

ESTUDIOS

UNAS NOTAS EN TORNO A LA NUEVA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

*Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia*

SUMARIO: 1. La actual situación del comercio electrónico.-2. La necesidad de una regulación del comercio electrónico.-3. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.-4. Régimen de prestación de servicios: 4.1. Obligaciones de los prestadores de servicios. 4.2. Responsabilidades de los prestadores de servicios.-5. Comunicaciones comerciales.-6. Contratación por vía electrónica: 6.1. Validez y eficacia de los contratos electrónicos. 6.2. Momento y lugar de celebración del contrato.-7. Solución de conflictos.-8. Disposiciones administrativas de orden complementario.-9. Bibliografía.

1. LA ACTUAL SITUACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

La actual generalización del uso de las nuevas tecnologías, y especialmente de Internet, ha abierto un nuevo e importante campo de actuación para las transacciones mercantiles, dado que a su través las empresas pueden ofrecer sus productos y servicios a un gran número de potenciales clientes que era impensable hasta hora. Podemos hacernos una idea de la situación en la que se encuentra actualmente el comercio electrónico, y del enorme potencial que aún tiene, simplemente teniendo en cuenta algunos datos.

Las ventas en la Red facturaron 457 millones de euros en 2001. Sin embargo, el crecimiento no ha sido tan grande como el inicialmente esperado. Pese a que un informe de Forrester Research de octubre de 2000 preveía que el comercio electrónico llegaría en 2004 a un 8'6 por 100 de las ventas mundiales de mercancías y servicios, en la actualidad sólo ha llegado a un 1 por 100, y uno de los sitios donde más se ha notado la ralentización del crecimiento del comercio electrónico ha sido precisamente en Europa.

Así, según el primer Informe de evaluación comparativa del plan de acción *e-Europe* de la Comisión europea, para el período 2000-2002, las ventas *on line* crecieron mucho menos de lo esperado y de modo mucho más lento: si en octubre de 2000 compraba en la Red el 31 por 100 de los usuarios, en noviembre de 2001 sólo lo hizo un 5 por 100 más, es decir, un 36 por 100, mientras que en ese mismo período los usuarios de Internet se incrementaron casi en un 25 por 100.

Y si nos centramos en las empresas españolas, la cifra de comercio electrónico ha evolucionado desde los 11.951 millones de pesetas de 1999 hasta la previsión para 2002 de 336.114 millones (unos 2.020 millones de euros).

2. LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

Uno de los factores que necesariamente han de concurrir, por su gran influencia en el desarrollo y utilización de las nuevas tecnologías, es un marco normativo que establezca un adecuado nivel de seguridad jurídica que a su vez genere una confianza en su utilización en las transacciones comerciales. Sin embargo, la regulación vigente hasta ahora era claramente insuficiente.

En tal sentido, en la Comunidad Europea se procedió a publicar 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 comercio electrónico; a partir de ahora nos referiremos a ella simplemente como «la Directiva»), cuyo plazo de incorporación a los Derechos nacionales por los Estados miembros expiró el pasado 17 de enero de 2002. Desde esta fecha España había rebasado el plazo para promulgar la correspondiente norma nacional. Norma que publicó el Boletín Oficial del Estado del 12 de julio de 2002: la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (a la que en lo sucesivo nos referiremos simplemente como «la Ley»), que entró en vigor tres meses después, el 12 de octubre.

Esta norma culmina una larga elaboración. Si bien la tramitación parlamentaria fue relativamente rápida ⁽¹⁾, la fase preparatoria fue especialmente dilatada, ya que en ella se produjo un amplio proceso de consulta pública, en el que se recibieron más de cincuenta contribuciones al Anteproyecto del Ministerio de Ciencia y Tecnología por parte de las principales asociaciones, grupos, empresas y agentes interesados en el contenido de la norma.

Su principal objetivo es el establecimiento de las garantías jurídicas necesarias para potenciar el desarrollo del comercio electrónico y de los servicios ofrecidos a través de Internet, proporcionando un marco legal seguro tanto para los proveedores de servicios como para los usuarios. Se aprovecha igualmente la norma para incorporar a la legislación española la citada Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico), que predetermina gran parte del contenido de la Ley española, dado su detalle en algunos aspectos, así como para incorporar parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, sobre las acciones de cesación en materia de los intereses de los consumidores ⁽²⁾.

⁽¹⁾ El Anteproyecto se aprobó por el Consejo de Ministros el 8 de febrero, de modo que en poco más de cuatro meses vio la luz como Ley. El Proyecto entró en el Senado el 16 de mayo y fue definitivamente aprobado por el Congreso de los Diputados el 27 de junio.

⁽²⁾ Que ahora es objeto de transposición respecto del establecimiento de una acción de cesación específica sobre las conductas que contravengan lo dispuesto en la propia Ley.

Precisamente, una de las principales ventajas de la Ley es que se integra en el marco normativo armonizado del ámbito europeo, establecido por la referida Directiva, de modo que la protección del usuario de estos servicios será homologable con los demás Estados comunitarios, habiendo una regulación de estas materias prácticamente idéntica en toda la Unión Europea. Sin embargo, ésa es también una de sus principales insuficiencias, pues la aplicación de la normativa se limita al ámbito comunitario europeo. Ha de avanzarse aún en el ámbito internacional extracomunitario, mediante la negociación de acuerdos internacionales (especialmente con Estados Unidos, claramente la potencia mundial en Internet y el comercio electrónico) para garantizar un nivel de seguridad equiparable al existente en las relaciones con países comunitarios.

En este artículo pretendemos estudiar los principales aspectos de la Ley.

3. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

La Ley pretende la regulación del régimen jurídico de los «servicios de la sociedad de la información» (cuya significación examinaremos seguidamente), principalmente en lo referente a las obligaciones y al régimen de infracciones y sanciones aplicable a los prestadores de estos servicios, incluyendo a los que actúen como meros intermediarios en la transmisión de los contenidos por las redes de telecomunicaciones, a las comunicaciones comerciales empleando la vía electrónica y a cuál ha de ser el régimen de celebración de los contratos electrónicos, tanto respecto a la información que haya de proporcionarse previamente y con posterioridad a su celebración como a las condiciones de validez y eficacia. Las disposiciones de la Ley no obstan a lo que establezcan otras normas, estatales o autonómicas, que regulen otros ámbitos normativos o tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguardia de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable, la protección de datos personales y la defensa de la competencia.

Se entiende por «servicios de la sociedad de la información» los servicios, normalmente prestados a título oneroso (así como los no remunerados que constituyan una actividad económica para el prestador del servicio) que se realizan a distancia, por vía electrónica y a petición del destinatario. Con ello se sigue un concepto amplio, que engloba, además de la contratación de bienes y 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 electrónica (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la Red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la Red (proveedores de acceso), a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros, o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como en general cualquier servicio prestado a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...) que represente una actividad económica para el prestador. En cambio, quedarán excluidos los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex; el intercambio de información por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan, la radiodifusión televisiva y sonora y el teletexto televisivo y servicios equivalentes. También quedará excluida de la Ley la prestación de servicios de la sociedad de la información referentes a medicamentos y productos sanitarios, rigiéndose por lo dispuesto en su legislación específica.

Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o, en general, cualquier sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del cual realiza alguna de las actividades antes indicadas, incluido el comercio electrónico.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley, se define conforme a los principios de país de origen y de mercado interior previstos en la normativa comunitaria, y se consagra el principio de libre prestación de servicios, no estando sujeta dicha actividad a autorización de ninguna clase. A efectos de la determinación de este ámbito de aplicación, la Ley distingue tres tipos distintos de aplicabilidad, en función del lugar donde radique el prestador de servicios: en orden decreciente, de mayor a menor aplicabilidad de la Ley, prestadores de servicios radicados en España, en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, o en un tercer país.

De este modo, en primer lugar la Ley será de aplicación íntegra a los prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos, entendiéndose por «establecimiento» el lugar desde el que se dirige y gestiona una actividad económica, concepto próximo al de domicilio fiscal de la normativa tributaria. A tal efecto, se presume que el prestador de los servicios está establecido en España si él mismo o alguna de sus sucursales está inscrita en el Registro Mercantil u otro registro público español en el que fuera necesaria su inscripción para la adquisición de personalidad jurídica, teniendo en cuenta además que la mera utilización de medios tecnológicos situados en España para la prestación o acceso al servicio no determinará por sí sola el establecimiento en España. También será aplicable a los servicios de prestadores no residentes en España pero ofrecidos a través de un establecimiento permanente en España, si bien entonces la aplicabilidad será únicamente parcial, respecto a esos servicios que se presten desde España.

Por tanto, el lugar de establecimiento de los prestadores de servicios es un elemento esencial en la Ley, porque de él se hace depender no sólo el ámbito de aplicación de esta Ley, sino también el de todas las demás normas españolas que les sean de aplicación en función de la actividad que desarrollen, así como la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de conformidad con el referido principio de aplicación de la ley del país de origen.

No obstante lo antes dicho, la Ley española se aplicará también cuando los prestadores de servicios estén establecidos en otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo si el destinatario de los servicios radica en España y los servicios afectan a alguna de estas materias:

- a) Derechos de propiedad intelectual o industrial.
- b) Emisión de publicidad por instituciones de inversión colectiva.
- c) Seguro directo, en régimen de derecho de establecimiento o de libre prestación de servicios.
- d) Obligaciones derivadas de contratos con personas físicas consumidores.
- e) Elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato.
- f) Licitud de las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente no solicitadas.

En cualquier caso, se someterán a las normas españolas:

- a) Los servicios que regulen las materias a las que antes hemos hecho referencia.

b) Los servicios que traten sobre la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles sitos en España.

Finalmente, se aplicarán a todos los prestadores de servicios, aun los radicados en terceros países externos a la Unión Europea y al Espacio Económico Europeo, el principio de libre prestación de servicios y el régimen de restricciones que prevé la Ley. No obstante, si se trata de prestadores radicados en terceros países les serán aplicables las obligaciones previstas por la Ley si dirigen sus servicios específicamente al territorio español, siempre que ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales aplicables.

Por otra parte, quedarán excluidos del ámbito de esta Ley, rigiéndose por su normativa específica:

a) Los servicios de notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus funciones públicas.

b) Los servicios de abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio.

Finalmente, los servicios referentes a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico se someterán a la Ley, salvo en lo referente al principio de libre prestación de servicios, sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica estatal o autonómica.

4. RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Como ya hemos señalado, la Ley, conforme a lo dispuesto en la Directiva, consagra un principio de libre prestación de servicios, sin necesidad de autorización previa, y ello sin perjuicio de los regímenes de autorización ya previstos legalmente que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.

No obstante ese régimen de libre prestación de servicios, sí se establecen restricciones respecto de los servicios que puedan atentar contra determinados principios, concretamente:

a) La salvaguardia del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional.

b) La protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.

c) El respeto a la dignidad de la persona y a la no discriminación,

d) La protección de la juventud y de la infancia.

En tales casos, los órganos competentes para la protección de estos principios podrán adoptar las medidas para la interrupción de la prestación de los servicios o para la retirada de los datos que los vulneren, pudiéndose ordenar a los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España que tomen las medidas necesarias para impedir el acceso de un prestador establecido en otro Estado. Si la competencia resultara atribuida por la Constitución o las leyes aplicables a los órganos jurisdiccionales, sólo éstos podrían adoptar esas medidas.

4.1 Obligaciones de los prestadores de servicios

No obstante no estar sujeta la prestación de servicios a una autorización previa, el texto normativo sí regula de una forma extensa y minuciosa una serie de obligaciones administrati-

vas y de información que han de cumplir los prestadores de servicios y cuyo incumplimiento está sujeto al régimen sancionador previsto en la Ley.

Aunque no llegó a establecerse el Registro de prestadores de servicios contemplado en las primeras versiones del Anteproyecto de la Ley ⁽³⁾, los prestadores de servicios sí deberán comunicar al Registro Mercantil, o aquél en el que estuvieran inscritos para la adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad, el nombre de dominio o dirección de Internet que le identifique en ésta y sus sustituciones y cancelaciones, en el plazo de un mes desde la obtención, sustitución o cancelación, constituyendo el incumplimiento de esta obligación infracción leve, sancionada con multa de hasta 30.000 euros. Con ello se pretende dar publicidad a los nombres de dominio utilizados por las entidades para ofrecer sus productos y servicios en Internet, complementando la base de datos *whois*, ya existente, que ofrece información sobre los datos de los titulares de cualquier nombre de dominio. Respecto de los nombres de dominio que ya vinieran siendo utilizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, se establece un período transitorio de un año para proceder a esa constancia registral.

Una segunda obligación informativa es la relativa a una información básica que debe facilitarse a los destinatarios y órganos competentes, a través de medios electrónicos de acceso permanente, fácil, directo y gratuito (en especial, la inclusión en la página o sitio de Internet del prestador): nombre o denominación social del prestador, dirección postal ⁽⁴⁾ y de correo electrónico, y cualquier otro dato de contacto directo y efectivo; datos registrales; en caso de que la actividad esté sometida a autorización administrativa previa, datos de la misma y órgano supervisor competente; en caso de profesión regulada, datos en su caso del Colegio profesional y número de colegiado, título académico oficial o profesional, y Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo de expedición y en su caso homologación o reconocimiento, así como las normas profesionales aplicables y medios para conocerlas; número de identificación fiscal, información clara y exacta sobre el precio del producto o servicio (en especial, si incluye los impuestos aplicables y los gastos de envío) y códigos de conducta a los que se esté adherido y modo de consultarlos electrónicamente. El incumplimiento de este deber de información podrá constituir, en función de los datos sobre los que no se informe, infracción leve, sancionada con multa de hasta 30.000 euros, o grave, sancionada con multa de 30.001 a 150.000 euros.

Objeto de una especial atención son las actividades de intermediación, como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la Red, imponiéndose a los prestadores de servicios que las realicen un deber de colaboración con los órganos administrativos o judiciales para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando ⁽⁵⁾; en tal sentido, el órgano competente podrá ordenar a dichos prestadores que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que realizaran, a efectos de conseguir la interrupción de la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España. Las responsabilidades derivadas del incumplimiento de estas normas no son sólo de orden administrativo, sino también de tipo civil o penal, como veremos seguidamente.

⁽³⁾ Pero que ya había desaparecido en la versión del Anteproyecto de 30 de abril de 2001.

⁽⁴⁾ O, como decía el artículo 5 de la Directiva, su «dirección geográfica».

⁽⁵⁾ En el texto de la Ley se *suavizan* las «obligaciones en relación con los contenidos» previstas en el artículo 11 del Anteproyecto (versión de 30 de abril de 2001), que imponía al prestador de servicios una actitud más activa en relación con los contenidos, debiendo, por ej., comunicar a las autoridades competentes las actividades presuntamente ilícitas del destinatario del servicio.

Además, determinados prestadores de servicios de intermediación (concretamente, los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y los prestadores de servicios de alojamiento de datos) deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas que sean precisos para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información (en el caso de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas y de los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones) o la determinación del origen de los datos alojados y el momento en que se inició la prestación del servicio (respecto de los prestadores de servicios de alojamiento de datos), a fin de poder ser en su caso utilizados en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, debiéndose adoptar medidas de seguridad apropiadas para evitar su pérdida o alteración y el acceso no autorizado. La Ley se remite a un futuro reglamento para la concreción de este deber de conservación.

Este deber de la conservación de datos, introducido durante el paso del Proyecto de Ley por el Senado, supone uno de los puntos sobre los que mayores quejas han planteado los prestadores de servicios afectados, que aducen los grandes desembolsos que esa conservación de datos por un año les va a imponer.

4.2 Responsabilidades de los prestadores de servicios

Los prestadores de servicios están sujetos al régimen de responsabilidad que rige con carácter general en nuestro Derecho, ya sea civil, penal o administrativa. Sin embargo, se determina un régimen específico de exención de responsabilidad respecto del ejercicio de actividades de intermediación, en función del tipo concreto de actividad desarrollado.

Así, los operadores de redes y proveedores de acceso, que únicamente transmiten por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o facilitan el acceso a la misma (*routing*), incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos para permitir su transmisión, no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o sus destinatarios.

Los prestadores que realizan funciones de copia temporal de datos a fin de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los soliciten (el denominado *catching* o «memoria tampón»), no serán responsables por el contenido de esos datos si no modifican la información, permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas por el destinatario cuya información se solicita, respetan las normas sectorialmente aceptadas de actualización de la información, no interfieren en la utilización lícita de tecnología sectorialmente aceptada para obtener datos sobre la utilización de la información y retiran la información almacenada o hacen imposible su acceso si conocen que ha sido retirada del lugar de la Red donde estuviera inicialmente, se ha imposibilitado el acceso a ella o un tribunal u órgano administrativo ha ordenado retirarla o impedir el acceso a ellas.

Los prestadores de servicios de alojamiento de datos (*hosting*) no serán responsables de la información almacenada si no tienen conocimiento de que la misma es ilícita o lesiona bienes o derechos indemnizables de un tercero o actúan diligentemente para retirarlos o hacer imposible el acceso a ellos, salvo que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador.

Los prestadores de servicios que faciliten enlaces a otros contenidos o a directorios o instrumentos de búsqueda (*linking*) no serán responsables de esa información de destino, en los mismos casos de exoneración que los prestadores de servicios de almacenamiento de datos o *hosting*.

Finalmente, se contempla, como colofón del régimen de prestación de servicios, el impulso por las Administraciones públicas de la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, en especial de ámbito comunitario o internacional, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores en las materias reguladas por la Ley y que deberán ser accesibles por vía electrónica. Con ello se busca potenciar la autorregulación de los agentes actuantes en este sector.

5. COMUNICACIONES COMERCIALES

Uno de los puntos más importantes de la Ley y una de sus principales novedades es la regulación de las comunicaciones comerciales electrónicas, a fin de evitar el denominado *spam* (mensajes de correo electrónico de contenido publicitario no solicitados, enviados masiva e indiscriminadamente, que llegan a convertirse en una verdadera «plaga»). La Ley entiende como «comunicación comercial» 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, quedando excluidos del concepto los datos que permitan acceder directamente a la actividad de una persona, empresa u organización (como el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico) así como las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o imagen elaboradas por un tercero sin contraprestación económica.

A efectos de la consecución del referido objetivo se prohíbe el envío de comunicaciones comerciales por medio del correo electrónico salvo que previamente hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por sus destinatarios, y se obliga a que sean claramente identificables como tales (en tal sentido, se debe incluir al comienzo del mensaje –en caso de haberse realizado por medio de correo electrónico u otro medio equivalente– la palabra «publicidad») y a indicar la persona física o jurídica en nombre de quien se realizan. Una especial identificación se exige en caso de ofertas promocionales y concursos o juegos promocionales, que deberán identificarse como tales y expresar las condiciones de acceso y, en su caso, participación, de forma clara e inequívoca.

La Directiva contemplaba en esta materia la posibilidad de instaurar tanto un sistema de *opt-out* como de *opt-in*. Mientras el primero supone la autorización a priori de toda clase de comunicaciones comerciales, creándose un sistema de listas de exclusión en las que puedan inscribirse los usuarios que no deseen recibir dicha clase de comunicaciones comerciales –de modo similar a las llamadas «listas Robinson» de la publicidad postal–, el sistema de *opt-in*, por el que finalmente se ha decidido la Ley española, se basa justo en el mecanismo contrario: queda prohibida toda comunicación comercial electrónica, salvo que expresamente se haya solicitado o autorizado. De este modo, se ha optado por un sistema generalmente negativo con excepciones positivas, frente al sistema positivo con excepciones negativas que supone el *opt-out*.

La prohibición de envío de comunicaciones no solicitadas se extiende a medios de comunicación electrónica individual equivalente al correo electrónico, como puede ser el servicio de mensajería de la telefonía móvil (SMS, EMS, MMS...).

El incumplimiento de estas indicaciones obligatorias en las comunicaciones comerciales puede dar lugar a una infracción leve, sancionable con multa de hasta 30.000 euros, o –en caso de masividad o reiteración de más de tres comunicados en un año– infracción grave, sancionable con multa de 30.001 a 150.000 euros.

Además, el haber otorgado su consentimiento para el envío de comunicaciones comerciales no supone que el destinatario quede vinculado indefinidamente, sino que de una manera sencilla podrá revocarlo, con la simple notificación de su voluntad al remitente, a cuyo efecto los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos de revocación del consentimiento y facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

Un segundo derecho de los destinatarios que se contempla en relación con esta materia es que, si debieran facilitar su dirección de correo electrónico durante el proceso de contratación o suscripción a algún servicio, el prestador que pretendiera utilizarla posteriormente para el envío de comunicaciones comerciales, deberá comunicárselo y solicitar su consentimiento para la recepción de las mismas, antes de finalizar el procedimiento de contratación. Con ello se pone de manifiesto que la facilitación de la dirección de correo electrónico en un proceso de contratación no puede considerarse en modo alguno como un consentimiento tácito a la recepción de posteriores comunicaciones comerciales.

Así, como vemos, se establece un sistema altamente garantista de los derechos de los usuarios y de protección de los mismos frente al *spam*, lo que redundará igualmente en una mayor efectividad del mensaje publicitario realizado por parte de las empresas que legítimamente hayan obtenido el consentimiento de sus potenciales clientes.

6. CONTRATACIÓN POR VÍA ELECTRÓNICA

6.1 Validez y eficacia de los contratos electrónicos

La Ley también regula la realización de contratos por vía electrónica, es decir, aquéllos en 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. Favorece la celebración de estos contratos al afirmar, conforme al principio espiritualista y de libertad contractual que rige con carácter general en la perfección de los contratos en nuestro Derecho –de modo que basta con el mero consentimiento–⁽⁶⁾, la validez y eficacia del consentimiento prestado por vía electrónica, declarando que no es necesaria la admisión expresa de esta técnica para que el contrato pueda surtir efecto entre las partes, y asegurar la equivalencia entre los documentos en papel y los electrónicos para el cumplimiento del requisito de forma escrita exigido por diversas leyes. Asimismo, el soporte electrónico de un contrato será admisible en juicio como prueba documental.

En tal sentido, los contratos electrónicos producirán todos sus efectos cuando concurren los requisitos necesarios, con independencia de que se hayan realizado por este medio. No obs-

⁽⁶⁾ Principio coincidente con el aforismo «de cualquier modo que el hombre quiera obligarse, queda obligado», tradicional en nuestro Derecho ya desde el Ordenamiento de Alcalá de 1348. Efectivamente, la Ley Única de su Título XVI (la cual curiosamente se intitula «Como vale la obligación entre absentes, aunque non aya y estipulación») viene a disponer *in fine* que «sea valedera la obligación ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el». Actualmente está recogido en el artículo 1.261 CC.

tante, quedan excluidos los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones, mientras que los contratos, actos y negocios jurídicos que deban constar en documento público o que requieran la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores o autoridades públicas, se registrarán por su normativa específica.

Se contempla la posibilidad de que las partes puedan recurrir a un tercero para el archivo de las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y la consignación de su fecha y hora (los denominados «notarios electrónicos»), sin que esta intervención pueda alterar o sustituir las funciones de los fedatarios públicos. Ese archivo será en soporte informático y por un mínimo de cinco años (o el plazo superior estipulado).

La Ley impone unas obligaciones de información en estos contratos, previas al inicio del procedimiento de contratación y posteriores a la celebración del contrato.

A) Respecto de las primeras, con anterioridad al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá, además de cumplir los otros requisitos de información que imponga la normativa vigente, informar al destinatario de manera clara, comprensible e inequívoca sobre los trámites para la celebración del contrato, si va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si va a ser accesible, los medios de identificación y corrección de errores en la introducción de datos y la lengua o lenguas en que podrá formalizarse el contrato. No obstante, quedará exonerado de esa obligación de información previa si así se acuerda por ambas partes y ninguna de ellas es consumidor, o bien el contrato se ha celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico o medios de comunicación equivalentes y no se emplean con el fin exclusivo de eludir el cumplimiento de tal obligación. Asimismo con carácter previo, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, a fin de que aquél pueda almacenarlas y reproducirlas.

Las ofertas de contratación realizadas por vía electrónica serán válidas durante el período fijado por el oferente o, en su defecto, mientras permanezcan accesibles a los destinatarios del servicio.

B) Con posterioridad a la celebración del contrato, el oferente deberá confirmar la recepción de la aceptación, entendiéndose recibidas la aceptación y su confirmación cuando las partes destinatarias puedan tener constancia de ello. La confirmación puede hacerse mediante el envío, en un plazo de 24 horas ⁽⁷⁾, de un acuse de recibo, por correo electrónico o medio de comunicación electrónica equivalente, a la dirección señalada por el aceptante, en cuyo caso se presumirá que su destinatario tiene constancia del mismo desde que se haya 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, o bien a través de un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, tan pronto el aceptante lo haya completado y siempre que esa confirmación pueda ser archivada por su destinatario. Si esta obligación de confirmación correspondiera al destinatario de los servicios, tanto si debe dirigirla al propio prestador como a otro destinatario, el prestador deberá facilitarle su cumplimiento, poniendo a su disposición alguno de los medios citados.

Esta última indicación, que ya aparecía en el Anteproyecto ⁽⁸⁾, es criticable por su oscuridad: ¿qué quiere decir que debe poner «a disposición del destinatario alguno de los medios

⁽⁷⁾ Esta concreción del plazo para la remisión del acuse de recibo es de alabar, pues la Directiva tan sólo disponía que el prestador de servicios debía acusar recibo del pedido del destinatario «sin demora indebida», lo que es de una enorme imprecisión.

⁽⁸⁾ Artículo 29 de la versión de 30 de abril de 2001.

indicados»? ¿Que debe proporcionar al destinatario un programa de correo electrónico (u «otro medio de comunicación electrónica equivalente») o su utilización para que pueda realizar el envío del acuse de recibo? Dado que el destinatario debía de disponer ya de este programa con anterioridad –pues de otro modo no hubiera podido realizar la oferta ni haber recibido la aceptación– ni parece razonable entender que la Ley imponga a los prestadores de servicios que se conviertan en distribuidores forzosos de este tipo de programas, ni terminamos de entender cómo el prestador ha de poner a disposición del destinatario un medio para el envío del acuse de recibo por correo electrónico.

En cuanto al segundo medio contemplado en el precepto (confirmación por un medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación), una vez descartado el correo electrónico –dado que a él se refiere el supuesto anterior– y los medios extra-electrónicos como el teléfono o el fax –dado que quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley–, parece estarse refiriendo a la contratación por medio de espacios *web* (es decir, páginas *web* de un prestador de servicios, que funcionan a través de subprogramas *java* o similares, en las que se rellenan una serie de datos, se eligen las opciones correspondientes pulsando botones gráficos y finalmente se pulsa un botón gráfico de confirmación o aceptación) ⁽⁹⁾. Dado que aquí el oferente es el destinatario de los servicios (pues es el oferente el que ha de confirmar), el único supuesto que parece posible es el de los denominados *portales de compras*, a través de los cuales determinadas empresas centralizan sus compras de bienes y servicios, y en tales casos no parece muy factible entender que la Ley imponga que una empresa (proveedor, en función de prestador de servicios) deba facilitar a otra (y además de cierta importancia, dado que la puesta en funcionamiento y mantenimiento de los referidos portales exige la inversión de grandes sumas de dinero) unos mecanismos de confirmación que ya debía haber previsto e instalado en su portal, es decir, que sea el prestador de servicios quien deba suplir los defectos (falta de un mecanismo que confirme la recepción de la aceptación) del sistema establecido por el oferente-destinatario de los servicios, máxime cuando éste no necesariamente ha de ser un consumidor (y así será en la mayor parte de los supuestos), caso en que sí estaría justificado en cierto modo imponer al empresario-prestador de servicios una facilitación al consumidor-destinatario de los mismos.

De este modo, no aparece claro en absoluto a qué medios en concreto se está refiriendo la Ley cuando dice que el prestador de servicios ha de ponerlos a disposición del destinatario. Pero es que tampoco aparece con claridad en qué ha de consistir esa «puesta a disposición»: ¿en una cesión gratuita?, ¿en que ofrezca la posibilidad de venderle esos medios?, ¿en ofrecer el uso de un programa o medio similar que pueda utilizarse por el destinatario pero no transferirlo a su sistema? Como vemos, al menos para nosotros, este párrafo de la Ley es una fuente de interrogantes. Una posible explicación es que se trate de una transposición del artículo 11.2 de la Directiva ⁽¹⁰⁾: es razonable imponer al prestador de servicios el establecimiento, a favor del destinatario, de medios de identificación y corrección de errores de introducción de datos, pero no de medios para el envío del acuse de recibo, en los términos ya vistos.

⁽⁹⁾ El estudio del artículo 11 de la Directiva no nos resuelve mucho, dado que no distingue entre correo electrónico y estos otros medios, sino que únicamente habla de que el acuse de recibo del pedido del destinatario será «por vía electrónica». Es más, este precepto de la Directiva parte de que el destinatario realiza un pedido, mientras que la Ley española habla de oferta, lo cual no son en modo términos sinónimos, pues el segundo es mucho más amplio que el primero.

⁽¹⁰⁾ Que dispone 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 permitan identificar y corregir los errores de introducción de datos, antes de realizar el pedido» (las cursivas son nuestras).

No obstante, esta obligación general de confirmación del oferente no existirá en los casos en que tampoco exista la obligación de información previa.

6.2 Momento y lugar de celebración del contrato

La Ley aprovecha la ocasión para la unificación del momento y lugar de celebración de los contratos entre personas distantes, estableciendo un criterio general válido no sólo para los contratos electrónicos sino para todos los contratos celebrados a distancia ⁽¹⁾. A tal efecto, se modifican los artículos 1.262 Código Civil y 54 Código de Comercio, estableciendo una redacción prácticamente idéntica de ambos, en la que se dispone que el consentimiento se entiende otorgado desde que el oferente conoce la aceptación o, una vez remitida por el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe y que el contrato se entiende celebrado en el lugar de la oferta, y se añade un nuevo párrafo respecto de los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos, en que se entiende que habrá consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Respecto a la problemática de en qué momento del *iter* formativo del contrato entre personas distantes ha de entenderse perfeccionado el mismo, se han apuntado por la doctrina con carácter general cuatro soluciones, en función de que se tome como relevante uno u otro de los estados o fases por los que pasa la aceptación desde el aceptante al oferente. Tales soluciones ⁽²⁾, cada una de las cuales ha recibido a su vez críticas negativas, son:

a) Teoría de la declaración, de la manifestación o de la emisión (*Declarations-, Außerrungs- o Agnitionstheorie*), que fija el momento de la perfección del contrato en función de cuándo se lleve a cabo la declaración de voluntad en que consiste la aceptación.

b) Teoría de la cognición, conocimiento o información (*Vernehmungstheorie*), que considera formado el contrato en el último de los estados de la aceptación, cuando el oferente llega a un conocimiento efectivo de la misma.

Ante la insatisfactoriedad de esas dos extremas teorías, se propusieron por la doctrina otras dos intermedias, que intentan salvar sus inconvenientes, pero que finalmente tampoco quedan exentas de críticas:

c) Teoría de la expedición, comunicación, desapropiación o remisión (*Uebermittlungstheorie*), según la cual el contrato quedaría perfeccionado por la remisión de la aceptación que el aceptante haga al oferente, de modo que no bastaría que el aceptante se limitara a aceptar, sino que deberá realizar cuanto fuera preciso para que la aceptación llegue al oferente, desprendiéndose de la misma y poniéndola en camino hacia aquél.

⁽¹⁾ Sobre la contratación a distancia y los problemas que plantea, y en especial sobre el momento y lugar de perfección de tales contratos, nos permitimos citar un trabajo nuestro: «La contratación por medio del fax», *Boletín Facultad de Derecho UNED*, núm. 13, 1998, pp. 75-106 (en particular, 80-85 y 90-95). También ha de destacarse el análisis del momento y lugar de perfección de los contratos electrónicos en sus diversas variantes que, a la luz de la situación normativa anterior a la Ley que comentamos, realiza Rafael ILLESCAS ORTIZ en *Derecho de la contratación electrónica*, ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 250-271.

⁽²⁾ Para un examen de estas teorías, *vid.* ROVIRA MOLA, Alberto de y PALOMAR BARÓ, Alberto: «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho Civil*, t. XI-I, enero-marzo 1958, pp. 156-157. Si bien existen trabajos doctrinales más recientes, citamos éste por ser más detallado.

d) Teoría de la recepción (*Empfangstheorie*), que entiende que el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al ámbito del oferente (oficina, domicilio...), habiéndose ya despojado el aceptante totalmente de ella, y el primero tiene posibilidad de conocerla, prescindiéndose de si la conoce o no efectivamente.

Además, han sido propugnadas una serie de teorías minoritarias, que proponen soluciones aisladas en función de los tipos de contratos u otras consideraciones, como las de Windscheid, Köppen, Pescatore, Giorgi⁽¹³⁾ y otros.

En el Derecho español se entendía por la doctrina que el artículo 1.262.II CC (en su redacción originaria), si bien era una norma de Derecho dispositivo, de modo que podría modificarse por voluntad del oferente o acuerdo de las partes⁽¹⁴⁾, y también habrían de tenerse en cuenta los usos del tráfico, adoptaba literalmente la teoría de la cognición⁽¹⁵⁾, al señalar que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento». Sin embargo, dados los graves inconvenientes de tal sistema, la doctrina tendía generalmente a dar interpretaciones al precepto desde la luz de la teoría de la recepción⁽¹⁶⁾, identificando la posibilidad de conocimiento con el conocimiento efectivo cuando éste no se había producido por causas imputables a negligencia del oferente⁽¹⁷⁾, frente a otras soluciones mi-

(13) Para un más detallado análisis de estas teorías minoritarias, *vid.* ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pp. 162-166.

(14) *Cfr.* GÓMEZ LAPLAZA, M.^a Carmen: Teorías al artículo 1.262 CC, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, t. XVII, Vol. 1.º B, EDERSA, Madrid, 1993, p. 131.

(15) Así se reconoce, por ej., por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1989. Por el contrario, Xavier O'CALLAGHAN (*Compendio de Derecho civil*, t. II, Vol. 1, EDERSA, Madrid, 1987, p. 227) entiende —es el único autor que lo hace— que «la teoría que sigue el Código es la de la recepción», y no —como veremos que hace la mayoría de la doctrina— la de la cognición, pero que había de corregirse con la de la recepción.

(16) En cambio, otros autores defendían una lectura literal del CC, como Felipe CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, ed. revis. y puesta al día por Alfonso de Cossío y Antonio GULLÓN, t. II, Madrid, 1959, p. 118) y José M.^a MANRESA y NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, t. VIII-2.º, 6.ª ed., revis. por Miguel MORENO MOCHOLÍ, Ed. Reus, Madrid, 1967, p. 517). También entendía que la procedente en el ámbito civil era la tesis de la cognición Carlos BARRIUSO RUIZ (*Derecho de la contratación electrónica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1998, p. 133).

(17) En tal sentido, entre otros, ALBALADEJO, Manuel: *El negocio jurídico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 96; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, t. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 309; COCA PAYERAS, Miguel: Comentario al artículo 1.262, *Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 453; DíEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, 5.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 321-323; DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, 7.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1995, p. 72; GALLART CASES, Ricardo: «El momento de la perfección del contrato entre ausentes», *RJC*, 1960, p. 298; GÓMEZ LAPLAZA: Comentario al artículo 1.262 CC, *op. cit.*, p. 138; ILLESCAS: *Derecho de la contratación electrónica*, *op. cit.*, pp. 258-259; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *Estudios en homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 404-405 (también en *La Ley*, t. 1989-2, pp. 1.135 ss.; y en *Centenario...*, *op. cit.*, t. II, pp. 1082-1084); LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, t. III, 6.ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 2001, p. 92 (que señala que el CC «no habla de que el oferente quede vinculado «desde que tuvo conocimiento» de la aceptación [teoría de la cognición], sino «desde que (ésta) llegó a su conocimiento» [teoría de la recepción]); los corchetes son nuestros); PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José: Anotaciones al *Derecho civil (Parte general)* de Ludwig ENNECCERUS, t. I del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, Vol. 2.º, 1.ª Parte, revis. por Hans Carl NIPPERDEY, 3.ª ed., al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y M.^a Carmen GETE-ALONSO, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 241; PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, Vol. I, 3.ª ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 194, y *Compendio de Derecho civil*, Vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1987, pp. 219-220; PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, Vol. 2.º, Madrid, 1946, p. 55, y *Compendio de Derecho civil español*, t. III, 2.ª ed., Pamplona, 1972, p. 475; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La formación del contrato», en *Derecho de obligaciones*, t. II de los *Elementos de Derecho civil* de José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, Vol. I, 3.ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 398; ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, pp. 171-172; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Ed. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1889, p. 544; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4.ª ed., Tip. Cuesta, Valladolid, 1937, p. 245. Igualmente parece adoptar tal posición CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 16.ª ed., revis. y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO, Ed. Reus, Madrid, 1992, pp. 720-721.

noritarias⁽¹⁸⁾, y en ese sentido parece pronunciarse también cierta jurisprudencia⁽¹⁹⁾. Tal solución es asimismo adoptada por algunos Códigos extranjeros⁽²⁰⁾.

Por el contrario, el artículo 54 CCom original se inclinaba por la teoría de la emisión⁽²¹⁾ —pese a que su antecedente, el CCom de 1829⁽²²⁾, claramente adoptaba el sistema de la expedición⁽²³⁾—, al afirmar que «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fue modificada».

Tal diversidad de soluciones normativas —tal vez sólo explicable por la mayor antigüedad del CCom frente al CC⁽²⁴⁾— no estaba justificada, y así se postularon soluciones unificadoras, como la utilización general de la solución del CCom, afirmando «que es la más apropiada para toda clase de contratación, dadas las condiciones económicas de la vida moderna»⁽²⁵⁾ y que adop-

(18) Así, por ej., GALLART (en «El momento...», *op. cit.*, pp. 297 ss.), quien aboga por la aplicación plena de la teoría de la cognición pero atenuada por una —a nuestro entender— forzada interpretación de la doctrina del abuso de derecho: «si el proponente no toma conocimiento de la aceptación tan pronto la reciba, abusa [...] de su derecho».

(19) SSTs de 26 de mayo de 1976 y 29 de septiembre de 1981, que admiten la perfección del contrato cuando el oferente dio un número de calle equivocado como domicilio o cuando su ausencia hace materialmente imposible la práctica de una notificación notarial. En contra, la STS de 3 de mayo de 1978 aplica plenamente la teoría del conocimiento.

(20) Así, en el CC italiano de 1942, mientras que el artículo 1.326.1 señala que «el contrato se concluye en el momento en que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte», el artículo 1.335 precisa que «la aceptación se presume conocida en el momento en que llega a la dirección del destinatario, si éste no prueba haberse encontrado, sin culpa suya, en la imposibilidad de tener noticia de ella».

Por su parte, el CC portugués afirma:

«artículo 224.— Eficacia de la declaración negocial:

1. La declaración negocial que tiene un destinatario deviene eficaz tan pronto como llega a su poder o es conocida por él (...).
2. Asimismo, ha de considerarse eficaz la declaración que, por culpa exclusiva del destinatario, no fue oportunamente recibida por el mismo.
3. La declaración recibida por el destinatario en condiciones tales que, sin mediar culpa por su parte, no pudiera ser conocida, es ineficaz».

(21) Vid. ALBALADEJO: *Derecho civil*, t. II, Vol. 1.º, 10.ª ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 396; BENITO, Lorenzo: Estudio sobre la legislación española, apéndice del *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil* de Agustín [Agostino] RAMELLA, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1897, p. 590; BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 396-397; GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. III, Vol. 1.º, Madrid, 1964, p. 57; GUARDIOLA SACARRERA, Enrique: *La compraventa internacional*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pp. 49-50; ILLESCAS: *Derecho de la contratación electrónica*, *op. cit.*, p. 258; SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. II, 18.ª ed., EDERSA, Madrid, 1995, pp. 143-144; URJA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*, 22.ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 532; y SSTs como la de 3 de mayo de 1978. En contra, ROVIRA y PALOMAR («Problemas...», *op. cit.*, p. 173) se inclinan, con PUIG BRUTAU (*Fundamentos... op. cit.*, p. 193; y *Compendio... op. cit.*, p. 219), por estimar que el precepto seguía la teoría de la expedición o remisión, e igualmente COCA («Comentario...», *op. cit.*, p. 452); GÓMEZ LAPLAZA («Comentario...», *op. cit.*, p. 129) y LASARTE: *Principios... op. cit.*, p. 93. BERCOVITZ («Codificación civil...», *op. cit.*, pp. 308-309; las cursivas son nuestras) considera que «el artículo 54 reproduce, de forma sucinta, el contenido del artículo 243 del Código civil [sic] de 1829» y «recoge la teoría de la expedición y no la de la mera emisión de la voluntad de aceptación». Díez-PICAZO (*Fundamentos... op. cit.*, p. 321), sin pronunciarse, se limita a señalar que «la doctrina dominante entre los mercantilistas se inclina por interpretar dicho texto desde el punto de vista de la teoría de la emisión». PÉREZ y ALGUER (Anotaciones..., *op. cit.*, p. 240), por su parte, entienden que adopta un sistema de «exteriorización», híbrido entre los de emisión y expedición, que considera el contrato perfeccionado cuando la aceptación se exterioriza con el fin de enviarla, extendiéndola, por ej., por escrito.

(22) El artículo 243 CCom. de 1829 establecía literalmente que:

«En las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta espida la carta de contestación aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva; y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, á menos que al hacerla no se hubiese comprometido á esperar contestación, y á no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, ó hasta que hubiere transcurrido un término determinado.

Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condición».

(23) Cfr. BENITO, LORENZO: Estudio..., *op. cit.*, p. 590; ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, p. 173.

(24) De tal opinión es Díez-PICAZO: *Fundamentos... op. cit.*, p. 321.

(25) BENITO: Estudio..., *op. cit.*, p. 591.

ta el criterio «más racional que puede haber entre los varios que pueden escogerse en esta materia, y muy superior, por consiguiente, al del Código civil»⁽²⁶⁾. Sin embargo, también se intentó basar la dualidad de soluciones normativas en el hecho de que el CCom, atendiendo a las exigencias del tráfico mercantil, tiene el deseo de acelerar en todo lo posible la perfección o conclusión del contrato, afirmando que «si a los comerciantes les interesa no perder tiempo, a los que no lo son les interesa, por el contrario, dar tiempo al tiempo»⁽²⁷⁾, y que «parece aconsejable regular la materia de la contratación *inter absentes* en un sentido que tienda a facilitar hasta el máximo la contratación mercantil, donde las exigencias del tráfico han de triunfar sobre el principio de la seguridad jurídica, y, en cambio, establecer mayores garantías en el ámbito de la contratación civil, donde el problema se presentará con menor frecuencia y donde deberá velarse principalmente por la seguridad de las relaciones jurídicas»⁽²⁸⁾.

Sin embargo, tal divergencia de soluciones era muy criticable, pues provocaba que según calificásemos un contrato como civil o mercantil, hubiera grandes diferencias en el momento de perfección del mismo, de modo que podía darse la situación de que ante dos contratos idénticos—uno civil y otro mercantil—en las mismas circunstancias, un contrato esté ya perfeccionado y el otro no, cuando en la actualidad ya no se puede seguir manteniendo que el ámbito mercantil debe renunciar a la seguridad jurídica en aras de una mayor rapidez ni el civil a la rapidez en favor de la seguridad, máxime si tenemos en cuenta la actual rapidez de los medios de comunicación, empleados por todos, comerciantes o no, que iguala en la práctica las relaciones negociales civiles y mercantiles en cuanto a agilidad y fluidez, y que la seguridad jurídica es un principio irrenunciable de naturaleza constitucional⁽²⁹⁾ que ha de inspirar el ordenamiento jurídico en los dos ámbitos. Los tráficos jurídicos y económicos mercantil y civil tienen en este aspecto características comunes, de modo que pueden considerarse integrantes de un tráfico general, común a ambos ámbitos, para el cual sería preferible una solución normativa única. En ese sentido, Bercovitz⁽³⁰⁾, tras criticar la diferencia de soluciones normativas, señalaba que, tal como sucede en Suiza, Alemania, Portugal e Italia, los problemas que los Códigos Civil y de Comercio deberían regular con uno u otro criterio son principalmente los de la tempestividad y eficacia de la revocación de la oferta.

Dada esta situación, la Ley ha incluido finalmente en los Códigos Civil y de Comercio—como hemos dicho antes—una regulación única civil y mercantil de los contratos realizados a distancia. El legislador, ante las cuatro posibilidades que se le abrían, según se otorgara relevancia a un momento u otro del *iter* formativo —a las que antes hemos hecho referencia—, ha optado por aplicar la solución seguida por el Código Civil tal como era interpretado por la doctrina; es decir, la tesis de la cognición o del conocimiento («desde que el oferente conoce la aceptación») pero corregida con la de la recepción («o, una vez remitida por el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe»).

En cuanto a los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos —novedad introducida en ambos Códigos por la Ley—, dado que la voluntad de una de las partes es emitida «automatizadamente» y que generalmente esa parte es el oferente, se opta por la tesis de la simple emisión, disponiéndose que «habrá consentimiento desde que se manifiesta la aceptación».

⁽²⁶⁾ BENITO: *Las Bases del Derecho Mercantil*, Manuales Soler, Sucesores de Manuel Soler Editores, Barcelona, s. f. (ca. 1909), p. 136.

⁽²⁷⁾ BENITO: *Las Bases...*, *op. cit.*, p. 136.

⁽²⁸⁾ ROVIRA y PALOMAR: «Problemas...», *op. cit.*, p. 174.

⁽²⁹⁾ Consagrado por el artículo 9.3 CE.

⁽³⁰⁾ BERCOVITZ: «La codificación...», *op. cit.*, pp. 310-311.

Respecto del lugar, sigue manteniéndose la presunción *iuris tantum* de que el contrato entre personas distantes se ha celebrado en donde se realizó la oferta, pese a que puede provocar algunos inconvenientes ⁽³¹⁾.

Por otra parte, como ya hemos tenido ocasión de señalar, se establece una norma especial en la Ley en lo relativo al lugar de celebración de los contratos que se hayan realizado por vía electrónica: si interviene como parte un consumidor, se presume como lugar de celebración el de su residencia habitual; y si se celebraran entre empresarios o profesionales, el del establecimiento del prestador de servicios, en defecto de pacto entre las partes. Con ello se prescindía del criterio tradicional de conjunción de oferta y aceptación para atender a otro género de consideraciones: la protección del consumidor o, en defecto de pacto específico, el lugar donde radique la parte que realiza la «prestación característica» del contrato, es decir, la prestación del servicio ⁽³²⁾. Para el resto de contratos a distancia, celebrados por medios no electrónicos, la nueva redacción de los preceptos civil y mercantil no modifica el criterio de presumirlos celebrados en el lugar de la oferta, ya existente en el CC y que ahora se extiende al CCom., que con anterioridad no se pronunciaba sobre esta cuestión.

7. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La Ley contempla tanto una vía judicial como una extrajudicial para la resolución de los conflictos que puedan plantearse en torno a las cuestiones objeto de regulación por la misma.

En cuanto a la solución judicial, la Ley contempla una acción de cesación, con una muy amplia legitimación, contra las conductas contrarias a la misma que lesionen intereses colectivos o difusos de los consumidores, haciendo aplicación de lo previsto al respecto en la Directiva de comercio electrónico y en la Directiva 98/27/CE, que regula con carácter general las acciones de cesación para la protección de los intereses de los consumidores. Dicha acción se dirige a la obtención, a través de un procedimiento judicial sumario, de una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta ilícita y a prohibir su reiteración, o sólo esto último si ya hubiera cesado la conducta pero cabe temer una reiteración inminente.

Asimismo se contempla la posibilidad de que prestador y destinatario de los servicios sometan sus conflictos a arbitraje de consumo y a los otros procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos que puedan instaurar los códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación, para los que podrán utilizarse medios electrónicos.

8. DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE ORDEN COMPLEMENTARIO

Finalmente, la Ley contiene una serie de disposiciones administrativas de carácter complementario.

⁽³¹⁾ Para un estudio algo más detallado de esta cuestión, nos permitimos una remisión a nuestro artículo «La contratación...», *op. cit.*, pp. 90-95, en especial 92-93.

⁽³²⁾ En consonancia con lo que ya estaba previsto en el ámbito internacional comunitario respecto del Derecho aplicable por los artículos 5 y 4, respectivamente, del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980; o de la competencia judicial, por los artículos 13-14 y 5.1, respectivamente, del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, y del Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988 (los preceptos de estos dos últimos convenios tienen la misma numeración).

En primer lugar, se contienen unas previsiones respecto de la información y control por parte de las Administraciones públicas. Así, se prevé la posibilidad de que los destinatarios y prestadores de servicios se dirijan a diferentes Ministerios (Ciencia y Tecnología, Justicia, Economía, y Sanidad y Consumo) y órganos administrativos autonómicos y locales para obtener información práctica sobre distintos aspectos relacionados con las materias objeto de la Ley.

Se establece un deber de comunicación al Ministerio de Justicia, por parte del Consejo General del Poder Judicial y de los responsables de los procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos, de las resoluciones judiciales y laudos y decisiones, respectivamente, que sean relevantes sobre la validez y eficacia de los contratos electrónicos, su utilización como prueba en juicio o los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad de los destinatarios y prestadores de servicios. El Ministerio remitirá esta información a la Comisión europea y facilitará el acceso de cualquier interesado a la misma.

Por otra parte, se insta un régimen de control del cumplimiento de la Ley por parte de los prestadores de servicios, a cargo del Ministerio de Ciencia y Tecnología, salvo determinados aspectos, que quedan reservados a las autoridades judiciales o administrativas que resulten competentes.

Finalmente, se establece un deber de colaboración de los prestadores de servicios con el Ministerio de Ciencia y Tecnología, facilitando información y colaboración, y el acceso a instalaciones y consulta de documentación por parte de sus agentes. Con ello se complementa el deber de colaboración de los prestadores de servicios en la ejecución de resoluciones de los órganos competentes, al que ya hicimos referencia anteriormente.

Asimismo, se establece un régimen sancionador dirigido a disuadir a los prestadores de servicios del incumplimiento de lo dispuesto en la Ley. En tal sentido, se contemplan infracciones leves, graves y muy graves, sancionadas respectivamente con multa de hasta 30.000 euros, de 30.001 a 150.000 euros, y de 150.001 a 600.000 euros ⁽³³⁾ (y prohibición de actuación en España hasta dos años, en caso de reiteración de dos o más infracciones muy graves sancionadas con carácter firme en el plazo de tres años), cuantías que serán graduadas conforme a los criterios previstos en la Ley; además, en el caso de infracciones graves y muy graves cabe imponer la publicación de la resolución sancionadora a costa del sancionado. En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves podrán asimismo adoptarse medidas de carácter temporal, pudiendo imponerse multas coercitivas de hasta 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplirlas.

También se contempla en la Ley una serie de previsiones orientadas a hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a la suministrada por las Administraciones públicas, en el sentido indicado por la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002, sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido.

Igualmente, se establecen en la Ley cuáles han de ser los principios inspiradores del sistema de asignación de nombres de dominio bajo el código de país de España («.es»), en una Disposición Adicional introducida en el Senado que se dirige a permitir una rápida aprobación del Plan Nacional de Nombre de Dominio de Internet, y una de cuyas principales novedades

⁽³³⁾ Se atenúan así, respecto de la previsión del Proyecto, las multas correspondientes a las infracciones leves y graves, y desaparece su límite mínimo. El artículo 46 del Anteproyecto (versión del 30-4-2001) contemplaba unas multas de 3.000 a 90.000 euros (infracciones leves), 90.001 a 300.000 euros (graves), y 300.001 a 600.000 euros (muy graves).

es la previsión de que se puedan crear espacios diferenciados bajo el «.es» en función de los contenidos que alberguen, generándose así nombre de dominio de tercer nivel ⁽³⁴⁾.

Finalmente, se introducen diversas modificaciones en la Ley General de Telecomunicaciones en lo referente a Internet.

9. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *El negocio jurídico*. Editorial Bosch. Barcelona, 1958.
— *Derecho civil*. Tomo II, Vol. 1.º 10.ª edición J. M. Bosch Editor. Barcelona, 1997.
- BARRIUSO RUIZ, Carlos: *Derecho de la contratación electrónica*. Editorial Dykinson. Madrid, 1998 (existe una 2.ª edición, de 2002).
- BENITO, LORENZO: Estudio sobre la legislación española, apéndice del *Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil* de Agustín [Agostino] RAMELLA. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Hijos de Reus Editores. Madrid, 1897.
— *Las Bases del Derecho Mercantil*, Manuales Soler, Sucesores de Manuel Soler Editores, Barcelona, s. f. (ca. 1909).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del Derecho de obligaciones», *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 287-323.
- BROSETA PONT, Manuel: *Manual de Derecho Mercantil*. 8.ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1990.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. Tomo III. 16.ª edición, revisada y puesta al día por Gabriel GARCÍA CANTERO. Editorial Reus. Madrid, 1992.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Instituciones de Derecho civil español*, edición revisada y puesta al día por Alfonso de COSSÍO y Antonio GULLÓN. Tomo II. Madrid, 1959.
- COCA PAYERAS, Miguel: Comentario al artículo 1.262, *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 446-454.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Tomo I. 5.ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*. Vol. II. 7.ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1995.
- GALLART CASES, Ricardo: «El momento de la perfección del contrato entre ausentes», *RJC*, 1960, págs. 290-300.
- GARRIGUES, Joaquín: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III, Vol. 1.º Madrid, 1964.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen: Comentario al artículo 1.262 CC, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirs. por Manuel ALBALADEJO, Tomo XVII, Vol. 1.º B, Ederesa, Madrid, 1993, págs. 48-154.
- GUARDIOLA SACARRERA, Enrique: *La compraventa internacional*. Editorial Bosch. Barcelona, 1994.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: *Derecho de la contratación electrónica*. Editorial Civitas. Madrid, 2001.

⁽³⁴⁾ Es decir, ya no se trataría de «www.ejemplo.es», sino de «www.ejemplo.edu.es», introduciendo una terminación identificativa del contenido entre la denominación propia del servidor y el código «.es» (en nuestro ejemplo, «.edu», que identificaría el nombre de dominio de una entidad educativa). Esta doble terminación del nombre de dominio (actividad y país) ya es común en otros países, por ej. el Reino Unido, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia o México.

- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La contratación por medio del fax», *Boletín de la Facultad de Derecho UNED*, núm. 13, 1998, págs. 75-106.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *Estudios en homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, págs. 395-422. También en *La Ley*, Tomo 1989-2, págs. 1.135 ss.; y en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, págs. 1071-1103.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil*, Tomo III, 6.^a edición, Editorial Trivium, Madrid, 2001.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.^a: *Comentarios al Código civil español*. Tomo VIII-2.^o. 6.^a edición, revis. por Miguel MORENO MOCHOLÍ. Editorial Reus. Madrid, 1967.
- O'CALLAGHAN, Xavièr: *Compendio de Derecho civil*. Tomo II, Vol. 1. Edersa. Madrid, 1987.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José: Anotaciones al *Derecho civil (Parte general)* de Ludwig ENNECCERUS, Tomo I del *Tratado de Derecho civil* de Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martin WOLFF, Vol. 2.^o, 1.^a Parte, revisada por Hans Carl NIPPERDEY, 3.^a edición, al cuidado de A. HERNÁNDEZ MORENO y M.^a Carmen GETE-ALONSO, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo II, Vol. I. 3.^a edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1988.
- *Compendio de Derecho civil*. Vol. II. Editorial Bosch. Barcelona, 1987.
- PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV, Vol. 2.^o. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.
- *Compendio de Derecho civil español*. Tomo III. 2.^a edición. Pamplona, 1972.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «La formación del contrato», en *Derecho de obligaciones*, Tomo II de los *Elementos de Derecho civil* de José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA, Vol. I, 3.^a edición, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, págs. 395-402.
- ROVIRA MOLA, Alberto de y PALOMAR BARÓ, Alberto: «Problemas de la contratación entre personas distantes», *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XI-I, enero-marzo 1958, págs. 147-223.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones de Derecho Mercantil*. Tomo II. 18.^a edición. Ederesa, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*. Tomo IV. 2.^a edición. Editorial Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1889.
- URÍA, Rodrigo: *Derecho Mercantil*. 22.^a edición. Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995.
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto: *Tratado de Derecho civil español*. Tomo III. 4.^a edición. Tip. Cuesta. Valladolid, 1937.