 50.
- Cavanillas Múgica, S., (1999) La protección del consumidor y la sociedad de la información: una revisión estratégica, Revista General de Legislación y Jurisprudencia nº 4.
- Cavanillas Múgica, S., (2008) El Real Decreto Legislativo 1/2007 (La Ley 11922/2007), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, Aranzadi Civil nº 1.
- Cavanillas Sánchez, A., (2011) El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Cervelló Grande, J. M., (2000) La prueba y el documento electrónico, en Derecho de Internet, Mateu de Ros, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M. (directores), Navarra. Editorial Aranzadi.
- Clemente de Diego, F., (1925) en Instituciones de Derecho civil, tomo II, Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia, Madrid.
- Clemente Meoro, M.E., (2000) Algunas consideraciones sobre la contratación electrónica, Revista de Derecho Patrimonial., nº 4, 2000.
- Clemente Meoro, M.E., (2006) El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos a distancia, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, nº. 16.
- Clemente Meoro, M.E., (2006) Consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos electrónicos, Noticias de la Unión Europea, nº 263.
- Colina Garea, R., (2012) Un factor determinante y un ejemplo para la integración del derecho contractual de consumo europeo en el ordenamiento español, Actualidad Civil, nº 7, Quincena del 1 al 15 Abril, tomo 1, Editorial La Ley.
- Costas Rodal, L., (2012) Derecho de desistimiento en los contratos de aprovechamiento por turno. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 3.
- Cremades García, J. (2003) La Nueva ley de Internet (Comentarios a la ley

34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de Comercio electrónico) Editorial La Ley. Madrid.

- Cruz Rivero, D., (2005) Análisis de los antecedentes del concepto de firma electrónica como equivalente a la firma manuscrita, Revista de la Contratación Electrónica nº. 60.
- Davara Rodríguez, M. A., (1993) Derecho Informático, Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Davara Rodríguez, M.A., (1997) Manual de Informática Jurídica. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Davara Rodríguez, M. A., (2000) Firma electrónica y autoridades de certificación: el notario electrónico, en Martín- Casallo, J.J. (director). Problemática jurídica en torno al fenómeno de Internet. Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Davara Rodríguez, M.A., (2000) La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico. CEACCU. Madrid.
- Davara Rodríguez, M.A., (2002) Factbook de Comercio Electrónico, Pamplona. Editorial Aranzadi.
- De Andrés Blasco, J. (2005) ¿Qué es Internet?, Capítulo 1, en García Mexía, P. Principios de Derecho de Internet. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.
- De Guisado Moreno, A., (2004) Formación y perfección del contrato en Internet, Barcelona. Editorial Marcial Pons.
- De la Cuesta Rute, J.M., (2004) Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación, Revista de Derecho bancario y bursátil, año 23, nº 94.
- De la Cuesta Rute, J. M., (2005) Un límite al poder autorregulador de la publicidad derivado del Derecho de la Competencia (a propósito de la Resolución del TDC de 20 de enero de 2004), en Revista de Derecho Mercantil, nº 256.
- De la Garza, M. (2000) Internet y comercio electrónico, en Internet: el medio inteligente, Editorial Compañía Editorial Continental, México.
- De la Torre Olid, F., Pilar Conde Colmenero, María Méndez-Rocasolano y Patricia Blanco Díez (coordinadores) (2011) La solución extrajudicial de conflictos (ADR). Estudios para la formación en técnicas negociadoras. Editorial Aranzadi.
- De León Arce, A., (2007) Derechos de los consumidores y usuarios 2ª edición.

Madrid. Editorial Tirant Lo Blanch.

- De Miguel Asensio, P. A., (2001) Derecho Privado de Internet, 2ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- De Miguel Asensio, P., (2002) Derecho privado de Internet, 3ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- De Miguel Asensio, P.A., (2004) Tutela judicial del comercio electrónico, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- De Miguel Asensio, P., (2007) Derecho patrimonial y tecnología, dirección A. Madrid Parra, coordinación M.ª J. Guerrero Lebrón, Madrid. Editorial Marcial Pons.
- De Miguel Asensio, P., (2011) Derecho privado de Internet, 4ª edición, Editorial Civitas, Madrid.
- De Miguel Asensio, P., (2013) La nueva normativa europea sobre litigios en materia de consumo, Blogspot, [consultado en varias ocasiones durante 2013].
- De Ros Cerezo, R. M., (2004), La transformación del negocio jurídico como consecuencia de las nuevas tecnologías de la información. Discurso de Ingreso. Barcelona: Real Academia de Doctores.
- De Urbano Castrillo, E. y Magro Servet, V., (2003) La Prueba Tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Thomson Aranzadi.
- De Urbano Castrillo, E., (2003) La valoración de la prueba electrónica en La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Aranzadi, Navarra.
- Del Águila, A. R. (2001) Comercio Electrónico y Estrategia Empresarial. Hacia la economía digital, Editorial Alfaomega, México.
- Delgado Kloss, C., y García Rubio, C, (2002) Historia de Internet en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Díaz Bermejo, G., (2009) La resolución internacional de controversias en el comercio electrónico, Noticias jurídicas
- Díaz Fraile, J.M., (2001) Comentarios a la Directiva y al Proyecto de Ley española de comercio electrónico de 2000. Contenido y proceso de elaboración. Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 663.
- Díez Picazo, L., (1993) Fundamentos del derecho civil patrimonial. Editorial

Civitas, 1993.

- Díez-Picazo, L. y Gullón, A., (1993) Sistema de derecho civil, Volumen II. Sexta Edición. Madrid. Editorial Tecnos.
- Domingo Solans, E., Comunicación y empresa en la era digital, organizado por la Fundación General de la Universidad de Málaga el 26 de marzo de 2001 (Consultado el 27 de octubre de 2011).
- Domínguez Cabrera, M. P., (2003) El perfeccionamiento del contrato electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en Revista de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, nº 8-9, 2003-2004.
- Domínguez Cabrera, M. P., El perfeccionamiento del contrato electrónico en la ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en Revista de Ciencias Jurídicas de la ULPGC, ISSN 1137-0912, Nº 8-9, 2003-2004, pp. 57 y ss.
- Domínguez Luelmo, A. (2000) Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico, RCDI, núm. 660, Jul.-Ago. 2000.
- Domínguez Luelmo, A. Contratación electrónica y protección de consumidores: régimen jurídico, RCDI, núm. 660, Jul.-Ago. 2000, pp. 2327 y ss.,
- Domínguez Luelmo, A., Obligación de informar sobre el derecho de desistimiento, en Cámara Lapuente, S. (dirección), Comentarios a las normas de protección de los consumidores, Editorial Colex, Madrid, 2011;
- Echebarría Sáenz J. A. (2001) Introducción. El comercio electrónico en la sociedad de servicios de la información, en Echebarría Sáenz J. A., Coordinador: El Comercio Electrónico, Madrid.
- Elías Fuste, A., (2002) Instituciones en internet ICANN e ISOC, en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Esteve Pardo, J., (2002) Autorregulación. Génesis y Efectos, Navarra. Editorial Aranzadi.
- Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2013, Edición 2014 elaborado por el equipo de Estudios del ONTSI (observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información) del Ministerio de Industria, energía y turismo, <http://www.internetworldstats.com>

- Estupiñán Cáceres, R., (2002) La perfección de los contratos celebrados entre personas situadas en lugares distintos. Diario La Ley, Editorial LA LEY, 19 Sep. Ref. D-203.
- Farré López, P., (2003) en El derecho de rectificación en el ámbito de la publicidad comercial, en la obra Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos, Santander, pp. 837-860.
- Federico Carpi, Manuel Ortells (editores), Vol. 2, Universitat de Valencia p. 110.
- Nieva Fenoll, J., (2009) La prueba en documento multimedia, en Jurisdicción y proceso, Editorial Marcial Pons, p. 313.
- Fernández Albor-Baltar, A. (2000) Aspectos jurídicos de comercio electrónico”, en Derecho Tributario e Informática. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Fernández Canales, C., García Villaluenga, L., Tomillo Urbina, J.L., Vázquez de Castro, J.L.(Coordinadores). (2010) Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. Editorial Reus.
- Fernández Esteban M.L. (1998) Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales. Madrid. Editorial Mc Graw Hill.
- Fernández Fernández, R. (2013) El contrato electrónico, formación y cumplimiento. Editorial J.M. Bosch.
- Fernández Fernández, R., (2001) Contratación electrónica: la prestación del consentimiento en Internet, Barcelona. Editorial J.M. Bosch.
- Fernández Gimeno, J.P., (2005) Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica, en Derecho Privado del Consumo, (coordinación Reyes López), Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Fernández Pérez, N., (2006) El consentimiento en la contratación electrónica a través de Internet, Madrid. Editorial La Ley.
- Fernández Pérez, N. (2009) El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores, Madrid. Editorial La Ley.
- Fernández Pérez, N., (2010) Resolución extrajudicial de conflictos on line: una nueva posibilidad para la defensa del consumidor (1), Práctica de Tribunales, nº 68, Sección Estudios, Febrero 2010, Editorial La Ley.
- Flores Doña, M.S., (2002) Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación, Madrid, Editorial Edersa.

- Fombuena Gramunt M.D., (2003) Hacia la regulación del comercio electrónico, Universidad de Barcelona.
- Franco Conforti, O.D., (2015) Mediación electrónica (e-Mediación). La Ley digital 2660/2015.
- Gallego Domínguez, I., (2011) Derecho de desistimiento, en Rebollo Puig, M. e Izquierdo Carrasco, M. (dirección), La Defensa de los consumidores y usuarios (Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007) Iustel, Madrid.
- García Más F.J., (2004) Comercio y firma electrónicos. Análisis jurídico de los servicios de la sociedad de la información. 2ª Edición. Valladolid. Editorial Lex Nova.
- García Mas, F. J., (2005) Algunos aspectos de la Ley de servicios de la sociedad de la información: el comercio electrónico, un reto de presente y de futuro. Especial consideración de la contratación electrónica. Revista Jurídica del Notariado nº 55.
- García Más, F.J., (2005) La firma electrónica: clases de firma electrónica. Los documentos electrónicos. Análisis del art. 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. Actualidad Civil, nº 17, Editorial La Ley.
- García Más, F. J. (2010) Especial consideración del documento electrónico en el art. 3 (La Ley 1935/2003) de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. La modificación de la Ley 56/2007 (La Ley 13215/2007). Actualidad Civil, nº 10, Quincena del 16 al 31 Mayo 2010, tomo 1, Editorial La Ley.
- García Mexía, P., (2011) El Derecho de Internet en Principios de Derecho de Internet. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2005. [consulta 12 de octubre de 2011]. <http://www.tirantonline.com/showDocument.do?docid=719602&op=substring&sp=principios%20de%20derecho%20de%20internet&cont=2&mbdg=tip.1>
- García Rubio, M.P., (2001) La absoluta invalidez del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica y electrónica con condiciones generales, en AA.VV., Comercio electrónico en Internet, dirección Gómez Segade, J.A., coordinación Fernández-Albor Baltar, A. y Tato Plaza, A., Madrid-Barcelona.
- Garrigues Díaz-Cañabate, J., (1983) Curso de Derecho mercantil, T. II. 8.ª ed.

revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero, Madrid.

- Gete Alonso M^a. C., (2000) La autonomía privada, en Puig I Ferriol, Ll. Gil Rodríguez, J. Hualde Sánchez, J. J., Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato, 3^a edición, Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Gete-Alonso, M.C. (2000) Teoría General del Contrato, en Manual de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato. Madrid. 3^a edición. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Gómez Calle, E., (1994) Los deberes precontractuales de información, Madrid. Editorial La Ley.
- Gómez Segade, J.A., (1999) El derecho de autor en el entorno digital, Revista general de legislación y jurisprudencia, nº 3.
- Gómez Segade, J. A., (2001) El Comercio Electrónico en la Sociedad de la Información, en AA.VV. (Dirección Gómez Segade), Comercio Electrónico en Internet, Madrid.
- Gómez Valenzuela, E. (2013), Formación del contrato electrónico y negocios internacionales: carencias y retos en la normativa comunitaria. Derecho de los Negocios, La Ley mercantil, 8 de Enero de 2014, Editorial La Ley.
- Gómez-Salvago Sánchez, C. (1999) La forma voluntaria del contrato. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- González Cano, M.I., (2002), La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil. Editorial Tirant lo Blanch.
- González Granda, P., (2007) Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico, Diario La Ley, nº 6733, Sección Doctrina, 12 Junio 2007, Editorial La Ley.
- González Vaqué, L., (2005) La noción de consumidor en el Derecho comunitario del consumo, en Estudios sobre Consumo, nº 75.
- Gonzalo Quiroga, M. (2006) Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar. Editado por Universidad Rey Juan Carlos.
- Guerra Balic, J.T., (1995) La conclusión de contratos por medios informáticos, Informática y Derecho, nº. 8. UNED. Centro Regional de Extremadura, Mérida.
- Guillen Catalan, R., (2005), Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas,

Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

- Guillén Catalán R., (2009) Oferta contractual y nuevas tecnologías. Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Guisado Moreno, Á., (2004) Formación y perfección del contrato en Internet, Barcelona. Editorial Marcial Pons.
- Hernández Fernández, A., (2003) Una experiencia paradigmática: el arbitraje de consumo on line en el marco del sistema español de protección de los consumidores, en Revista de Derecho Universitat de Valencia, nº 2.
- Hernández Jiménez-Casquet F. (2005) El marco jurídico del comercio y la contratación electrónicos, en Principios de Derecho de Internet. Madrid. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición
- Hernández Jiménez, F. (2005) El Derecho de Internet en Principios de Derecho de Internet, Madrid. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.
- Herrera de las Heras, R., (2007) El origen constitucional de la protección de los consumidores; fundamento de la Ley 44/2006. Diario La Ley. <http://www.ecb.int/press/key/date/2001/html/sp010326.es.html>.
- Hunter, D. (2003) Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons, California Law Review, vol. 91. Marzo nº 2.
- Illán Fernández, J.M., (2009) La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil. Navarra. Editorial Aranzadi.
- Illescas Ortiz, R., (1992) La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: ámbito de aplicación y perfección del contrato. Derecho de los Negocios, nº 16.
- Illescas Ortiz, R., (1997) El comercio electrónico internacional: su gobierno, Revista Jurídica del Perú, nº 12.
- Illescas Ortiz, R., (2000) Entre Europa y la nada, Revista de la Contratación Electrónica, nº 12.
- Illescas, Ortiz, R., (2002) en Claroscuro con patitos. De nuevo sobre la legislación proyectada en materia de contratación electrónica. Revista de Contratación Electrónica, nº 27.
- Illescas, Ortiz, R., (2007) Los principios de la contratación electrónica revisados, en Madrid Parra, A. Derecho patrimonial y tecnología, Madrid. Editorial Marcial

Pons.

- Illescas, Ortiz, R., (2009) Derecho de la contratación electrónica. 2ª edición, Civitas Ediciones, S. L. Madrid, España.
- Insa Mérida, F.; Lázaro Herrero, C; García González, N., (2008) Pruebas electrónicas ante los tribunales en la lucha contra la cibercriminalidad. Un proyecto europeo, en Revista Venezolana de Información, Tecnología y Conocimiento, año 5.
- Izquierdo Tolsada, M., (2001) Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid. Editorial Dykinson.
- Jiménez De Parga, R, (2000) El comercio electrónico ¿seguridad jurídica?, Derecho de los negocios 118-119.
- Jiménez Muñoz, F.J., (2011) El derecho legal de desistimiento, presente y (posible) futuro, Actualidad civil, nº 7.
- Jiménez Muñoz, F. J., (2013) Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del derecho de obligaciones, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario nº 738.
- Jiménez Sánchez, G., (1995) Voz «Tarjetas Chip», Enciclopedia Jurídica Básica, Vol. IV, Civitas, Madrid.
- Jordano Fraga, F., (1987) La responsabilidad contractual. Madrid. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, nº 14.
- Juliá Barceló, R., (2000) Comercio electrónico entre empresarios, la formación y la prueba del contrato electrónico, Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Juste Mencía, J. (1997). Contratación a distancia y protección de los consumidores en el Derecho Comunitario Europeo (algunas consideraciones sobre la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997) La Ley 1997-6, D-339.
- La laguna Domínguez, E., (1993) Estudios de Derecho Civil Obligaciones y Contratos. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición.
- Lacruz Berdejo, J. L., (2000) Elementos de Derecho Civil II 1º. 2ª Edición revisada y actualizada por Rivero Fernández Madrid.
- Larrosa Amante, M.A. (2009) El derecho de desistimiento del consumidor en los contratos de consumo, Práctica de Tribunales, nº 61, Sección Estudios, Editorial

La Ley.

- Lasarte, Álvarez, C., (1980) Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. En torno a la Sentencia TS 27/01/1977. Revista de Derecho Privado Tomo LXIV.
- Lasarte Álvarez, C., (2003) Manual sobre protección de consumidores y usuarios. Madrid. Editorial Dykinson, p. 207.
- Leiner, Barry M., Cerf, Vinton G.; Clark, David; Kahn, Robert E.; Kleinrock, Leonard; Lynch, Daniel; Postel, Jon; Roberts, Larry y Wolff, Stephen (1997). Una historia abreviada del Internet, "A Brief History of Internet", On The Internet, revista de la Internet Society Mayo/Junio de 1997.
- Lete Achirica, J., (1998) A propósito del Derecho de desistimiento unilateral en materia de multipropiedad: la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 y su aplicación en el Derecho español, en Actualidad Civil, Tomo 2.
- Libro Blanco del comercio electrónico, 2012, elaborado por la Asociación Española de Economía Digital (Adigital), con el apoyo del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- Llácer Matacás, M. R., (2003) La protección de los datos personales en internet en La regulación del comercio electrónico: totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista. Coordinación Inmaculada Barrals Viñals. Editorial Dykinson.
- Llobet I Aguado, J., (1995) El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre sobre Protección de los Consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, en Revista General de Derecho, año II, nº 604-605, enero – febrero.
- Lobo Coello, M.C., (2003) La nueva ley de Internet: Comentarios a la Ley 31/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico. Madrid, Editorial La Ley.
- López Jiménez, D., y Martínez López, F. J., (2009) La formación del contrato electrónico, en Revista de Contratación Electrónica nº 105.
- López Jiménez, D. y Martínez López, F. J., (2010) Los códigos de conducta como

solución frente a la falta de seguridad en materia de comercio electrónico, en Revista de Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica, vol. 28 nº 1.

- López Jiménez, D., (2013), La publicidad en Internet: regulación y autorregulación. Ediciones Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.
- López Jiménez, D., (2014), Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones: la autodisciplina del comercio electrónico. Marcial Pons.
- Lorca Navarrete, A.M., (1989) Derecho de arbitraje interno e internacional. Editorial Tecnos.
- Lorca Navarrete, A.M., (2003) La responsabilidad del árbitro en el arbitraje de consumo, Ponencia presentada a los «Encuentros de Presidentes Arbitrales» celebrados en la Diputación de Sevilla los días 12, 13 y 14 de mayo de 2003.
- Lorca Navarrete, A.M., (2012) Acerca de la justificación del arbitraje, en Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011 / coordinado por Ana María Neira Pena; Agustín-J. Pérez-Cruz Martín (dirección congreso), Xulio Ferreiro Baamonde.
- Madrid Parra, A., (1996) La contratación electrónica, Estudios en Homenaje a Aurelio Menéndez, tomo III, Madrid. Editorial Civitas.
- Madrid Parra, A., (2008) Contratación electrónica y protección de datos personales, Revista de la Contratación Electrónica nº 94.
- Madrid Parra, A., (2013) Directiva 2013/11 (adr) y Reglamento 524/2013 (odr): una apuesta europea por la solución alternativa de litigios y en pro del comercio electrónico transfronterizo, Revista del Club Español del Arbitraje, nº 18, Sección Artículos, Tercer cuatrimestre de 2013, Editorial La Ley.
- Maja Lyczkowska, K. (2012) El desistimiento del contrato del transporte aéreo. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 2.
- Maluquer de Motes, C.J., (2002) Codificación, persona y negocio jurídico, Barcelona, 2002.
- Maluquer de Motes, C.J., (2003) El arbitraje electrónico Societas & Lex, nº 11.
- Maluquer de Motes, C., (2003) Los códigos de conducta como fuente del Derecho. Revista Derecho Privado y Constitución, nº 17.
- Maluquer de Motes C, (2004) La solución extrajudicial de los conflictos. El

arbitraje electrónico, ión: Il contratto telematico e i pagamenti elettronici: l'esperienza italiana e spagnola a confronto / coord. por Vincenzo Ricciuto.

- Marcos Francisco, D., (2008) Arbitraje de consumo on line en el RD 231/2008, de 15 de febrero, regulador del sistema arbitral de consumo Revista de la Contratación Electrónica nº 96.
- Marcos Francisco, D., (2011) El arbitraje y la protección de los consumidores en los ordenamientos jurídicos español e irlandés. Actualidad Civil, nº 3, Sección A, Editorial La Ley, tomo 1.
- Marín López, J.J., (1996) Comentario Artículo 10: Derecho de Desistimiento, en Arimany, Manubens & Asociados (Coord.) Tornos Mas, Joaquín. Marín López, Juan José. Cases Pallares, Lluís. Arimany Lamoglia, Esteban. Manubens Florensa, Carlos (Dir). Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero, editorial Praxis, 1ª ed. Barcelona.
- Marín López, J.J. Cases Pallares, L. Arimany Lamoglia, Esteban. Manubens Florensa, Carlos (Dirección). *Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*. Editorial Praxis, Barcelona, 1º edición.
- Marín López, M.J., (2005) Objeto y límites del arbitraje de consumo. Revista jurídica de Castilla - La Mancha, nº 39.
- Marín López, M. J., (2006) Presente y futuro del arbitraje de consumo: 43 cuestiones controvertidas, Revista de Derecho Privado nº 90.
- Marín López, M.J., (2008), Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo, Centro de Estudios de Consumo, Universidad Castilla la Mancha.
- Marín López, M.J., (2007) Consumidores y medios alternativos de resolución de conflictos, Anuario de la Facultad de Derecho de la UA de Madrid nº 11.
- Marín López, M.J., (2011) Los derechos del consumidor en la fase de ejecución del contrato, según la ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo, Diario La Ley.
- Marín López, M.J., (2012) La Directiva 2011/83/UE (La Ley 21601/2011): esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los

Estados miembros, Revista Cesco de Derecho del Consumo, nº 1.

- Marín López, M.J., (2014) Información precontractual en contratos con consumidores: cuándo, qué y cómo informar, Centro de Estudios de Consumo. Universidad Castilla la Mancha.
- Marín Peidro, L, Feliu Álvarez De Sotomayor, S, Ortega Giménez, Alfonso y Heredia Sánchez, L., ¿Es posible el cese de los Comportamientos ilícitos en el Comercio Electrónico?, en uaipit.com, Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información, 2003.
- Martín Diz, F., (2010) La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia. Editado por el Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- Martín Diz, F., (2012) Mediación electrónica: regulación legal y posibilidades de aplicación, Práctica de Tribunales, nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre, Editorial La Ley.
- Martín Diz, F., (2012) Retos de la Mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada Práctica de Tribunales, nº 98, Sección Estudios, Noviembre-Diciembre, Editorial La Ley.
- Martín Diz, F., (2014) Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas, en Revista General de Derecho Procesal nº 33.
- Martín García, M. L., (2011) en Reflexiones en torno a la protección del consumidor. Los códigos de conducta, Derecho de los Negocios, nº 247, Editorial La Ley,
- Martín García, M. L., (2011) Autorregulación publicitaria y defensa de los intereses del consumidor: ¿Más allá de la protección otorgada por el legislador? Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, Actualidad Civil, nº 5, Tomo 1, Editorial La Ley.
- Martínez Espín, P., (2012) Algunos casos de desistimiento en el contrato de viaje combinado. Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 2.
- Martínez Gallego E. M., (2000), La Formación del Contrato a través de la Oferta y la Aceptación. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Martínez Gallego, E.M., (2006), Contratación entre personas no presentes al

amparo de la ley de servicios de la sociedad de la información. Ley 34/2002, de 11 de julio de 2002 en Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, coord. por Eugenio Llamas Pombo, Vol. 2.

- Martínez Nadal, A., (1999) Comercio Electrónico en Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores. Madrid. Editorial Mc Graw Hill.
- Martínez Nadal, A., (1999) La protección del consumidor en la Propuesta de directiva sobre determinados aspectos del comercio electrónico», CDC nº 29.
- Martínez Nadal, A. (2001) Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridades de Certificación. Madrid. Editorial Civitas, Colección Estudios Jurídicos nº 40, 3ª edición.
- Martínez Nadal, A. (2001) Firma electrónica, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, Gema Botana García (coordinación). Madrid. Editorial La Ley.
- Martínez Nadal, A., (2001) Comercio electrónico y protección de los consumidores, Madrid, Editorial La Ley.
- Martínez Nadal, A., (2001) La Ley de Firma Electrónica, Madrid. Editorial Civitas.
- Massaguer Fuentes, J., (2006) El nuevo Derecho contra la competencia desleal. La Directiva 2005/29/CE. La Ley 6058/2005 sobre Prácticas Comerciales Desleales. Thomson-Civitas.
- Mateo Hernández, J. L., (2005) El dinero electrónico en Internet. Aspectos técnicos y jurídicos. Granada. Editorial Comares.
- Mateu De Ros, R. (2000) El Consentimiento y el Proceso de Contratación Electrónica, en Derecho de Internet. La contratación Electrónica y Firma Digital. Coordinado por Rafael Mateu de Ros Cerezo, Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo. Editorial Aranzadi.
- Mejías Gómez, J.F. (2009) La Mediación como Forma de Tutela Judicial Efectiva. Ed. El Derecho. Madrid.
- Mendoza Losana, A. I., (2012) Información precontractual en la Directiva 2011/83: novedades, exigencias y carencias, Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 1.
- Menéndez Mato, J.C., (1998) La oferta contractual, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- Menéndez Mato, J.C., (2005) El contrato vía Internet, Capítulo II. Ediciones J. M.

Bosch.

- Meraz Espinoza, A.I., (2006) Tesis doctoral. Aspectos jurídicos del comercio electrónico como comercio transnacional. Dirección Emilio Suñé Llinás. Madrid 2006.
- Mira Ros, M. C., (2008) La prueba documental electrónica, algunas concesiones a la seguridad jurídica preventiva en Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente: Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, 2008. Federico Carpi, Manuel Ortells (editores), Vol. 2, Universitat de Valencia.
- Miranda Serrano, L.M., (2001) Derecho de desistimiento del consumidor en la contratación electrónica, en Botana García, Gema Alejandra (Coordinación). Comercio electrónico y protección de los consumidores. Madrid. Editorial La Ley.
- Miranda Serrano, L.M., (2006) La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores en AA.VV. Luis María Miranda Serrano, Pedro José Vela Torres, Adolfo Príes y Picardo. Editorial Madrid-Barcelona. Marcial Pons
- Miranda Serrano, L.M., (2012) La Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores: una nueva regulación para Europa de los contratos celebrados a distancia y extramuros de los establecimientos mercantiles, en Revista de derecho de la competencia y la distribución, nº 11.
- Montesinos García, A., (2005) Arbitraje on line. Revista vasca de derecho procesal y arbitraje = Zuzenbide prozesala ta arbitraia euskal aldizkaria, Vol. 17, nº 1.
- Montesinos García, A., (2007) Arbitraje y nuevas tecnologías. Editorial Thomson&Civitas.
- Montesinos García, A., (2008) Mediación on line, Revista de la contratación electrónica, nº 94.
- Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Barona Vilar, S.; Montón Redondo, A., (2002) Derecho jurisdiccional II. Procesal Civil, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- Moraleda, J.P. y Rodríguez, F.S., (2004) Autorregulación en internet, Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, nº 21.
- Moreno Navarrete, M. A., (2002) Derecho-e. Derecho del comercio electrónico, Editorial Marcial Pons, Madrid.

- Moreno Quesada, B., (1956) La oferta de contrato, Revista del Notariado nº 12.
- Moreno Quesada, B., (1963) La oferta de contrato, Barcelona. Editorial Nereo.
- Muñoz Machado, S., (2000) La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet, Madrid. Editorial Taurus.
- N. W. Netanel, (2000) Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory”, California Law Review vol. 88 Marzo nº 2.
- Neilson, J. (2009) Comercio electrónico. Editorial El Cid Editor, Madrid.
- Nieva Fenoll, J., (2009) La prueba en documento multimedia, en Jurisdicción y proceso, Editorial Marcial Pons.
- Ontiveros, Baeza, E., (2001) La economía en la red. Nueva economía, nuevas finanzas. Madrid. Editorial Taurus.
- Ordeñana Guezuraga, I., (2009) *El arbitraje de consumo electrónico... eficaz gracias a la jurisdicción*, Diario La Ley, nº 7243.
- Ordeñana Gezuraga, I., (2010) La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa. Diario La Ley, nº 7420, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-193, Editorial La Ley.
- Ordoño Artés, C., (2002) El avance tecnológico y los nuevos medios de prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Ormazábal Sánchez, G., (2006) ¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica?, Revista Jurídica de Catalunya Vol. 105, nº 3.
- Ormazábal Sánchez, G., (2006) *El documento electrónico como instrumento de prueba ante los Tribunales*. Boletín de la ANABAD, Tomo 56, nº 4, coordinado por Pedro González García.
- Ormazábal Sánchez, G., (2008) en *El valor probatorio de la firma electrónica*, en Derecho sobre internet. coordinado por José Manuel Sala Arquer, Julián Martínez-Simancas Sánchez.
- Ortega Hernández, R,J,. (2014) El acceso a la Justicia para consumidores en el comercio electrónico transfronterizo mediante los ODR, una realidad más cercana, 14º Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID.
- Ortiz Brú C. (2006) La política europea en materia de telecomunicaciones: hacia

la nueva sociedad de la información. Noticias Jurídicas.
<http://noticias.juridicas.com/>

- Palacios González, D., (2007) La ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y la contratación electrónica con consumidores, en Derecho de los consumidores y usuarios. (Dirección: De León Arce), 2ª edición, I, Valencia.
- Palacios González, M.D., (2012) La incidencia de la noción de consumidor medio en la protección de los consumidores: Protección frente a la publicidad engañosa, la información falsa o engañosa y la falta de información previa a la contratación, en Revista de Derecho Privado enero-febrero.
- Parra Batres, M., (2000) El comercio electrónico en Estados Unidos. Boletín económico de ICE nº 2673 del 27 de noviembre al 3 de diciembre de 2000.
- Payeras Capelá, M., (2005) Los servidores de acceso y alojamiento: descripción técnica y legal, en AA.VV., Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar. (Coordinador Cavanillas Múgica), Granada. Editorial Comares.
- Paz-Ares Rodríguez, J.C., (2000) El comercio electrónico: una breve reflexión de política legislativa”, en Derecho de Internet, coordinación Mateu de Ros Cerezo, R. y Cendoya Méndez de Vigo, J. M., Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Pendón, Meléndez, M.A., (2003) La Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en Revista de la contratación electrónica, nº. 34.
- Pendón Meléndez, M. A., (2008) Reflexiones críticas del régimen legal de las operaciones a distancia tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Derecho de los negocios, nº 209, Editorial La Ley.
- Pendón Meléndez, M.A. (2009) La perfección del contrato en derecho privado. Reflexiones sobre su régimen legal a la luz de las nuevas formas de distribución y contratación. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- Perales Viscasillas, M.P. (1996). La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías. Valencia, Editorial tiran lo Blanch.
- Perales Viscasillas M.P., (2001) Formación del contrato electrónico, en Régimen jurídico de internet. Coordinado por Miguel Fernández Ordóñez, Javier Cremades

García, Rafael Illescas Ortiz. Editorial Wolters Kluwer.

- Perales Viscasillas, M.P., (2001) La forma del contrato, en Comercio electrónico y protección de los consumidores. (Coordinación Gema Botana García). Madrid. Editorial la Ley.
- Perales Viscasillas, M.P., (2002) Publicidad y formación del contrato, Revista de la contratación electrónica, nº 33.
- Perales Viscasillas, M.P., (2005) Publicidad y Formación del Contrato, Revista de la Contratación Electrónica nº 59.
- Perales Viscasillas, M.P., (2009), Publicidad y formación del contrato. Comercio Electrónico en el Tratado de Libre Comercio DR-CAFTA, Revista de Contratación Electrónica, nº 110.
- Perales Viscasillas, M.P., (2014) Los convenios arbitrales con los consumidores (La modificación del art. 57.4 TRLGDCU por la Ley 3/2014 de 27 de marzo), La Ley mercantil, nº 7, Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Editorial La Ley.
- Pereda Gámez, F.J., (2001) Normas de alcance arbitral y jurisdiccional de la Directiva sobre comercio electrónico, en Comercio electrónico y protección de los consumidores, coordinación Gema, A. Botana García Editorial La Ley, Madrid.
- Pérez de Madrid Carreras, V., (2007) Notariado, nuevas tecnologías y Derecho mercantil, en AA.VV., n: Derecho patrimonial y tecnología: revisión de la contratación electrónica con motivo del Convenio de las Naciones Unidas sobre Contratación electrónica de 23 de noviembre de 2005 y de las últimas novedades legislativas / coord. por Agustín Madrid Parra, María Jesús Guerrero Lebrón. Madrid-Barcelona. Editorial Marcial Pons.
- Pérez Escolar, M., (2010) El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un Código de consumidores? Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nº 82.
- Pérez García, P. A., (1990) La información en la contratación privada, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional de Consumo.
- Pérez Martell, R., (2008) Mediación Civil y Mercantil en la Administración de Justicia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

- Pérez Martell, R. y Esther Villalta, A., (2012) *La mediación civil y mercantil en España: algunas consideraciones a la luz de la nueva ley 5/2012, de mediación*, Revista General de Derecho Procesal nº 28, p.4.
- Pérez Marzabal, J.M., (2003) Acerca de la contratación electrónica y el comercio electrónico. Diario La Ley, Nº 5897, Sección Tribuna, 20 Nov. 2003, Año XXIV, Ref. D-260, Editorial La Ley.
- Pérez Pereira, M., (2008) Los prestadores de servicios de la sociedad de la información: cuestiones generales, RCE nº 89.
- Picatoste Bobillo, V., (2009) El intento de unificación del Derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Otras Leyes Complementarias: La obligación de información, en García Rubio, M. P., (Coordinación). Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete Del Río, Navarra. Editorial Aranzadi.
- Pinochet Olave, R. (2004) La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. La Oferta Electrónica. Revista Ius et Praxis, Vol. 10, nº 2
- Pinochet Olave, R. (2005) La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. La Oferta Electrónica. Revista Ius et Praxis, 2004, Vol. 11, nº 1.
- Pinochet Olave, R. (2005) La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. La Oferta Electrónica. Revista Ius et Praxis, 2004, Vol. 11, nº 2.
- Pinochet Olave, R. (2006) La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. La Oferta Electrónica. Revista Ius et Praxis, 2004, Vol. 12, nº 1.
- Pinochet Olave, R., (2006) El documento electrónico y la prueba literal, Revista Ius et Praxis, Vol. 8, nº 2.
- Plaza Penadés, J., (2003) Contratación y comercio electrónico, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.
- Plaza Penadés, J., La responsabilidad civil en internet (su regulación en el derecho comunitario y su previsible incorporación al derecho español), Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, tomo 3, Editorial La Ley.

- Pombo, F. (2001) Contratación electrónica, en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Porres de Mateo, C., (1994) Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En particular, el Derecho de revocación del consumidor, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 21.
- Postel, Jon; Roberts, Larry y Wolff, Stephen (2000). Una historia abreviada del Internet, [consultado el 10 de agosto de 2013] <http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet#Leiner>.
- Prats Albentosa, L., (2014) La información precontractual como deber del oferente y derecho del consumidor (según la Directiva de los Derechos de los consumidores 2011/83), en El Notario del Siglo XXI, nº 56.
- Puig Brutau, J., (1988) Fundamentos de derecho civil, Doctrina general del contrato. Título II volumen 1, Barcelona, Editorial Bosch, p. 189.
- Quintana Carló, I., (1997) El acceso de los consumidores a la justicia como problema (art. 31 LGDCU), en AA.VV., El Sistema Arbitral de Consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo (dirección I. Quintana Carló/A. Bonet Navarro), Pamplona. Editorial Aranzadi.
- Ramos Fernández, F., (2001) Autorregulación, mediación y consulta previa, la nueva frontera de la ética publicitaria, Revista de estudios de comunicación (Komunikazio ikasketen aldizkaria), nº 11.
- Real Pérez, A., (2010) Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica. Editorial Marcial Pons.
- Recoder De Casso, E., (2000) Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública, en Derecho de Internet. La contratación Electrónica y Firma Digital.
- Recoder De Casso, E., (2000) Algunas observaciones en torno a contratos, electrónica y fe pública, en Derecho de Internet: La contratación Electrónica y Firma Digital. Autores: Rafael Mateu de Ros Cerezo (coord.), Juan Manuel Cendoya Méndez de Vigo (coord.). Editorial Aranzadi
- Reyes López, M. J. (1997) El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, en

Estudios sobre Consumo nº 43.

- Reyes López, M.J., (1999) Capítulo I: Génesis y delimitación del Derecho de consumo en los ámbitos comunitario, estatal y autonómico en Derecho de Consumo, Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Reyes López, M. J., (2004) La protección de los derechos de los consumidores y usuarios en Derecho Privado de consumo. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Reyes López, M.J., (2008) Medios de pago electrónicos y protección del consumidor en AA.VV. Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías (coordinación L. Cotino Hueso), Tirant Lo Blanch, Valencia
- Ribas Alejandro, J., (2003) Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet, Registro del contrato on line: fuerza vinculante de un contrato on line: “click-wrap contracts”. Madrid. Editorial Cizur-Menor Aranzadi.
- Richard González M., (2010) El arbitraje en el siglo XXI. Análisis del sistema arbitral ordinario y de consumo, en Nuevas perspectivas sobre justicia y arbitraje de consumo. UPNA, Pamplona.
- Richard González, M., (2014) La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL, en Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables. La protección de los consumidores en el comercio electrónico. Las propuestas de regulación de sistemas de arbitraje electrónico en la UE y en UNCITRAL. Xavier Abel Lluch (coordinación), Editorial Bosch.
- Rico Carrillo, M., (2004) La forma en la contratación electrónica. Derecho de los Negocios, Nº 172, Enero, Editorial La Ley.
- Rincón Cárdenas, E., (2014) Aplicación de la firma digital en la contratación como mecanismo idóneo para garantizar seguridad jurídica en el proceso contractual, <http://www.ambitojuridico.com> [consultado el 2 de noviembre de 2014].
- Rincón, Cárdenas, E., (2006) Manual de derecho de comercio electrónico y de Internet, Editorial Centro Editorial Universidad del Rosario. 1ª edición, Bogotá.
- Rodrigo González, O., (2010) Comercio electrónico. Editorial Anaya multimedia, Madrid.
- Rodríguez Adrados, A. (1998) El Documento Negocial Informático en Revista

jurídica del Notariado nº 28.

- Rodríguez Adrados, A., (2007) Firma electrónica y documento electrónico. El Notario del siglo XXI. Ensayos de actualidad. Colegio Notarial de Madrid.
- Rodríguez Ayuso, J. F., (2015) El arbitraje electrónico como medio de resolución de controversias turísticas, Diario La Ley, Nº 8514, Sección Doctrina, 8 de Abril de 2015, Ref. D-135, Editorial La Ley.
- Rodríguez, G., (2012) Riesgos del consumidor electrónico en las prácticas publicitarias, Revista de Derecho Universidad de Zulia (Venezuela), nº 37, Barranquilla.
- Romero Matute, B., La obligación de información de las condiciones generales en la contratación a distancia, Revista de la Contratación Electrónica, nº 5 2000.
- Rovira y Mola, A. y Palomar Baro, A., (1958) Problemas de la contratación entre personas distantes, en Anuario de Derecho Civil Vol. 11 nº 1.
- Rubio Gimeno, G., (2003) Validez y perfección del contrato electrónico en La regulación del comercio electrónico, coordinación Barral Viñals, I., Editorial Dykinson.
- Rubio Jimeno, G. (2003) La regulación del comercio electrónico. Totalmente adaptado a la LSSICE y a la modificación de la Ley del comercio minorista, Barral coordinación, Madrid. Editorial Dykinson, 1ª edición.
- Ruiz Jiménez, J. A., (2007) Análisis crítico del sistema nacional español de arbitraje de consumo, Editorial Dijusa, San Sebastián.
- Ruiz Muñoz, J.A., (2008) Tutela de los consumidores en el comercio electrónico, en Revista de la Contratación Electrónica, nº 90.
- Ruiz Muñoz, M. (1999) Introducción a la protección jurídica de los consumidores, en Curso sobre protección jurídica de los consumidores, coordinación Botana García, G y Ruiz Muñoz, M. Madrid.
- Sáinz-Cantero Caparrós, M.B., (2008) El desistimiento ad nutum en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006 y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Actualidad civil, nº 9.
- Salgado André, E., La obligación de informar sobre el derecho de desistimiento y las consecuencias derivadas de su incumplimiento. La Ley mercantil, nº 9,

Sección Contratación mercantil, comercio electrónico y TICs, Diciembre 2014, Editorial La Ley.

- San Cristóbal Reales, S., (2005) La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XXXVIII.
- San Cristóbal Reales, S., (2007) El arbitraje de consumo, en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46.
- San Cristóbal Reales, S., (2013) Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil en Anuario jurídico y económico escurialense, nº 46.
- Sánchez Calero, F., (2001) Prólogo al texto Los prestadores de Servicios de Certificación en la Contratación Electrónica, de Huerta Viesca, M. I. y Rodríguez Ruiz, D., Navarra. Editorial Aranzadi, Elcano.
- Sánchez del Castillo, V., (2007), La publicidad en Internet. Régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas, Editorial La Ley, Madrid.
- Sanchis Crespo, C., (2005) La prueba por soportes informáticos. Estudios de derecho judicial, nº 71, Valencia Editorial Tirant lo Blanch.
- Sanz Viola, A.M., (2001) Contratación electrónica. Actualidad Civil, Sección Doctrina, 2001, Ref. XXVII, tomo 2, Editorial La Ley.
- Serna Meroño, E. (1999). Art. 38. Concepto. En AA.VV., Régimen jurídico general del comercio minorista. Madrid. Editorial McGraw-Hill.
- Serrano Fernández, M., (2005) Estudio de Derecho comparado. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Sirvent García, J., (2009) El desistimiento del consumidor en la contratación bancaria electrónica en Perspectivas del Sistema Financiero nº 96.
- Soro Rusell, O., (2010) Veinte años de resoluciones judiciales de interés civil y mercantil en materia de códigos de conducta: una repercusión todavía muy limitada, Indre, revista para el análisis del derecho. Barcelona, abril de 2010.
- Soro, Rusell, O., (2007) El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual. Directora: Real Pérez, A. Tesis doctoral inédita. Universidad Complutense de Madrid.
- Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (2008) El futuro de la protección jurídica de

los consumidores. Madrid. Editorial Civitas, Cizur Menor.

- Tornos Mas, J. Marín López, J.J. Cases Pallares, L. Arimany Lamoglia, Esteban. Manubens Florensa, Carlos (Dirección). (1996) Ordenación del Comercio Minorista, Comentarios a la ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero. Editorial Praxis, Barcelona, 1º edición.
- Uría, R. (1998) Derecho Mercantil, 25ª edición. Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Uría, R. Menéndez, A. (1999). Curso de Derecho Mercantil. Madrid. Editorial Tecnos.
- Vaitier Fuenzalida, C., (1999) En torno a los contratos electrónicos, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia p. 87.
- Vasquez E. y Berrocal J. (2000) Comercio Electrónico. Materiales para el análisis. Madrid: Ministerio de Fomento, Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- Vattier Fuenzalida, C., (2002) Responsabilidad en el comercio electrónico en Régimen jurídico de Internet, Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Vázquez de Castro, E. y Fernández Canales, C., (2012) El actual marco normativo de la mediación electrónica, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 731.
- Vázquez García, R., (2002) La contratación en Internet. Innovación tecnológica y contratación. La forma de los contratos. Contratación informática. Comercio Electrónico, La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en UIMP, dir. J.L. Perales Sanz, Madrid.
- Vázquez Ruano, T., (2008), La protección de los destinatarios de las comunicaciones electrónicas, Madrid. Editorial Marcial Pons.
- Vázquez Ruano, T., (2009) La promoción de la marca a través de las técnicas publicitarias utilizadas en Internet, en Régimen jurídico de Internet. Coordinación Cremades, J.; Fernández, M. Á.; Illescas, R. Madrid. Editorial La Ley.
- Vasquez E. y Berrocal J. (2000), en Comercio Electrónico. Materiales para el análisis. Madrid: Ministerio de Fomento, Ministerio de Ciencia y Tecnología (Serie Monografías).
- Vega Vega, J. A., (2005) Contratos electrónicos y protección de los consumidores, Zaragoza. Editorial Reus.

- Velázquez Bautista, R., (2001) Derecho de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (T.I.C.), Madrid.
- Xalabarder, R., (2006) La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por usuarios, Revista de Internet, Derecho y Política. nº 2. UOC.
- Zeno-Zencovich, V., (2001) La protección del consumidor en el comercio electrónico, AA.VV., Derecho del comercio electrónico (dirección Illescas Ortíz, R.), Madrid. Editorial La Ley.
- Zurilla Cariñana, M. A., (2010) Comercio electrónico y protección de los consumidores en España, Revista portuguesa de Direito do Consumo, nº. 61.