

Comercio y Contratación Electrónica

ANDRÉS RECALDE CASTELLS

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad Jaume I Castellón.

I. Concepto de comercio electrónico y sectores en los que se ha extendido.

1. En un sentido lato por comercio electrónico entendemos los contratos en los que las declaraciones de voluntad negociales se emiten por medios electrónicos, aunque el cumplimiento de las obligaciones se produce a través de los tradicionales canales (comercio electrónico indirecto)¹. Este es el concepto sobre el que se va a desarrollar nuestra intervención en estas jornadas.

■ ¹ Algunos autores entiende que el medio de la transmisión no es lo relevante, sino la forma en que se expresan las declaraciones y, por ello, se propone el término "comercio digital" poniéndose de relieve que el contenido de las declaraciones no consta en letras sino en procesos digitales reflejados en los unos y ceros del código binario (MASSE, "Economic modelling and risk management in public key infrastructure. The business case for a broadly-based highly scalable public key infrastructure", April 15, 1997, <http://www.Chait-Amayot.ca> cit. en MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico, Firma digital y autoridades de certificación*, Madrid 1998, 26 nt. 3, la cita se realiza de segunda mano, por no haber podido hallar la dirección de internet).

Sin embargo, puede concebirse un concepto aún más estricto en el que no sólo el pedido de los bienes o servicios que constituyen el objeto del contrato, sino también el cumplimiento de las obligaciones por las partes (entrega, pago) se realiza por medios electrónicos (comercio directo). Este supuesto se puede producir cuando el objeto del contrato lo constituye la misma "información" u otros bienes inmateriales con un valor económico (v. gr. *software*, envío de un gráfico, consulta de una base de datos, etc.). Pero también el valor económico representado por el dinero o los valores mobiliarios puede desplazarse por procedimientos electrónicos. En ambos casos, una peculiar ficción jurídica había permitido "corporeizar" derechos patrimoniales (en esto se resume la clásica afirmación de la "incorporación del derecho en el papel"). No obstante en los últimos tiempos se produce un proceso inverso de desmaterialización y de abandono del soporte material (dinero escriturario, anotaciones en cuenta); en la medida en que la titularidad y consistencia de estos derechos depende de los datos de un registro informático, nada obsta a que por procedimientos electrónicos se ejecute el cumplimiento de la obligación de pagar o de entregar en los contratos en los que surgen la obligación de satisfacer una cantidad o cuyo objeto lo constituyen los valores mobiliarios.

2. Las primeras manifestaciones de comercio electrónico aparecen en la década de los 80 con ocasión de la realización de transacciones comerciales mediante determinados lenguajes formalizados a través de los cuales las partes emiten sus declaraciones de voluntad (orden de compra, venta, pago), que es lo que se conoce como *Electronic Data Interchange* (EDI). Surgen en el seno de comunidades sectoriales que operan en redes cerradas a las que se accede mediante autorización. Ello supone que las empresas que participan en estas redes se reconocen mutuamente una amplia confianza y pactan con carácter previo las "formas" que adoptarán en la expresión de los lenguajes telemáticos². Ejemplos de estos procesos los tenemos en el sector bancario a través de la creación de *Swift* (*Society for Worldwide Interbank Financial*

■ ² Para diferentes modelos de contratos entre empresas sobre comunicación EDI vid MADRID PARRA, "Contratación electrónica", *Estudios Homenaje Menéndez*, III, Madrid 1996, 2911, 2947 y s.

Telecommunications)³; también cabe citar el intento realizado en el año 1983 entre INTERTANKO y el *Chase Manhattan Bank* para las transacciones sobre conocimientos de embarque electrónicos en el sector del tráfico de crudos⁴. De hecho es en el sector del transporte y, especialmente, del comercio realizado a través de los documentos del transporte donde el desarrollo del comercio electrónico ha adquirido un especial auge⁵. En atención a esta circunstancia las convenciones internacionales aplicables a las

- ³ SWIFT es una cooperativa sin ánimo de lucro constituida por las entidades de crédito y sometida al Derecho belga, cuyo objeto consiste en servir de intermediaria en la transmisión de informaciones entre las entidades afiliadas. En la actualidad la inmensa mayoría de las entidades de crédito del mundo desarrollado utilizan los servicios de SWIFT. Indicaba KOZOLCHYK ("The Paperless Letter of Credit and Related Documents of Title", 55 *L.&C.P.*, 1992, 42) que en una entrevista con entidades de crédito de su país se calculaba que, en precios de 1980, el coste de enviar una carta de crédito esta vía podía reducirse en una cantidad entre 25 \$ a 50 centavos. Sobre SWIFT en nuestro país también KOZOLCHYK, "Cartas de crédito electrónicas", *Derecho de los Negocios*, 1992, nº 22/23, 5 y ss.; y *Estudios Homenaje a Verdera*, Madrid 1994 (este trabajo reproduce la primera parte del publicado en 55 *L.&C.P.*, 1992); CISNAL DE UGARTE, "Las transacciones financieras bancarias en el ámbito internacional: SWIFT", *Derecho de los Negocios*, nº 24, 1992, 11 y ss.); RECALDE, "Cuestiones en materia de electrónica y documentación en los créditos documentarios", *RDM*, 1995, nº 215, 7 y ss.
- ⁴ RECALDE, "La documentación del transporte marítimo, con especial referencia al conocimiento de embarque", en AAVV, *La reforma del Derecho marítimo*, Bilbao 1995, 181 y ss. *Vid* también allí las referencias a las Reglas sobre conocimientos de embarque electrónicos elaborados por el Comité Marítimo Internacional en 1990.
- ⁵ Cabe destacar igualmente el Proyecto Bolero que ofrece servicios para un tráfico seguro de conocimientos de embarque por medios electrónicos. Se trata de una empresa que presta sus servicios desde 1992 y que es propiedad a partes iguales de SWIFT (*supra* nota 3) y del *Through Transport Club*, una mutua de seguros en la que participan porteadores, transitarios, Empresas de Terminales de Transporte y autoridades públicas portuarias. En todo caso sigue tratándose de un sistema cerrado en el que los mensajes son encriptados y transmitidos a "Bolero" que se ocupa de remitirlos mediante procedimientos seguros al destinatario. Los usuarios del servicio concluyen en los términos del *Rule Book* redactado por la empresa y en el que se incluyen una expresa mención a la aceptación por las partes de que las transacciones sobre mercancías embarcadas por este conducto producirán los mismos efectos que la que se efectuara a través de un título-valor. Las transacciones se efectúan por medio de una sucesiva transmisión de mensajes al organismo central encargado de la gestión del sistema, en lo que coincide básicamente con el modelo del Comité Marítimo Internacional (nota anterior). Sobre el Proyecto Bolero *vid* el documento elaborado por el Secretariado de UNCTAD, *Electronic commerce: legal considerations*", 15-V-1998, 15 y ss. (agradezco al prof. José Luis Gabaldón su remisión) y www.boleroltd.com.

diversas modalidades de transporte vienen admitiendo la creación de documentos por procedimientos electrónicos⁶.

Sin embargo, Internet ha ofrecido nuevas posibilidades más ágiles, baratas y rápidas para comerciar electrónicamente, por un lado, a través del almacenamiento y reenvío de mensajes (correo electrónico) y, por otro, a través de transacciones electrónicas interactivas (*on-line*)⁷. Su mayor virtud, aunque también su principal riesgo, radica en que se trata de una red abierta a la que puede acceder cualquier persona, que se pone en contacto con otros sujetos sin necesidad de acuerdos bilaterales y formalizados entre las partes. Esta circunstancia justifica la necesidad de establecer mecanismos de seguridad. En realidad todos los avances en orden a la regulación del comercio electrónico provienen precisamente de la expansión en los últimos tiempos de Internet.

3. En las diversas formas de contratación por procedimientos electrónicos que se han expuesto surgen múltiples cuestiones de orden jurídico que deberían ser tenidas en cuenta y adecuadamente resueltas. Entre otras cabría mencionar las siguientes:

- ⁶ *Vid* referencias en RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, Madrid 1992, 404 nt. 787; en detalle para el CMR BASEDOW, *Münchener Kommentar HGB Bd. 7 Transportrecht*, München 1997, 858 y 933 y s.
- ⁷ Tampoco cabe desdeñar la virtualidad de Internet en la realización de otros actos jurídicos, como, p., ej., la celebración de la Junta general de sociedades multinacionales cuyos socios se encuentran en países distantes entre sí o, al menos, la difusión de la Junta general que se celebra con arreglo a los parámetros tradicionales (NOACK, "Hauptversammlung und Neue Medien", *BB*, 1998, 2533 y ss., esp. ; y el apunte de ALONSO LEDESMA, "El papel de la Junta general en el gobierno corporativo", en Esteban Velasco coord., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid 1999, 653). Si se pretende una participación activa del accionista, y no meramente una "asistencia" pasiva a través de la terminal de su ordenador, será necesario establecer mecanismos de seguridad que acrediten de forma auténtica que quien accede a la junta a través de su ordenador es realmente el legitimado al ejercicio de los derechos del socio. Estos mecanismos pueden solventar los problemas de ejercicio del derecho de voto; más complicado es resolver las cuestiones relativas al derecho de voz. Cuando la Junta general se celebra con la asistencia de un notario (art. 114 LSA), en la medida en que este participa en la elaboración de la lista de asistentes (art. 102 RRM) y da fe pública de todo lo que en ella acontece, resulta mucho más difícil la realización de la Junta general por Internet, salvo que se cuente con un notario al lado de cada "asistente".

a. Validez y eficacia de las transacciones electrónicas. Un primer problema se suscita cuando la ley exige el cumplimiento de determinadas formalidades. Relacionada con esta cuestión se encuentra la normativa sobre contratos concluidos mediante condiciones generales y sobre tutela de los consumidores y usuarios.

b. Responsabilidad civil por el mal funcionamiento de los sistemas electrónicos de transmisión de la información. Se trata, fundamentalmente, de verificar si las empresas que dan cauce a la transmisión de los mensajes son o no responsables de las infracciones de las normas aplicables a las transacciones imputables a quienes ofrecen sus productos o prestan sus servicios por vía electrónica.

c. Momento y lugar de la perfección del contrato, lo cual suscita a su vez cuestiones previas sobre la naturaleza del contrato (civil o mercantil, si una de las partes es consumidor, si se trata de un contrato sometido a algún tipo de reglamentación internacional), dado que tales circunstancias pueden incidir en el régimen aplicable.

d. Prueba. Quizá la cuestión que mayor interés ha suscitado es la referida a la prueba de las declaraciones emitidas por vía electrónica y a la equiparabilidad de los mensajes incluidos en soportes electrónicos respecto de los documentos escritos, planteándose la necesidad de establecer mecanismos técnicos y jurídicos dirigidos a acreditar la autenticidad e integridad de los mensajes.

e. Cumplimiento de las obligaciones por medios electrónicos. Esta cuestión afecta fundamentalmente a la garantía de integridad y exactitud en el cumplimiento de las obligaciones de pago a través de transferencias electrónicas de fondos, aunque también, en el caso de los bienes patrimoniales desmaterializados (derechos intelectuales, valores mobiliarios anotados en cuenta, etc.), a la obligación de "entrega" de estos bienes. Las trasferencias de fondos pueden ser efectuadas por las mismas entidades financieras –el régimen tradicional del contrato de transferencia no se ve seriamente modificado en este ámbito-, o por los

medios de pago a distancia (tarjetas de crédito o de débito, así como las tarjetas monedero) y servicios de telebanca ("banca en casa"), que responden a peculiares contratos de prestación de servicios (y, eventualmente, de crédito)⁸. Con relación a la transmisión de los derechos inmateriales es importante garantizar la "exclusividad" en la posición del adquirente que caracteriza una titularidad plena.

f. Cuestiones de Derecho internacional privado. En la medida en que los contratos suelen concluirse en un ámbito internacional, surgen igualmente múltiples problemas relativos a la determinación del Derecho aplicable y a la jurisdicción competente.

Todas las cuestiones apuntadas plantean, sin duda, un interés indiscutible, pero por razones de "economía" (distribución de recursos escasos, lo que debe venir referido al tiempo del que disponemos para exponer la ponencia que nos ha sido encomendada, pero también a los conocimientos de este ponente), trataremos de limitar nuestra atención a algunas de ellas. En todo caso, sí quiero advertir que los medios electrónicos son, sin duda, novedosos y plantean algunas cuestiones nuevas; pero los conceptos y categorías jurídicas tradicionales siguen siendo útiles para resolver la mayor parte de las cuestiones⁹. A pesar de la innovación tecnológica que conlleva la electrónica, *nihil novum sub sole*. El Derecho privado del siglo XIX gozaba de notas (generalidad, abstracción) que en buena medida permitían -y siguen permitiendo- su adaptación al cambio de los tiempos. En contra de lo que pudiera pensarse, la vorágine legiferadora de la actualidad, excesivamente preocupada por resolver el problema concreto, va a menudo en detrimento de una respuesta adecuada a las nuevas exigencias y, sobre todo, puede perjudicar la seguridad jurídica y la predecibilidad de la solución. Estas observaciones, un tanto "profesorales", pretenden advertir sobre la necesidad de ser precavidos a la hora de enfrentarse a las reformas legislativas, tal como reclaman los informáticos, menos avezados en el

■ ⁸ AZOFRA VEGAS, "La contratación electrónica bancaria", *RDBB* nº 68, 1997, 1065 y ss.; ÁLVAREZ CIENFUEGOS, "Banca electrónica", *La Ley*, 1997-2; RAMOS HERRANZ, "Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico", en *Contratos mercantiles especiales. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997, 417 y ss.

■ ⁹ Ver, no obstante, MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 30.

conocimiento del Derecho que en su ciencia¹⁰. Pero antes de entrar en el análisis jurídico de las cuestiones que serán consideradas en este trabajo es repasar brevemente algunas experiencias legislativas comparadas.

II. Experiencias legislativas.

Las iniciativas legislativas que hasta el momento han regulado la contratación electrónica -Italia (1997¹¹), Alemania (1997¹²), EEUU¹³- presuponen la necesidad de reformas legislativas con el fin de que el Derecho garantice la integridad y autenticidad de los mensajes que incorporan la declaración de voluntad y de que se impida el autor de la referida declaración el rechazo de los mensajes electrónicos que hubiera emitido¹⁴.

- ¹⁰ En este mismo sentido VATTIER FUENZALIDA, "En torno a los contratos electrónicos", *RGLJ*, III época, nº 1, 1999, 75.
- ¹¹ Decreto núm. 513 de 10 de noviembre de 1997.
- ¹² La *Gesetz zur digitalen Signatur (Signaturgesetz)* es una ley técnico-administrativa que no entra en la valoración de la equiparabilidad jurídica del documento firmado y del electrónico sino en la determinación procedural de los requisitos para la eventual imputación de una firma electrónica a una persona física (GEIS, "Die digitale Signatur", *NJW*, 1997, 45, 3000 y ss.; ROTT, "Die Auswirkung des Signaturgesetzes aun die rechtliche Behandlung von elektronischen Datenmanagement und Datenaustausch- eine Prognose", *NJW-CoR* 7/98, 420, 425 y ss.). Se pueden hallar referencias a la legislación alemana y a la italiana en JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, "Electronic Signatures. Another step towards a european framework for electronic signatures: The Commission's Directive Proposal", *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 304; y OLIVER LALANA, "La equiparación de los efectos probatorios de los documentos electrónicos y escritos ante la futura regulación de la firma electrónica", *La Ley* 1999-1.
- ¹³ El estado de Utah es pionero en esta materia con una regulación aprobada en 1996; luego, Washington, Georgia y otros seguirían ese modelo. Sin embargo, otros estados adoptarían modelos más flexibles (California, Arizona) o simplemente previeron una regulación sobre la utilización de la firma electrónica con fines específicos (MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 89 y ss.; amplias referencias en torno a las reformas legislativas en los EEUU en materia de firmas electrónicas en <http://www.magnet.state.ma.us/ldt/legal/>). Para los trabajos encaminados a la reforma del article 2.B del *Uniform Commercial Code* vid JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 304).
- ¹⁴ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 49 y ss.

Cabe destacar en este orden la tarea asumida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL/CNUDMI) que ha elaborado una Ley modelo sobre comercio electrónico (51/62) en el Plenario de su 29^a periodo de sesiones celebrado en Nueva York en 1996. En ella se define EDI como toda transmisión electrónica de información de un ordenador a otro, estando la información estructurada conforme a alguna norma técnica convenida al efecto¹⁵. Esta propuesta tiene un objetivo modesto, pues la Ley modelo tan sólo pretende establecer criterios comunes en relación con las firmas digitales y autoridades de certificación. En 1997 (30^o y 31^o periodo de sesiones) se iniciaron los trabajos destinados a elaborar un "Régimen Uniforme para las firmas digitales y las entidades certificadoras": en esta época, aunque se constató la preponderancia que han ido adquiriendo los sistemas criptográficos de clave pública, sin embargo, se adoptó un criterio de neutralidad en cuanto al tipo de firma electrónica. En 1998 (32^o y 33^o periodo de sesiones) UNCITRAL centró sus trabajos en las autoridades de certificación y fundamentalmente en la responsabilidad de estas entidades¹⁶. En 1999 (34^a Periodo de sesiones) se han seguido desarrollando los trabajos de la correspondiente comisión, presentándose un "Proyecto de Régimen Uniforme para las firmas electrónicas" ya de naturaleza legislativa, aunque sigue siendo objeto de discusión la forma que adoptaría el texto definitivo¹⁷

Por otro lado, en el **ámbito europeo** en un primer momento se aprobaron dos Comunicaciones de la Comisión en relación con el comercio electrónico¹⁸ y con las firmas digitales y encriptación¹⁹. Ambas

■ ¹⁵ MADRID PARRA, "EDI (*Electronic Data Interchange*): Estado de la cuestión en UNCITRAL", *RDM*, 207, 1993, 115; id. "Firmas digitales y entidades de certificación a examen en la CNUDMI/UNCITRAL", *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 24, julio de 1997, 1 y ss.; C. GALAN, "Informe de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 25 periodo de sesiones", *RDBB* 47, 1992, 890 y ss.

■ ¹⁶ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 104.

■ ¹⁷ Pueden consultarse estos trabajos en www.uncitral.org.

■ ¹⁸ COM (97), 157.

■ ¹⁹ COM (97), 503. Al respecto JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, "Towards a European Framework for Digital Signatures and Encryption. The European Commission Takes a Step

comunicaciones darían lugar a sendas Propuestas de Directivas. En efecto, la primera Comunicación originó la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior²⁰. Se trata de una Directiva destinada a facilitar el desarrollo del comercio electrónico y a suprimir las barreras que las legislaciones nacionales pueden crear al mercado. La Propuesta expresamente deja a salvo la aplicación de las Directivas comunitarias sobre protección de la salud y de los consumidores en los contratos a distancia²¹ y las relativas a la publicidad comercial y protección de datos personales²². Esta Propuesta de Directiva contiene una normativa muy fragmentaria en la que se incluyen disposiciones sobre el momento de la conclusión del contrato, sobre las empresas prestadoras de servicios o de productos en la sociedad de la información –declarándose expresamente que estas empresas no podrán someterse a supervisión pública-, así como sobre la actividad de los intermediarios cuya intervención es necesaria para la conclusión de contratos electrónicos, y sobre su régimen de

Forward for Confidential and Secure Electronic Transactions", *Computer Law & Security Report*, 14, 1998, 79 y ss.

- ²⁰ DOCE nº C 030 de 5-II-99, 4 y ss.
- ²¹ Directiva 97/7/CE, DOCE L 244, 4-VI-1997; al respecto JUSTE MENCIA, "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)", *Estudios homenaje al prof. Duque*, Valladolid, 1011 y ss., y *La Ley* 1997-6, 1615 y ss.; sobre los contratos a distancia en la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista R. BERCOVITZ, en R. Bercovitz/Leguina, coord., *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid 1997, arts. 38 y ss.; PASQUAU LIAÑO, en Piñar Mañas/Beltrán Sánchez dir., *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid 1997, 297 y ss.; SERNA MEROÑO, en Alonso Espinosa/López Pelliser/Massaguer Fuentes/Reverte Navarro coord., *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid 1999, 55 y ss.
- ²² La Propuesta de Directiva incluye una mención expresa de que sus normas regirán sin perjuicio del respeto a lo establecido en las Directivas 98/43/CE relativas a la publicidad de los productos de tabaco, y a las Directivas 97/7/CE y 97/66/CE relativas al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en las telecomunicaciones en las que se trata del consentimiento del destinatario en determinados casos de comunicación comercial no solicitada que serían plenamente aplicables a los servicios de la sociedad de la información.

responsabilidad²³. Igualmente se promueve la elaboración de códigos de conducta con el objeto de asegurar el cumplimiento de las normas aplicables a estas entidades y la solución extrajudicial de conflictos. La Propuesta de Directiva atribuye a las autoridades del estado en el que tiene su establecimiento el que presta el servicio la competencia para el control de las actividades y de su adecuación a la normativa con los consumidores (art. 19 y ss.). Se parte, por tanto, del principio según el cual el Estado encargado de velar por la satisfacción de los intereses generales y el respeto a las normas jurídicas es el Estado miembro en el que tenga su establecimiento principal el prestador de los servicios ofrecidos por vías electrónicas y no donde está la tecnología que mantiene el sitio o allí donde se puede acceder al sitio. En todo caso se contempla un deber de cooperación de las autoridades del citado estado con las de otros estados miembros. En fin se fija la obligación de los Estados miembros de crear “puntos de contacto” accesibles por vía electrónica a los que los destinatarios de un servicio y los prestadores puedan dirigirse para conseguir información sobre sus derechos y obligaciones contractuales, obtener los datos de las autoridades, organizaciones o asociaciones de quienes pueden obtener información sobre sus derechos y ante los cuales puedan presentar reclamaciones y conseguir ayuda en caso de litigio (art. 19.4).

Por su parte, en la sesión del Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la Unión Europea del 22 de abril de 1999 se adoptó una posición común respecto de la Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un marco común para la firma electrónica²⁴. El objetivo de la Directiva, que finalmente ha sido

■ ²³ Al respecto MARTÍNEZ NADAL “Comercio electrónico”, en Botana/Ruiz Muñoz, dir., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid 1999, 247, 259 y ss. No obstante, el art. 14.2 precisa que ello se entenderá “sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión, selectiva y transitoria, que las autoridades judiciales del país soliciten a tenor de lo dispuesto en la legislación nacional, cuando resulte necesario para garantizar la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública y para prevenir, investigar, detectar y perseguir infracciones penales”.

■ ²⁴ Sobre los trabajos previos a esta propuesta *vid* JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 303 y ss.; también, VATTIER FUENZALIDA, “En torno a los contratos electrónicos”, *RGLJ*, III época, nº 1, 1999, 81 y ss.; DÍAZ FRAILE, “Estudio de la regulación de la firma electrónica en la Directiva europea de 13 de mayo de

aprobada por el Parlamento en octubre de 1999, es crear un marco que permita el reconocimiento legal de las firmas digitales en el mercado único y el establecimiento de criterios mínimos para las empresas dedicadas a la certificación. La existencia de diferentes modelos de regulación y las discordancias en cuanto a las exigencias aplicables a los documentos electrónicos podría conducir a una fragmentación del mercado interior en un ámbito de enorme desarrollo como es el del comercio electrónico. Por otro lado, se reconoce en la Directiva la necesidad de coordinar los trabajos no sólo con la actividad desarrollada por los estados miembros, sino también por otros organismos, como UNCITRAL y otros²⁵ que se encuentran trabajando en este sector, con vistas a la fijación de normas técnicas similares y al reconocimiento mutuo de las reglamentaciones. En este sentido, la Directiva, con el fin de fomentar el crecimiento del comercio electrónico en Europa, generando confianza entre las empresas y los consumidores, pretende implantar tecnologías seguras (firmas digitales, certificaciones digitales y mecanismos seguros de pago electrónicos) y por otro lado un marco jurídico e institucional que apoye estas tecnologías.

La Directiva incluye una definición muy amplia de las firmas electrónicas que abarca todo tipo de firmas electrónicas y no sólo las digitales. Por lo tanto, adopta una posición neutral respecto de los procedimientos tecnológicos, dados los rápidos desarrollos tecnológicos que se vienen produciendo en este sector²⁶. Por otro lado, pretende que las disposiciones nacionales sobre firmas electrónicas permitan que estas satisfagan las exigencias legales sobre firma manuscrita, equiparándose a la misma en los procedimientos legales. La firma electrónica debe poder cumplir los requisitos legales que se exigen a la firma manuscrita. Sin embargo, la equiparación entre la firma electrónica y la manual sólo afecta a los contratos pero no a otros documentos legales: p. ej. testamentos u otras disposiciones *mortis causa*. La Directiva, por lo demás, no se enfrenta a otros

1998", *La Ley*, 23 y 24 de noviembre de 1998. La última versión de la Directiva es de 26 de mayo de 1999.

■ ²⁵ Resulta de gran interés, al resumir las tareas desarrolladas por diversos organismos, el documento elaborado por la UNCTAD, "Electronic Commerce: Legal considerations", 15 de mayo de 1998.

■ ²⁶ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 41.

problemas como los relativos a la conclusión y validez de los contratos, ni a la imposibilidad del rechazo de los mensajes electrónicos.

La Directiva establece, también, un régimen aplicables a las empresas que ofrecen servicios de certificación sobre documentos electrónicos. No obstante, no se toma una decisión rigurosa en relación con los requisitos aplicables a las empresas de certificación. La concepción en este ámbito es doble: los proveedores de servicios de certificación en principio podrán ofrecer libremente sus servicios sin necesidad de autorización previa. Sin embargo, se permite que los Estados miembros introduzcan sistemas voluntarios de acreditación basados en requisitos comunes y orientados a un mayor nivel de seguridad. Se prevén, en fin, algunas normas en materia de responsabilidad de estas entidades.

Por lo que a **España** se refiere hay que indicar que son ya varias las disposiciones que han tenido en cuenta las exigencias planteadas por la electrónica²⁷: En buena medida las normas que han atendido el fenómeno son de Derecho público y se refieren fundamentalmente al funcionamiento de la Administración pública: destacan los arts. 38.4 y 45.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se prevén la posibilidad de establecer mecanismos de comunicación electrónicos, informáticos o telemáticos entre las Administraciones y de los administrados con las Administraciones públicas, atribuyéndose validez a los documentos electrónicos siempre que se garantice su autenticidad, integridad y conservación, y, en su caso, recepción por el destinatario²⁸. A estos efectos, la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos de 1998 (Ley 66/1997) habilita en su art. 81 a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para actuar como autoridad de certificación.

■ ²⁷ *Vid* una enumeración de las normas en que el legislador español se ha enfrentado con el fenómeno en MADRID PARRA, “Disposiciones relativas al uso de medios electrónicos en el Derecho español”, *Derecho de los negocios*, junio de 1998, 1 y ss.

■ ²⁸ Desarrollo en el RD 263/1996 de 21 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

Se prevé igualmente la constitución de una autoridad de registro de carácter público, función que recaería en Correos y Telégrafos²⁹.

A la vista de que se pensaba que la Directiva sobre firma electrónica iba ser pronto aprobada, el gobierno aprobó en la sesión del consejo de ministros del 16 de abril un Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Firma Electrónica que refleja un contenido y sistemática similar a la de la propuesta comunitaria. Sin embargo, el citado texto nunca fue debatido en el Parlamento, porque el Consejo de ministros del 17- de septiembre de 1999 aprobó un Real Decreto-Ley 14/1999 sobre firma electrónica (BOE 18-IX-99). Este Decreto-Ley, con discutible técnica legislativa, se limita a menudo a adoptar la misma sistemática que la Directiva, que aún no había sido aprobada: en este sentido, comienza con una serie de definiciones de firma electrónica y de otros conceptos claves en la nueva regulación. En el art. 2 precisa que la “firma electrónica avanzada”, basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firmas es equiparable a la manual. No obstante, otras firmas electrónicas que no satisfagan tales requisitos no quedarán privadas de efectos jurídicos. Al regular el régimen de prestación de servicios de certificación, se señala que las empresas que actúen en este campo lo deberán hacer en régimen de libre competencia y sin someterse a autorización. Sin embargo, se exige (art. 7) la inscripción de los prestadores de este tipo de servicios en un registro especial. El Anteproyecto de Ley sobre firma electrónica incluye igualmente una serie de normas sobre la forma de prestar sus actividades estas empresas y sobre los certificados que emitan. En fin, se enumeran las infracciones y sanciones, y se hace alguna indicación al régimen de responsabilidad de estas entidades, que posteriormente será comentado.

■ ²⁹ El art. 5 del RD 176/1998 que regula las funciones de la entidad se refiere a “*f) la realización de cuantas actividades y servicios relacionados con las telecomunicaciones le sean encomendados por la normativa vigente*”. Para otras disposiciones relativas a las comunicaciones con la Seguridad Social, con la Agencia Tributaria y con otros organismos de la Administración, incluida la Administración judicial y los Registros de la propiedad y mercantiles, a través de este tipo de procedimientos *vid* MADRID PARRA, *Derecho de los negocios*, junio de 1998, 4 y ss. Especial mención debe merecer el hecho de que la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares sea pionera no ya sólo en la utilización de documentos electrónicos y la utilización del formato EDI (Ley 6/1992 de Presupuestos Generales de la CAIB), cit. en MADRID PARRA, est. cit., 8.

Debe observarse, sin embargo, que en determinados ámbitos sectoriales del Derecho privado se conocen ya redes interconectadas para la realización de transacciones comerciales por medios electrónicos. Me refiero, en primer lugar, al Sistema Nacional de Compensación Electrónica para los endosos de efectos realizados entre las entidades de crédito³⁰.

Con carácter cerrado, cabe mencionar igualmente el nuevo sistema de negociación de valores³¹. La tradicional contratación de las Bolsas por viva voz se ha sustituido en el mercado continuo por otras modalidades que incorporan sistemas electrónicos (por caja, por oposición). La opción por estos medios de contratación se produce en 1998 con la aprobación de la LMV, en cuyo art. 49 se prevé la creación del Sistema de Interconexión Bursátil (mercado continuo) que integra en una red informática a todas las bolsas de valores españolas y que se rige por la Sociedad de Bolsas (art. 50 LMV). La CNMV estableció, en aplicación del art. 49 LMV, un sistema de intercambio de información a través de línea telemática (Acuerdo 11-III-98 para la implantación del Sistema CIFRA-DOC/CNMV) en el que se incluye un Anexo que define los conceptos "firma electrónica" e "intercambio de documentos" (previo intercambio de claves públicas, comprometiéndose la CNMV a gestionar de manera centralizada las claves públicas y su correspondencia con el usuario) a los efectos de las transacciones que se realicen telemáticamente. Sin embargo, en materia de forma de conclusión y de prueba a través de los documentos contractuales que deben entregar los intermediarios respecto de las transacciones, en los "códigos de conducta" aplicables a estos intermediarios se parte aún de la presencia de los soportes tradicionales (papel, cinta manetofónica, etc.)³². No obstante, al regular el

- ³⁰ RD 1368/1987 de 12 de septiembre; Circulares del Banco de España 5/1996 de 29 de marzo y 8/1996 de 27 de septiembre.
- ³¹ Al respecto NIETO CAROL, "Operaciones al contado y a plazo. Sistemas de contratación", en Alonso Ureba/Martínez Simancas, *Derecho del mercado financiero*, II.2º, Madrid 1994, 532 y ss.; MADRID PARRA, "Contratación electrónica", *Estudios Homenaje Menéndez*, III, 2931 y ss.
- ³² TAPIA HERMIDA, "Las normas de actuación en los mercados de valores", *RDBB*50, 1993, 315 y ss., 350; id. "Las normas de protección de la clientela en el mercado de valores", *RDBB* nº 63, 1996, 596.

archivo de justificantes de órdenes recibidas por los intermediarios financieros, se contempla la posibilidad de un “*registro magnético correspondiente*³³ en el caso de transmisión electrónica” (art. 8.2.c RD 629/1993, de 3 de mayo).

Pero en este ámbito no sólo los contratos se perfeccionan electrónicamente, sino que también la liquidación (cumplimiento de las obligaciones de entrega de los valores -en realidad transferencia de los apuntes contables- y de pago del precio por los mismos a través de transferencias bancarias) se realiza por medios informáticos. A ello ha contribuido el nuevo sistema de representación de valores mediante “anotaciones en cuenta” que regulan los arts. 5 y ss. LMV y el RD 116/1992, de 14 de febrero³⁴. Debe observarse que estas normas no estrictamente no hacen referencia a la contratación, sino que su objeto es la ordenación de Derecho privado relativa al ejercicio y transmisión de determinados derechos ahora representados electrónicamente mediante registros informáticos. En definitiva, se trataría de cumplir con la obligación de “entregar” en los contratos sobre valores. Sin embargo, a los efectos del juicio ejecutivo la citada normativa sigue reclamando que la entidad encargada del registro contable en el que el titular tiene anotados sus valores emita un “certificado” en soporte papel, según lo

■ ³³ La circular 3/1993, de 29 de diciembre de la CNMV sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes prevé en la norma 2.1.c el supuesto en que el registro magnético correspondiente a una transmisión electrónica por la que se da una orden relativa a una operación sobre valores integre el archivo justificante de órdenes.

■ ³⁴ Al respecto, RECALDE, “La desmaterialización de los valores privados en España (El sistema de anotaciones en cuenta)”, en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al prof. Broseta*, Valencia 1997, 3093 y ss.; id., “La representación de los valores: títulos y anotaciones en cuenta”, Alonso Ureba/Martínez Simancas dir., *Instituciones del mercado financiero*, Madrid 19992591 y ss.; ESPINA, *Las anotaciones en cuenta. Un nuevo medio de representación de los derechos*, Madrid 1995; MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, *Valores mobiliarios anotados en cuenta: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Pamplona 1997; con posterioridad a la reforma de la Ley 37/1998 y al RD 2590/1998 vid muy especialmente la obra de GONZÁLEZ CASTILLA, *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta (organización del sistema y derechos del socio)*, Valencia 1999, *passim*.

que establece el art. 1429 LEC en el que se ha reconocido a tales "certificados" el valor de título ejecutivo³⁵.

III. Perfección del contrato.

1. En nuestro ordenamiento la perfección del contrato, como es sabido, se produce por el concurso de la oferta y de la aceptación. Tales declaraciones de voluntad pueden expresarse, en virtud del principio de libertad de forma (arts. 1258 Cc y 51 Ccom) a través de cualquier medio. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo, que en repetidas ocasiones ha admitido la utilización de los nuevos instrumentos técnicos como cauce para manifestar la voluntad de obligarse en los contratos³⁶.

Los supuestos de contratos formales constituyen la excepción, limitándose incluso su ámbito por la jurisprudencia. Ciertamente un contrato para cuya perfección el ordenamiento requiere *ad solemnitatem* que la voluntad adopte una determinada forma, no sería válido si por vía electrónica no pudiera satisfacerse la citada formalidad³⁷. Así sucede cuando la validez del contrato se condiciona a su otorgamiento en escritura pública. En tales casos no se cumplirían las exigencias legales para la eficacia del contrato en tanto el otorgante del contrato no sea un fedatario público y obre con arreglo a las disposiciones aplicables en virtud de su condición de tal

■ ³⁵ Sobre las características, contenido y naturaleza de los mismos, GONZÁLEZ CASTILLA, *Representación de acciones por medio de anotaciones en cuenta*, 463 y ss.; RECALDE, *Est. Broseta*, cit.

■ ³⁶ SSTS 31-V-93; 30-VII-96, en este caso respecto de la conclusión de un contrato por fax.

■ ³⁷ No obstante, CARRASCOSA/POZO ARRANZ/RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática: el nuevo horizonte contractual*, Granada 1997, 6, señalan que la autonomía de la voluntad permite "la flexibilización de las formas contractuales, hasta el punto de que se pueda llegar a contratar a través de medios como un ordenador" (en el mismo sentido DAVARA, *Manual de Derecho informático*, Pamplona 1997, 179). Esta afirmación conviene matizarla en el caso de los contratos formales, que se definen precisamente porque la ley, en atención a los intereses que ha considerado prevalentes, limita la regla general de la libertad del medio o manera de manifestarse la declaración de voluntad, imponiéndose una determinada forma. En este sentido, no puede operar la libertad de pactos que tiene su límite, como se sabe, en la ley imperativa (art. 1255 Cc).

(recuérdese, en este sentido, el principio de inmediación que rige la actuación de los notarios).

Al margen de los citados supuestos, nada parece oponerse en el Derecho español a que las declaraciones de voluntad contractuales se expresen por procedimientos electrónicos³⁸. Podría, quizás, discutirse que la exigencia de forma escrita en determinados contratos (p. ej. en relación con las transmisiones de derechos de propiedad intelectual o industrial) se pueda satisfacer a través del documento electrónico sin una norma que lo equipare al soporte cartular. Cabe pensar que el cumplimiento de esta exigencia, en la medida en que requiere la firma del autor, sólo puede ser admitida mediante una equiparación entre la firma manual y la electrónica como consecuencia de una reforma legislativa. Esta parece ser la idea que inspira las recientes reformas comunitarias y nacionales sobre firmas electrónicas. No obstante, la función que subyace a esta exigencia en determinados contratos (advertencia sobre la seriedad de las consecuencias y reflexión) creo que puede entenderse adecuadamente satisfecha por un documento escrito en un ordenador. La garantía de autenticidad del origen del documento (al respecto *infra* VII) no pretende satisfacer las funciones que subyacen a esta exigencia, sino que opera preferentemente a efectos probatorios.

En todo caso, como decíamos, los supuestos de contratos formales constituyen la excepción en nuestro ordenamiento. Más aun, en ocasiones, cuando en los códigos parece requerirse la forma escrita, esta exigencia sólo opera a efectos de su oponibilidad frente a terceros (arts. 1279 y 1280 Cc). Ciertamente parece que el art. 51.2 establece una limitación a la contratación por telégrafo al admitirse que estos contratos producirán obligación entre las partes siempre que “*los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado*”. Pero esta norma, si se entendiera en el sentido de reclamar

■ ³⁸ El art. 9 de la Directiva sobre comercio electrónico promueve la necesidad de que las legislaciones nacionales faciliten los contratos pro vía electrónica. Sin embargo, en su apartado 2 permite que los Estados miembros excluyan del ámbito del citado apartado los contratos que requieran la intervención de un notario, los contratos que, para ser válidos, deban registrarse ante una autoridad pública, los contratos sujetos al Derecho de familia y los contratos sujetos al Derecho de sucesiones.

el cumplimiento de estas exigencias a efectos de admitir la válida perfección del contrato³⁹, habría perdido vigencia social y habría sido simplemente derogada por una realidad social que en la actualidad no justifica tal interpretación (art. 3.1 Cc). En realidad, el citado precepto debe situarse en el contexto histórico de la promulgación del código y en el recelo que hacia la seguridad de este medio manifestaba el legislador de 1885. Hoy no parece que esté justificada esa prevención, a parte de que representa una tremenda contradicción valorativa con lo previsto en el conjunto de un ordenamiento presidido por principios no formalistas. Por ello, la doctrina mercantil la interpreta en relación con las otras “formalidades” mencionadas en el párrafo primero del art. 51, de manera que se configuraría como un mero instrumento probatorio, al que las partes pueden compelirse, sin que el pacto previo sobre la admisión de esta forma de contratos sea necesario para la perfección de la relación contractual⁴⁰.

2. Tampoco plantea particulares problemas la perfección contractual mediante el llamado “**consentimiento electrónico**”. Nos referimos a aquellos casos en los que un ordenador está programado para expresar automáticamente una declaración de aceptación a la oferta del usuario de adquirir un producto o servicio, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de aquel al que fue imputable la programación. Ninguna dificultad existe aquí para entender que la voluntad no es del ordenador, sino del que lo

- ³⁹ GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, 8^a ed. rev. por Sánchez Calero, Madrid 1983, 23.
- ⁴⁰ URÍA, *Derecho mercantil*, 20^a ed, Madrid 1993, 568 y 570; la jurisprudencia, por su parte, en alguna ocasión entendió que el art. 51.2 Ccom no se aplicaría a la contratación por un medio de comunicación inmediata como es el telefax (SSTS 13-XI-87 Ar. 8399; 31-V.93 Ar. 4061) lo que, según algún autor, debería extenderse al correo electrónico (VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 11^a ed., Valencia 1998, 625. No obstante, por una aplicación analógica de la mención del art. 51.2 Ccom a la contratación electrónica DAVARA, *Manual de Derecho informático*, 179. AZOFRA VEGAS, *RDBB* N° 68, 1997, 1070; MADRID PARRA, *Estudios Homenaje a Menéndez*, 2953 y otros autores allí citados; también VATTIER FUENZALIDA, *RGLJ*, III época, 1, 1999, 76. En todo caso, el hecho de que un empresario haga publicidad de sus productos o servicios por vía informática y ofrezca también la posibilidad de expresar el consentimiento a través de este medio, así como la manifestación de la voluntad de adquirirlos de la otra parte, puede considerarse un “pacto” tácito de admisión de este medio como cauce para la contratación.

programó en el sentido indicado, declaración que precisamente concurrió en el momento en que se configuró la programación informática⁴¹. Se da en este caso una oferta *ad incertam personam* que se asume irrevocable⁴² cuya eficacia obligacional se condiciona a la declaración de aceptación mediante el "cliqueo" o presión en el ícono correspondiente, lo mismo que sucede cuando se introduce las monedas y se aprieta el botón en la máquina expendedora de refrescos. Esta forma de contratar es perfectamente válida cuando el objeto del contrato estuviera determinado o fuera objetivamente determinable (art. 1273 Cc), que es lo que sucederá en la configuración informática del ordenador imputable al oferente-programador.

3. Desde otra perspectiva, la contratación electrónica constituye un supuesto de lo que tradicionalmente se ha llamado **contratación entre ausentes** o, con mayor precisión, entre personas que se encuentran distantes entre sí. En este ámbito, debe recordarse que nuestro ordenamiento contempla una norma general en el Derecho común (art. 1262.2 Cc) y otra

■ ⁴¹ CARRASCOSA/POZO ARRANZ/RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática*, 28 y s.; DAVARA, *Manual de Derecho informático*, 178.

■ ⁴² Por el contrario, en el caso de la mera presentación por un empresario de sus productos o servicios en una *homepage* de Internet, existirá tan sólo un acto de publicidad que constituye, todo lo más, una *invitatio ad offerendum* (REDEKER, "Geschäftsabwicklung mit externen Rechnern im Bildsirmtextdienst", *NJW*, 1984, 2391), invitación que puede ser revocada en cualquier momento (el art. 2 de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico no considera "comunicaciones comerciales" "*las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o personas elaboradas de forma independiente y, en particular, sin contrapartida económica*"). En realidad, la diferencia entre una estricta oferta y una invitación dirigida a que se presente una oferta es tenua y depende de la forma que se adopte en la presentación de las condiciones del contrato y de si en ellas resulta claro que el proponente quedará obligado a partir de la mera aceptación o si, por el contrario, debe emitir una nueva declaración de voluntad. Sin embargo, también el tipo de producto "ofrecido" puede ser un índice de si se trata de una oferta o de una *invitatio ad offerendum*. En el caso de bienes (dibujos, textos, descarga de *software*) que se pueden obtener por el mismo acceso a la *homepage* y el "cliqueo" en el ícono predisuelto para ello, su "anuncio" constituye una estricta oferta, en donde la citada *homepage* cumple una función similar a la de una "máquina automática" de adquisición de cualquier producto (tabaco, bebidas, etc.) (ERNST, "Der Mausblick als Rechtsproblem -Willenserklärung im Internet", *NJW-CoR*, 3/97, 165; ZIPPEL, "Vertragsabschluss im Internet", *Seminar zu Rechtsfragen des Internet* bei Prof. Dr. Blaurock, 30.11.1998, 5, no publicado).

especial en el Derecho mercantil (art. 54 Ccom)⁴³. La primera norma reconoce la teoría del conocimiento o de la recepción⁴⁴, mientras que la segunda asume la teoría de que es en el momento de la emisión de la aceptación cuando se perfecciona el contrato. En fin, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías establece una solución intermedia -aunque más cercana a la del código civil, según la cual, la perfección se produce “en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente”- (art. 18.2)⁴⁵.

A la hora de valorar el régimen aplicable a los contratos concluidos por medios electrónicos debería precisarse previamente cuál es la naturaleza – mercantil o civil- del contrato y si se trata o no de una compraventa sometida al régimen de las ventas internacionales.

Se ha dicho que las razones invocadas en favor de la teoría de la emisión y de la opción mercantil (ahorro de tiempo, rigor en el tráfico mercantil que demanda la seguridad para el aceptante de que el oferente no podrá revocar su oferta durante el tiempo en que tarda en llegar la declaración de aceptación) en cierta medida quedan debilitadas en la contratación entre ordenadores, dada la celeridad con la que llegan los

■ ⁴³ No obstante, habrá que tener en cuenta lo que en el futuro señale el Tribunal Supremo sobre la vigencia de esta norma especial, ya que también en relación con la interrupción de la prescripción el Ccom preveía una norma especial (art. 944 Ccom) diferente a la regla común del art. 1973 Cc, norma que ha sido pura y simplemente “derogada” por el Tribunal Supremo en las sentencias de 4-XII-95 y 31-XII-98 *La Ley* 16-III-99, 13.

■ ⁴⁴ La interpretación literal de la norma daba lugar a pensar que el código civil se inclinó por la teoría del conocimiento de la aceptación por el oferente. Sin embargo, la doctrina redujo el significado del precepto por un conocimiento potencial propio de la teoría de la recepción, según la cual el contrato se perfecciona cuando el destinatario pudo tomar conocimiento de la aceptación (DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 4^a ed., Madrid 1993, 297; GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y compilaciones Formales*, dir. Albaladejo/Díaz Alabart, T. XVII vol. 1-B, Madrid 1993, 138 con otras referencias doctrinales y jurisprudenciales).

■ ⁴⁵ Sobre la perfección del contrato en la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías *vid* PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia 1996, *passim*; en págs. 166 y ss. *vid* las indicaciones sobre el momento de la perfección en los contratos por medio de correo electrónico o a través de EDI.

mensajes por este conducto. En alguna ocasión se ha llegado a negar que la contratación electrónica sea calificable como contratos "entre ausentes"⁴⁶, al igual de lo que el Tribunal Supremo declaró para la contratación telefónica (STS5-I-48). Sin embargo, como sabemos los que utilizamos los canales de la "red" que en nuestro país ofrece la compañía Telefónica, la recepción de un mensaje en el buzón de correo particular no siempre se produce simultáneamente o en un tiempo irrelevante respecto del momento de la emisión. Es difícil, por ello, mantener una "conversación" instantánea con recíprocos envíos de mensaje a través del correo electrónico. En este sentido, sí que entendemos aplicable al contrato electrónico las normas previstas para este forma de contratación⁴⁷, máxime teniendo en cuenta que las mismas no determinan exclusivamente el momento sino también el lugar de contratación.

En todo caso, todas estas normas tienen carácter dispositivo por lo que, al objeto de evitar incertidumbres, conviene que en el contrato se especifique en qué momento pretenden las partes que se entienda que concurren las dos declaraciones de voluntad destinadas a la perfección. En este sentido, algunos modelos de contratos electrónicos han adoptado como momento de la perfección el correspondiente a la recepción⁴⁸.

Conviene advertir, por otro lado, que, de ser aplicable -por disposición legal o por voluntad de las partes- el régimen del código civil, la interpretación literal de sus normas conduciría a que no pudiera entenderse que el momento de la perfección corresponde a aquel en que el mensaje llega al buzón del correo electrónico, sino a su efectiva lectura que es cuando se

■ ⁴⁶ CARRASCOSA/POZO ARRANZ/RODRÍGUEZ DE CASTRO, *La contratación informática*, 31.

■ ⁴⁷ DAVARA, *Manual de Derecho informático*, 170.

■ ⁴⁸ CAVANILLES, "Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)", *Actualidad Informática Aranzadi*, nº 10, enero 1994, a favor de la aplicación de la aplicación indiscriminada del art. 1262 Cc ÁLVAREZ CIENFUEGOS, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos", *La Ley* 1992-4, 1022 y ss.

conoce la aceptación⁴⁹. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han matizado el sentido del art. 1262 Cc, entendiendo que la buena fe conduce a la teoría de la recepción, según la cual el momento de la perfección es el de la llegada del mensaje de aceptación al buzón de correo⁵⁰.

La aplicación de esta solución a los mensajes remitidos por correo electrónico puede plantear algunas dudas. En efecto, la recepción del mensaje en la esfera de control del destinatario se produce en el momento en que puede constatarse la existencia de un deber objetivo de consulta del buzón⁵¹. En las relaciones entre empresarios parece lógico admitir que la perfección del contrato se produzca desde la misma llegada del mensaje al buzón electrónico, pues cabe entender que la diligencia de un ordenado empresario reclama una consulta constante del citado buzón, ya que la utilización del correo electrónico supone que el empresario ha puesto a disposición de los terceros este instrumento como medio para la recepción de declaraciones de voluntad negociales. Es lógica, por ello, la solución de la Ley modelo de EDI de UNCITRAL que opta por considerar perfeccionado el contrato en el momento de la entrada del mensaje en el servidor del destinatario, solución acorde también con lo establecido en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería⁵². Sin embargo, mucho más discutible resulta esta opción cuando el destinatario del mensaje es un consumidor, quien, en principio, utiliza este dispositivo para sus relaciones sociales y privadas, pero no en el ámbito de sus relaciones negociales. En este caso lo lógico es que sea suficiente una consulta diaria, de manera que la fecha de la recepción se entenderá en el día siguiente al de la entrada del mensaje en el buzón⁵³ o al de la efectiva consulta del mensaje⁵⁴.

- ⁴⁹ ÁLVAREZ CIENFUEGOS, *Le Ley*, 1992-4, 1022 y s.; MADRID PARRA, *Estudios homenaje Menéndez*, III, 2952, nt. 93; DAVARA, *Manual de Derecho informático*, 168.
- ⁵⁰ *Supra* nota 43.
- ⁵¹ ULTSCH, "Zugangsprobleme bei elektronische Willenserklärungen. Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail", *NJW*, 1997, 3007.
- ⁵² PERALES VISCASILLA, *La perfección del contrato*, 175 (la autora propugna la misma solución para los mensajes enviados por correo electrónico en 166).
- ⁵³ ERNST, "Der Mausblick als Rechtsproblem", *NJW-CoR*, 1997, 166; ULTSCH, *NJW*, 1997, 3008.

Frente a las normas anteriormente citadas que reflejan las consideraciones tradicionales del problema de la contratación entre personas distantes, la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico opta por una solución absolutamente original en el panorama comparado. En efecto, en el art. 11 se señala que el contrato quedará celebrado cuando el destinatario del servicio haya recibido por vía electrónica una notificación del prestador de servicios acusando recibo de la aceptación del destinatario del servicio y haya confirmado la recepción del acuse de recibo. De esta peculiar norma parece deducirse que no es suficiente la conjunción de la oferta y de la aceptación, sino que además se necesita un acuse de recibo remitido por el oferente y la confirmación de la recepción del acuse por el aceptante. Se requiere, por tanto, dos declaraciones de voluntad de cada una de las partes para que surja el contrato⁵⁵. Sin embargo, probablemente la norma no pretende determinar en qué momento se produce la perfección del contrato o cuáles son sus requisitos, sino garantizar la autenticidad de los mensajes, previniendo frente a declaraciones realizadas sin la suficiente reflexión. La solución de la Propuesta de Directiva probablemente se justifica en que los procedimientos de seguridad que operan en este tipo de declaraciones incluidas en mensajes electrónicos producen automática e inmediatamente la repetición de sucesivos acuses de recibo. Lo que sí cabría discutir es que la Propuesta de Directiva incluya la citada referencia al hilo de las normas sobre el "momento de la perfección del contrato" o que se prevea que "*el acuse de recibo del prestador de servicios y la confirmación del destinatario deberán enviarse lo antes posible*" (art. 11.2 de la citada Propuesta). En este sentido resulta criticable que, a la luz del texto propuesto, pueda invocarse que el contrato no está perfecto mientras no se remita el acuse de recibo, tal como parece deducirse de la redacción de la norma. Frente al riesgo que se pretendía evitar, la solución más razonable hubiese sido reconocer la revocabilidad de la adquisición en la línea de lo que prevé la legislación especial de los contratos a distancia (art. 44 LOCM)⁵⁶ a la que

-
- ⁵⁴ ULTSCH, *NJW*, 1997, 3008.
 - ⁵⁵ MARTÍNEZ NADAL, "Comercio electrónico", 267 y ss.
 - ⁵⁶ La existencia de este derecho de "revocación" ha inclinado a algún sector de la doctrina a estimar que el contrato no se perfecciona hasta que consta el no ejercicio del citado derecho

inmediatamente nos referiremos (*infra* IV.2). Sin embargo, convendría determinar si debe promoverse para la contratación electrónica un derecho de desistimiento que se superponga al de la normativa sobre contratos a distancia, o si este desistimiento sólo operaría en función de que concurran los presupuestos de aplicación de las referidas normas sobre contratos a distancia⁵⁷

IV. Contratación electrónica mediante condiciones generales y normas de tutela de los consumidores.

1. En la generalidad de los casos los contratos celebrados por INTERNET se concluyen de conformidad con las estipulaciones predispuestas por una de las partes. Ello supone que este tipo de contratos se sometan a la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998 (LCGC) y, en el caso de que el adherente sea un consumidor, a las de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), en los términos modificados por la LCGC.

Para que las condiciones generales de la contratación predispuestas por una de las partes se incluyan en la relación contractual, el art. 5 de la LCGC exige que el adherente acepte la incorporación del condicionado general y que en él se haga referencia al mismo: *"No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas"*. Sin embargo, el

de revocación (FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, "El derecho de revocación del consumidor en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *RDM*, 1993, 597 y ss.; VERGEZ SÁNCHEZ, "Configuración y régimen jurídico de los 'contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles' (análisis de la Ley nº 26/1991, de 21 de noviembre", *Estudios homenaje al prof. Broseta*, T. III, Valencia 1995, 4011, 4030 y s.); si bien otro sector de la doctrina opta por situar esta peculiar revocación en el ámbito de las soluciones *sui generis* (BADENAS, "La forma y la perfección de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles", *La Ley* 1994-4, 1141 y ss.). Un ajustado resumen de las diferentes opiniones en JUSTE MENCIA, *Est. Duque*, 1021 nt. 52.

■ ⁵⁷ Sobre estas cuestiones, en sentido negativo a un derecho de desistimiento específico de la contratación electrónica, CARRASCO/MARTÍNEZ ESPÍN, "Propuesta de desarrollo reglamentario del artículo 5.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación", *Estudios consumo*, 1999, 120 y ss.

número 3 del mismo art. 5 ha contemplado expresamente a la contratación electrónica (discutiblemente equiparada, a estos efectos, a la telefónica) indicándose que “será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”⁵⁸. Lo cierto es que la exigencia del envío de la “justificación escrita” puede constituir un serio obstáculo para el comercio electrónico, si no se matiza en el previsto desarrollo reglamentario que aún no se ha producido⁵⁹.

Parecería lógico que la aceptación del clausulado debiera entenderse producida como consecuencia del acceso al hipervínculo que permite que aparezcan tales condiciones en la pantalla del ordenador, cuando, por otro lado, las condiciones generales cumplan las demás exigencias generales de incorporación al contrato que contempla la ley. Sin embargo, la norma legal parece exigir ineludiblemente una aceptación expresa de las condiciones generales de la contratación y la remisión de una “justificación escrita” que indudablemente se compadece poco con la celeridad del tráfico electrónico. Ello plantea serias dudas sobre la compatibilidad de la redacción de la citada norma con la propuesta de Directiva sobre comercio electrónico, al menos si se entendiera la exigencia en el sentido de que la citada “justificación escrita” requiere la remisión material de un documento en el soporte papel tradicional⁶⁰. En este sentido, sería deseable que la norma reglamentaria

- ⁵⁸ Antes de la LCGC ya ALFARO AGUILAR REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, 220, admitía la equiparación de la “puesta a disposición” a la “entrega material” de las condiciones generales de la contratación, pero siempre y “cuando [se] permite acceder sin dificultades y sin esfuerzos suplementarios al cliente a dicho ejemplar”. En este sentido, si las condiciones generales de la contratación eran accesibles en la página web estaría suficientemente garantizado este requisito de inclusión.
- ⁵⁹ Los profesores CARRASCO y MARTÍNEZ ESPÍN han publicado una interesante “Propuesta de desarrollo reglamentario de la LCGC”, *Estudios consumo*, 1999, 101 y ss., con un amplio estudio introductorio que abarca numerosas consideraciones en relación con la contratación electrónica, al margen de las relativas a la formalización o inclusión de las condiciones generales de la contratación.
- ⁶⁰ Para otras reticencias hacia esta norma *vid* MARTÍNEZ NADAL, *Contratación electrónica*, 113.

aclare que la "justificación escrita" puede consistir en un documento electrónico con acuse de recibo por parte del adherente⁶¹.

2. Por otro lado, el régimen de tutela de los consumidores en determinados contratos puede plantear algún obstáculo al desarrollo de la contratación electrónica. En particular debe destacarse la aplicabilidad a la misma de la legislación sobre **ventas a distancia**. Ya en los "considerandos" de la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico se señala que las normas de la Directiva deben respetar las disposiciones de la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Directiva 7/97/CE). La contratación a distancia, que hasta hace poco se circunscribía a la venta por correspondencia o catálogo, y que había encontrado un importante desarrollo en las ventas por teléfono o televisión, encontrará probablemente en el futuro su principal ámbito en la contratación por medios electrónicos.

El ordenamiento comunitario (Dir. 7/97) y el interno (arts. 38 y ss. LOCM) prevén diversas medidas de protección del consumidor en los contratos a distancia. En primer lugar, se parte del principio de no permitir el envío de informaciones contra la voluntad del consumidor (derecho a oponerse a recibir publicidad). Sin embargo, en los sistemas de recepción de llamadas automáticas y fax se exige el consentimiento previo. Los estrictos términos de la norma parecen excluir que la recepción de información comercial a través del correo electrónico pueda subsumirse en aquel segundo supuesto en el que se requiere un "previo consentimiento" del destinatario de la publicidad⁶². En todo caso, resultaría sin duda aplicable la norma prevista

- ⁶¹ Sobre la compatibilidad de una entrega electrónica en cualquier soporte duradero con la exigencia legal de la justificación escrita *vid* CARRASCO/MARTÍNEZ ESPÍN, est. cit., 104 y s. y 124. Todo ello sin perjuicio de la necesidad, según los referidos autores, de remitir en soporte material (cartáceo) las condiciones generales de la contratación al adherente (est. cit., p. 110 y art. 7 de la Propuesta de Reglamento en desarrollo del art. 5.3 LCGC).
- ⁶² JUSTE MENCÍA, *Est. Duque*, 1023, señala que si lo que se pretende en estos casos es evitar excesivas molestias para el consumidor, cuya atención se fuerza privándose de recursos para evitar ser importunado con mensajes, hubiera sido deseable que se extendiera la necesidad del previo consentimiento también para la recepción de llamadas telefónicas con intervención humana o para el correo electrónico, tal como se preveía en la Propuesta de la citada Directiva

para la información telefónica que exige que se precise "*explicita y claramente al principio de cualquier conversación con el consumidor, la identidad del proveedor y la finalidad comercial de la llamada*" (art. 4.3 Directiva; en términos semejantes, con carácter general, art. 39 Ley de Ordenación del Comercio Minorista).

En los contratos a distancia la información que se ofrece debe comprender todos los elementos esenciales del negocio (art. 40 LOCM), exigencia que, de cualquier forma, sólo es aplicable al supuesto en que existe una estricta oferta y no cuando la publicidad consiste en una *invitatio ad offerendum*⁶³. La misma exigencia será aplicable a la contratación electrónica, en la medida en que la "comunicación comercial" pueda identificarse como "oferta".

El art. 43.2 prohíbe igualmente que en los contratos a distancia el pago se exija antes de la entrega de los bienes adquiridos, situación que raramente concurre en los contratos realizados a través de internet⁶⁴.

Por otro lado, para los contratos a distancia se prevé una solución similar a la prevista en las ventas fuera del establecimiento mercantil (art. 5 Ley 26/1991), según la cual el consumidor dispondrá de un plazo de siete días para rescindir el contrato sin ningún tipo de penalización (art. 6 de la Directiva 97/7/CE y 44 de LOCM). Ahora bien, el fundamento de este derecho no está ya en las técnicas agresivas de *marketing* que se sitúan en la base de la posibilidad de revocar, prevista en las ventas en el domicilio del consumidor, sino en que el objeto adquirido no está a la vista del adquirente⁶⁵. Este fundamento justifica la aplicación genérica del citado derecho de desistimiento en los contratos electrónicos⁶⁶.

sobre contratos a distancia de 1993. Sin embargo, esta solución se desechó en la versión definitiva de la Directiva.

- ⁶³ JUSTE MENCIA, *Est. Duque*, 1024 y s.; para la distinción *vid supra* nota 40.
- ⁶⁴ CARRASCO/MARTÍNEZ ESPÍN, est. cit., 109.
- ⁶⁵ JUSTE MENCÍA, *Est. Duque*, 1016 y 1029; igualmente DÍEZ SOTO, en Alonso Espinosa/López Pellicer/Massaguer Fuentes/Reverte Navarro, *Régimen jurídico General del Comercio Minorista*, 541, quien sitúa el fundamento de la norma "*en el hecho de que la decisión de contratar del comprador se funda exclusivamente en la información previamente suministrada*

En todo caso, si al carácter "a distancia" del contrato se une la adopción por el empresario de tácticas de comercialización caracterizadas por las especiales molestias que se causan al consumidor, se prevén soluciones más rigurosas. En efecto, la Directiva 97/CE y el art. 42 de la LOCM establecen que, cuando el consumidor o usuario recibe un artículo o mercancía no pedidos por él, no estará obligado a restituirlos ni podrá reclamársele el precio⁶⁷. Esta solución puede ser plenamente aplicable en el caso de que en el buzón del correo electrónico del ordenador de un consumidor se recibieran "productos" no solicitados por este.

3. Al margen de los requisitos de inclusión y de las reglas especiales de "perfección" (y de la facultad especial de desistir del contrato) a los contratos electrónicos también serán aplicables las reglas sobre control de contenido del art. 8 LCGC⁶⁸. Sin embargo, debe recordarse a este respecto

por el vendedor sobre las características y utilidades del producto, sin posibilidad real de apreciarlas personalmente".

■ ⁶⁶ Sin embargo, cabría mantener ciertas dudas sobre su operatividad en los contratos en los que la mera aceptación por el consumidor en su ordenador ("cliqueo" en el ícono correspondiente a la aceptación) de la oferta realizada por el empresario perfecciona el contrato, ya que este supuesto quizás se podría entender subsumible en la exclusión de aquellos contratos "*celebrados mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados*" (art. 3.1 Directiva y, en el mismo sentido, art. 38.3.a LOCM). Ciertamente una interpretación literal de la norma excluiría esta conclusión; pero teleológicamente, y al menos respecto de determinados productos *standarizados*, no parece razonable reconocer el citado derecho de desistimiento al consumidor que decide libremente adquirir un determinado producto por este tipo de conducto.

■ ⁶⁷ Sobre las divergencias entre el texto de la Directiva y el de la LOCM *vid* DÍEZ SOTO, ob., cit., 503 y ss.; y en relación con el último texto de la Propuesta de Directiva PASQUAU LIAÑO, en Piñar Mañas/Beltrán Sánchez, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, cit., 325 y s. Al margen de las compraventas con consumidores en el comercio minorista, nuestro viejo código de comercio preveía en el art. 328 una norma para las ventas a distancia en las que se autoriza al comprador a "rescindir el contrato si los géneros no le convinieren". Esta norma sería aplicable a los contratos electrónicos entre empresarios (JUSTE MENCÍA, *Est. Duque*, 1014).

■ ⁶⁸ En relación con la contratación que se realiza sin un texto escrito (*quick hand transactions*), lo que comprende la realizada por vía telefónica o electrónica, algún autor propugna precisar estrictamente los requisitos para la existencia del contrato, condicionando su eficacia a la concurrencia de determinados requisitos mínimos de contenido de *ius cogens*

que la ley española de condiciones generales de la contratación sólo ha extendido el control de contenido sobre las cláusulas abusivas a aquella que regulan las relaciones entre empresario y consumidores (art. 10.bis.1 y disp. ad. 1^a LGDCU)⁶⁹. De ahí que el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en las condiciones generales de una empresa nunca podría predicarse respecto de sus relaciones con otros empresarios.

Por otro lado, cuando se aplique el Derecho español en virtud de la norma que delimita el ámbito territorial de la LCGC (art. 3), la cláusula de sumisión de la relación al Derecho del predisponente no podría considerarse nula, ni tan siquiera en las relaciones con consumidores. Ciertamente un caso típico de cláusula abusiva lo constituye aquella que supone "*la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza*". La última precisión pone de relieve la reducción de la protección que puede recibir el consumidor español cuando este contrata con una empresa extranjera que ofrece sus productos a través de Internet pero desde su país de origen, sobre todo cuando en el ordenamiento del oferente no se prevé un control del contenido sobre las cláusulas abusivas.

V. Responsabilidad de los intermediarios.

Brevemente hemos de referirnos a la previsión en la Propuesta de Directiva sobre comercio electrónico de algunas normas sobre

(CLAVERÍA GOSÁLVEZ, "Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)", *ADC*, LI, 1998, 1301, 1303). A pesar de las especiales precauciones que deben concurrir en este sector de la contratación, no parece que la normativa específica sobre condiciones generales en los contratos electrónicos debería imponer un régimen tan estricto que supusiera un obstáculo al libre desarrollo del comercio electrónico, pues ello se opondría a las exigencias de la Directiva comunitaria pensadas en la supresión de las barreras legislativas a este sector del tráfico.

- ⁶⁹ Las críticas a la LCGC por esta circunstancia, entre otras muchas, son unánimes en la doctrina española (por todos CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *ADC*, LI, 1998, 1301 y ss.; ya respecto del Proyecto de ley ALFARO AGUILA-REAL, "El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *RDBB* nº 67, 1997, 857 y ss.).

responsabilidad de los intermediarios⁷⁰. Como es conocido, los mensajes que circulan por la "red" pueden pasar a través de diferentes servidores. Pues bien, en la citada Propuesta se establece que las empresas cuyo objeto consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar el acceso a la red de comunicaciones, no responderán de los datos transmitidos, si bien podrá actuarse con ellos a través de una acción de cesación (art. 12).

En el caso de que los errores en la transmisión de la información fueran imputables al servidor o al intermediario, estos responderán de los daños. La responsabilidad será contractual en las relaciones entre el oferente de los productos o servicios y el servidor a través del cual se realizan las ofertas o la publicidad. La misma naturaleza es predictable respecto de la responsabilidad entre el adquirente del bien o servicio y su servidor cuando los errores o fallos causantes de los daños fueran imputables a este último.

Más discutible es la relación entre el servidor utilizado por el oferente y el destinatario del producto. Entre ambos no existe relación contractual de ninguna clase, por lo que probablemente deba defenderse la naturaleza extracontractual de la acción de responsabilidad por los daños que se causaren. Ello supone que frente al tercero, en principio, no serán oponibles las cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que hubiera insertado el servidor en los contratos con sus clientes.

VI. La electrónica y la prueba de las declaraciones de voluntad.

1. Probablemente esta cuestión es la que mayor interés ha suscitado en relación con la contratación electrónica⁷¹. Se encuentran aquí implicados diversos aspectos: medios de prueba admisibles en un ordenamiento, consideración de los mensajes electrónicos como "documentos", valor de la

- ⁷⁰ Algunas indicaciones respecto a esta cuestión en MADRID PARRA, *Est. Menéndez*, III, 2913 y ss.
- ⁷¹ ALCOVER GARAU, "La firma electrónica como medio de prueba (Valoración jurídica de los criptosistemas de claves asimétricas)", *CDC*, nº 13, 1994, 11, 15; OLIVER LALANA, *La Ley* 1999-1.

firma en los documentos privados, posibilidad de equiparar las firmas digitales a las manuscritas, etc.

En principio, en nuestro ordenamiento los medios de prueba que pueden ser invocados para el convencimiento del juez en un litigio son únicamente los contemplados en el art. 1215 Cc. Sin embargo, la doctrina ha defendido un criterio amplio a la hora de admitir nuevos instrumentos probatorios al margen de los mencionados en el artículo 1215 Cc⁷². Esta interpretación amplia serviría tanto si se consideran los nuevos medios, y en particular los soportes informáticos, como medios de prueba autónomos o como estrictos "documentos"⁷³. En realidad, esta segunda acepción parece más correcta. A ella cabe llegar a partir de una perspectiva funcional del concepto de documento como instrumento que sirve para informar, enseñar o mostrar (*docere*) (al juez) ciertos datos de la realidad. La prueba documental no se basa tanto en la escritura en sí o en la existencia de un soporte cartular, cuanto en la existencia de cualquier tipo de signo perceptible por los sentidos que permite la representación de los hechos que se pretende probar. Por eso, los nuevos instrumentos electrónicos pueden considerarse como auténticos "documentos privados" que pueden invocarse como prueba en un proceso⁷⁴. En efecto, en ausencia de un precepto que delimite positivamente lo que sean los documentos

- ⁷² ALCOVER GARAU, *CDC* nº 13, 1994, 16; CAVANILLAS, "Introducción al tratamiento jurídico de la contratación por medios electrónicos (EDI)", cit. 2; AZOFRA, *RDBB* nº 68, 1997, 1101. STS 30-XI-92
- ⁷³ STS 5-II-88; SERRA DOMINGUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, T. XVI Vol. 2º, Madrid 1981, art. 1215, p. 92 y ss.; ALVAREZ-CIENFUEGOS, "Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos", *La Ley* 1992-4, 1012 y ss., 1024.
- ⁷⁴ En todo caso, la caracterización como documento privado no depende de que el "documento" vaya firmado (MEZQUITA DEL CACHO, en Díez Picazo/Paz-Ares/R. Bercovitz/Salvador, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid 1991, art. 1225.II.a), p. 356; OLIVER LALANA, *La Ley* 1999-1: "todo 'documento' consiste en un soporte (continente), un medio de grabación de signos convencionales, un lenguaje y un mensaje (contenido)". También en los trabajos de UNCITRAL se preconiza un criterio funcional de "escrito" que permite englobar estas nuevas técnicas de representación (MADRID PARRA, *RDM* nº 207, 1993, 131). En contra VATTIER FUENZALIDA, *RGLJ*, III época, 1, 1999, 83, quien equivocadamente cita a DÍAZ FRAILE, *La Ley*, 24-XI-1998, 4, cuando en realidad este autor mantiene la tesis mayoritaria que viene a reconocer la condición de "documento" y el correspondiente valor probatorio a los "documentos electrónicos".

privados, la mejor manera de definirlos partiría de utilizar un camino de tipo negativo, entendiendo que lo son todos los documentos que no reúnan los caracteres para ser calificados como documentos públicos⁷⁵.

De hecho, la misma legislación mercantil admite ya que los documentos contables o los libros de actas que deben llevar las sociedades mercantiles (libros de contabilidad, pero también el libro registro de acciones nominativas de una sociedad anónima o el de participaciones en una sociedad de responsabilidad limitada) sean producidos por medios informáticos (art. 27 Ccom). Pues bien, todos los libros de los comerciantes, sea cual sea la forma que adopten -lo que incluye a los que se llevan a través de soporte informático-, constituyen en medio de prueba, cuyo valor es el que le atribuyan los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho (art. 31 Ccom; *vid* también art. 297 RRM).

2. En todo caso, una cosa son los medios de prueba admitidos y otra la capacidad de convencimiento -valor probatorio- que merezcan. Al igual de lo que se ha dicho para los libros de los comerciantes, en la valoración de los medios de prueba, el juez dispone de plena libertad para apreciar el valor se deba reconocer a cualquier documento. No rige con carácter general en España un sistema de prueba legal, en el que el legislador establezca una vinculación del juez respecto de determinados instrumentos de prueba.

No obstante, los documentos públicos y los documentos privados en los que se ha reconocido la firma disfrutan de un valor probatorio reforzado (art. 1218 Cc). En efecto, cuando ante el juez se produce el reconocimiento de las firmas contenidas en el documento privado, éste adquiere el valor probatorio que se reconoce a una escritura pública⁷⁶. En concreto, la eficacia

■ ⁷⁵ CORDON MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, T. XVI Vol. 2º, Madrid 1981, art. 1225, p. 179; OLIVER LALANA, *La Ley 1999-1*; esta calificación negativa del documento privado como todo aquel que no reúne las características para ser calificado como público es la que se deriva del art. 325 del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil.

■ ⁷⁶ La equiparación es, en todo caso, sólo a los efectos del valor probatorio de ambos documentos. Las divergencias entre los autores se suscitan en relación al alcance objetivo de esta identidad del valor probatorio "legal" que se atribuye a una escritura pública otorgada ante

probatoria privilegiada radica en que el documento hará prueba del hecho de haberse realizado las declaraciones jurídico-negociales, si bien no se demuestra la sinceridad de su contenido⁷⁷. Por lo tanto, la posibilidad de que un documento privado adquiera el valor probatorio privilegiado que deriva de su "conversión" en un documento equivalente a una escritura pública depende de que venga firmado⁷⁸. La firma cumple la función de autenticar que un documento es imputable al que lo suscribió⁷⁹, pero igualmente la inclusión de la firma en cada folio del documento acredita que el mismo es asumido por el suscriptor sin que haya sufrido alteraciones.

Sin embargo, la autenticidad de un documento puede alcanzarse por medios distintos al reconocimiento de la firma por su autor. La presencia de una firma en el documento, según se prevé en el Código civil en el artículo 1225 Cc, abre el camino para iniciar el procedimiento de reconocimiento judicial de la firma y convertir, de esta manera, el documento privado en un documento con el valor probatorio privilegiado que se reconoce a una escritura

notario y a un documento privado con reconocimiento ante el juez de la firma (cfr. a favor de una amplia equiparación CORDON MORENO, ob. cit., 180 y 198; en contra MEZQUITA DEL CACHO, *Comentario del Código civil*, II, art. 1225., III.b), y 358 y allí más referencias).

- ⁷⁷ CORDON MORENO, cit., art. 1225, 181.
- ⁷⁸ Ahora bien, incluso aunque no llegue a estar firmada y reconocida la firma no puede negarse que el documento privado que no haya sido tachado de falso sigue teniendo el valor de una prueba documental a los efectos de facilitar el convencimiento del juez sobre los hechos alegados. En relación con la ausencia de la firma manuscrita en la carta de porte del transporte terrestre la doctrina y jurisprudencia comparada señalan que la ausencia de la firma no acarrea la invalidez del contrato pero sí puede dificultar la prueba de que el emitente que no ha firmado la carta es realmente parte del contrato. Ello no obstante, en ausencia de la carta de porte o de la firma, los tribunales podrán considerar otros medios de prueba (BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen 1987, 385, con indicaciones válidas para los conocimientos de embarque; CLARKE, *International Carriage of Goods*, 96, con referencias jurisprudenciales de diversos países; *vid* también RECALDE, "La firma de las partes del contrato en la carta de porte (firma manual y firma impresa, mecánica o electrónica). El régimen del Código de comercio y del Convenio internacional sobre transporte por carretera -CMR", *Revista General del Derecho*, nº 606, marzo, 1995, págs. 2229 y ss.).
- ⁷⁹ Se ha recordado que el valor de la firma como instrumento de autenticación es relativamente reciente en la historia, "por lo que no existe razón alguna para no incluir dentro de la prueba documental otros medios de reproducción representativos y preconstituidos, que, una vez verificados, cumplirán la misma finalidad, y probablemente con una mayor seguridad" (SERRA DOMINGUEZ, *Comentarios*, cit., 93).

pública⁸⁰. En efecto, a aquél a quien se oponga una obligación reflejada por escrito y en la que incluya la que aparentemente es su firma, podrá exigírsele el reconocimiento de la misma y, si se resiste a admitir como propia la firma, los tribunales pueden presumir el citado reconocimiento (*ficta confessio* art. 1226.III Cc)⁸¹. Cabe, por tanto, un reconocimiento expreso (art. 604.I LEC) u uno tácito (art. 604.II) de la emisión y autoría de un documento no firmado (art. 604 LEC)⁸². Pero en ausencia de cualquier apariencia de "firma" resultará más difícil admitir la aceptación.

La ley prevé otros instrumentos para acreditar la autoría o la autenticidad de un documento privado distintos del reconocimiento (art. 604.II LEC). Nos referimos a la prueba pericial derivada del cotejo de letras (que no tienen que venir referidas necesariamente a la firma) (arts. 606 y ss. LEC)⁸³.

■ ⁸⁰ CORDON MORENO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XVI Vol. 2º, cit., art. 1225, 179.

■ ⁸¹ La presunción de la autoría y autenticidad del documento a partir de la negativa a manifestar el reconocimiento de que se trata de la propia firma no resulta obligado para el juez, quien, a pesar de la citada negativa, puede no concluir que se haya producido tal confesión de aceptación del documento como propio (CORDON MORENO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, art. 1226, 186; MEZQUITA DEL CACHO, *Comentario del Código civil*, art. 1227.II, 360 y s.). En todo caso, es difícil que pueda establecerse la presunción de confesión a partir del rechazo a reconocer un documento como propio, cuando falta una firma autógrafa y lo que hay en el documento es una firma impresa, un sello u otro procedimiento mecánico o electrónico de "identificación" del emitente. Sobre la imposibilidad de equiparar el sello de la empresa mercantil a la firma del empresario ya la vieja jurisprudencia de STS 23-V-35, cit. por GUTIERREZ DE CABIEDES, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. Albaladejo, T. XVI Vol. 2º, Madrid 1981, 106.

■ ⁸² Como se ha señalado (DAVARA, *Derecho informático*, Pamplona 1993, 400) los usuarios de servicios de intercambio electrónico de datos (*Electronic Data Interchange, EDI*), suelen incluir cláusulas de aceptación mutua de los documentos electrónicos que se generen por esta vía. No obstante, es discutible que estas cláusulas sirvan como aceptación anticipada del valor del documento que después se emita y que se pretenda hacer valer en juicio como prueba con los efectos del art. 604.II LEC, ya que este precepto se refiere a la aceptación realizada "en los escritos de contestación, réplica o dúplica".

■ ⁸³ Sobre el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de que la autenticidad de los documentos privados se puede probar por cualquiera de los medios de prueba conocidos en Derecho vid. CORDON MORENO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, art. 1226, 190; en relación con el sometimiento a la prueba pericial sobre el contenido y autenticidad de un documento informático DAVARA, *Derecho informático*, 407.

Este instrumento probatorio de carácter pericial es el que permite acreditar que el documento es obra de su pretendido autor, aunque, a pesar de los avances técnicos, siempre es posible una falsificación de la firma o de la letra.

En definitiva, el valor probatorio del documento privado se vincula a la firma -previo reconocimiento expreso o tácito- que acredita su autenticidad o a la imputación a su autor por peritos. Pues bien, en la medida en que las llamadas "firmas electrónicas" fueran capaces de proporcionar el mismo nivel de seguridad en relación con la autenticidad e integridad de un documento que el que proporcionan las firmas manuscritas, su desconocimiento a los efectos probatorios reflejaría un anacronismo necesitado de reforma⁸⁴. Así lo ha entendido el legislador comunitario y el español al equiparar uno y otro tipo de documentos en determinados casos⁸⁵. Desde el punto de vista probatorio ello debería entenderse en el sentido de que respecto de un documento con firma electrónica los tribunales podrán entender tácitamente reconocida su autoría en caso de una negativa a manifestarse por parte del firmante aparente (art. 1226.III Cc). Por lo demás, en la medida en que se aceptara la calificación del documento electrónico como "documento privado", este constituiría un medio de prueba cuya capacidad de convencimiento del juez dependería de la concurrencia de otros medios de prueba, capaces de acreditar la autoría e integridad del documento⁸⁶.

- ⁸⁴ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, "Hacia un marco europeo sobre firmas digitales y criptografía", *RDM* nº 228, 1998, 707.
- ⁸⁵ De cualquier manera, las dificultades técnicas existentes a la hora de garantizar que no se ha producido la falsificación en la firma electrónica o la integridad del documento explican que las propuestas legislativas limiten la plena equiparación respecto de los documentos electrónicos "avanzados" o "cualificados" que cumplen requisitos técnicos reforzados (art. 3.1 Real Decreto-Ley 14/99). Sin embargo, esta opción contradice la libertad de valoración del juez, en oposición a nuestro tradicional modelo probatorio. Por ello, el art. 3.3 se ve obligado a prever que otras firmas electrónicas no pueden ser "*excluidas como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica*".
- ⁸⁶ Por el contrario, para el Derecho procesal alemán se señala que la "incorporación" a un documento privado no puede ser modificada por un acuerdo entre las partes según la cual se considerar equivalente un documento electrónico al que se refleja en un soporte material (GEIS, NJW 1997, 30003). Otra cosa es entender que la equiparabilidad de los documentos no se prevea por el legislador sólo en el ámbito probatorio, sino también a los efectos del cumplimiento de la

Se trata, por tanto, de identificar los procedimientos técnicos capaces de garantizar pericialmente y con la suficiente seguridad la referibilidad de un mensaje-documento a su pretendido autor y su no alteración. En efecto, los mayores inconvenientes en el desarrollo de la contratación electrónica derivan de la nada fácil determinación de la autoría de una declaración cuando esta no ha sido reconocida expresa o tácitamente. Todas estas cuestiones suscitan el problema de las **firmas electrónicas**, sector en el que los estudios pioneros en nuestro país, y los más rigurosos y atentos se han realizado desde la Universidad de las Islas Baleares entre un grupo de investigadores en el que participan destacados mercantilistas e informáticos.

VII. Las firmas electrónicas.

1. Los mayores riesgos en la contratación electrónica son los de falsificación de la autoría de un mensaje o de su contenido (falsificación total o parcial, mediante su alteración), así como el de que los terceros lean un mensaje que se quería secreto. Esta última cuestión se vincula con el derecho a la intimidad y, por ello, no va a ser objeto de mi atención. Los dos primeros problemas, por el contrario, sí que serán brevemente considerados en este lugar⁸⁷. Lo cierto es que los mayores obstáculos al desarrollo del comercio electrónico provienen de la desconfianza frente a la autenticidad de los documentos producidos o transmitidos por estos nuevos cauces de comunicación. En este sentido, es tarea fundamentalmente de los técnicos la generación entre los operadores de una confianza, quizás sicológica, en que la seguridad a través de los nuevos procedimientos es al menos similar a la que se podría alcanzar a través del papel y de la firma manual.

En el caso de la firma manuscrita esta puede ser autenticada mediante reconocimiento expreso o presunto, pero también a través de mecanismos

forma "escrita" en los contratos en los que así se exige. En este caso, sí que entendemos que resultaría necesaria una expresa manifestación legislativa.

■ ⁸⁷ En RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte*, 402 y ss, ya identificábamos estas cuestiones como los supuestos problemáticos de la emisión y transmisión mediante procedimientos electrónicos de los conocimientos de embarque. Con mayor detalle en la actualidad MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 33 y ss.

periciales caligráficos que ofrecen una alta seguridad sobre la referibilidad del documento manuscrito o firmado a su autor. La cuestión radica en precisar cómo alcanzar la misma fiabilidad respecto de la imputabilidad a una persona de un documento electrónico. La técnica pericial caligráfica hoy en día es, con todos sus defectos, relativamente fiable. Por otro lado, la alteración o falsificación de los mensajes, cuando constan en el papel, resultan apreciables por los sentidos. En cambio, en un mensaje electrónico no quedan huellas de esa alteración⁸⁸. Conviene comprobar, por tanto, si existe algún mecanismo para garantizar con similar fiabilidad que no se producen esas alteraciones. Para ello se han creado procedimientos llamados de "firma electrónica" que pretenden garantizar que un determinado documento o mensaje es exclusivamente imputable a una persona y que no ha sido objeto de modificación alguna. Por firma electrónica se enciende *"cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita"*⁸⁹. La Directiva sobre un marco común para la firma electrónica y servicios relacionados, por su parte, la define como aquella firma en forma electrónica integrada en unos datos, anexa a los mismos o asociada con ellos, que utiliza un signatario para expresar conformidad con su contenido y que cumple los siguientes requisitos: está vinculada únicamente al firmante; es capaz de identificar al firmante; está creada de un modo o utilizando un medio que está únicamente bajo el control del firmante; y, con el fin de acreditar que no se ha modificado, está vinculada a los datos a los que se refiere de tal forma que si los datos son alterados la firma electrónica es invalidada.

2. Las modalidades de firmas electrónicas son múltiples: las hay incluso que reproducen digitalmente la firma manual; pero las más seguras son las firmas digitales en las que se usan sistemas de criptografía para garantizar la autenticidad en la autoría de un documento. Merecen

- ⁸⁸ Comparen entre borrar o tachar por cualquier medio una cláusula escrita en papel y, a continuación, el procedimiento de oprimir la tecla "suprimir" en relación con un párrafo o con un bloque de varias páginas de un texto incluido en un archivo del ordenador.
- ⁸⁹ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 37.

mencionarse especialmente los siguientes tipos o clases de firmas criptográficas:

- **Los sistemas de criptografía simétrica o de clave secreta** presuponen que emisor y destinatario comparten la misma clave: el emisor encripta un mensaje y lo envía al receptor, quien lo descifra aplicando la misma clave. Garantiza la integridad y la autenticidad *inter partes* en tanto en cuanto la clave se mantenga en secreto. Pero implica una relación cerrada a determinados intervenientes que han acordado esta forma de contratar entre ellos y que se han comunicado las correspondientes claves⁹⁰.
- **Los sistemas de criptografía asimétrica**, por el contrario, son de desarrollo más reciente. En ellos el mensaje se cifra por el emisor con la clave privada que sólo él conoce y se descifra por el receptor utilizando la clave pública del mismo emisor que es asequible a cualquiera. El mensaje cifrado sólo se puede descifrar con la clave pública si ha sido cifrado con la correspondiente clave privada. En todo caso, a través de la clave pública y del mensaje cifrado no es posible saber cuál es la clave privada que lo cifró. En este sentido, si el receptor consigue descifrar un mensaje con una clave pública es consciente que ha sido firmado y cifrado con la clave privada complementaria⁹¹. En efecto, la clave pública de un emisor sólo sirve para descifrar el mensaje ocultado o cifrado por el titular de esa misma clave. En este sentido, cuando la clave pública se aplica a la firma digital elaborada con la clave privada, el destinatario podrá a través de la clave pública descifrar el mensaje creado con la clave privada del emisor pero sólo los mensajes de este⁹². Con este sistema se evitan los riesgos de comunicar claves secretas o de su pérdida,

- ⁹⁰ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 695, 696; MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 43.
- ⁹¹ ALCOVER GARAU, Prólogo a MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 18.
- ⁹² JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 698.

con lo que se abre enormemente el ámbito de los posibles intervenientes en la operación⁹³.

Las firmas digitales también ofrecen a los intervenientes en el tráfico una importante garantía sobre la autenticidad e integridad del mensaje. El mensaje únicamente será legible cuando ha sido cifrado utilizando la clave privada del emisor. La clave privada sólo está autorizado a utilizarla el firmante titular. Sin embargo, y en ello radica una importante diferencia con la autenticidad que deriva de una firma manuscrita, la "firma" puede provenir de un tercero cuando la clave haya sido robada o por otro conducto haya llegado al conocimiento de un tercero no autorizado por otro conducto. Por lo tanto, no se excluyen todos los riesgos, dado que sería posible que alguien distinto del titular utilizara la clave privada, con lo que nos enfrentaríamos ante el problema de falsificación de las firmas digitales y a la necesidad de asegurar la conservación de estas firmas⁹⁴. Este riesgo sólo puede excluirse con la intervención de un fedatario público en el mismo acto de "firma" del documento. En todo caso, riesgos similares se plantean en relación con el uso ilícito de tarjetas electrónicas bancarias o, incluso, con la falsificación de firmas autógrafas.

3. Para aminorar tales riesgos y asegurar la imputación de un documento a una determinada clave de una persona (garantía de que la clave pública corresponde con la privada del firmante) se crearon sistemas de distribución segura de claves. La asociación de una clave a una determinada

▪ ⁹³ El carácter absolutamente secreto de este tipo de sistemas han dado lugar a que en algunos países se limite la comercialización de productos criptográficos, dado el interés público en intervenir las comunicaciones en el caso de tráficos ilícitos. Otra alternativa es la obligación de depósito de las claves privadas o la disminución de la calidad de las claves comercializadas con el fin de que, si fuera necesario, se pueda conocer la clave privada a través de la pública. En Francia existe ya este tipo de regulación restrictiva, pero el tema es discutido en otros países en relación, p. ej., con el comercio de armas (USA) JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 711.

▪ ⁹⁴ ALCOVER GARAU, *CDC* nº 13, 1994, 23 y ss., destaca otros inconvenientes derivados de la ausencia de mecanismos que acrediten o acusen el recibo de un mensaje electrónico.

persona puede garantizarse de diversas maneras⁹⁵: puede ser el fruto de la creación de un registro de claves públicas gestionado por terceros, de una *web of trust*, o de las tradicionalmente llamadas Autoridades de certificación, modelo que hoy es el que parece irse imponiendo⁹⁶.

En el Real-Decreto-Ley sobre firmas electrónicas estas entidades son calificadas como “prestadores de servicios de certificación”. Se trata de entidades que disfrutan de confianza entre las partes intervinientes en una transacción, consistiendo su objeto en emitir certificados que acreditan que una clave realmente corresponde a determinada persona y sólo a ella⁹⁷. En todo caso, las empresas prestadoras de servicios de certificación carecen de la competencia para la dación de estricta fe pública desde un punto de vista jurídico⁹⁸. En este sentido, su intervención en orden a la “acreditación” de un

■ ⁹⁵ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 698; MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 62.

■ ⁹⁶ Señala JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 700, nt. 6, que en el pasado se hablaba de “Terceras partes de Confianza (*Trusted Third Party*), para las autoridades de certificación y para las entidades que llevan a cabo servicios de acceso a llaves privadas, aunque desde la Comunicación de la Comisión europea de 1997, esta denominación se reserva para las segundas entidades.

■ ⁹⁷ A envía un mensaje firmado a B al que acompaña un certificado emitido por la autoridad de certificación; la clave pública de la autoridad de certificación es pública de manera que B puede usar esa clave para verificar la firma del certificado enviado por A con el mensaje, el cual contiene la clave pública de A (JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 701; GALINDO, "Los servicios de fiabilidad de las comunicaciones electrónicas", *La Ley* 3-III-1997). La tarea desempeñada por las Autoridades de certificación se extiende también a la acreditación de que en el momento de la creación de mensajes electrónicos estaban en vigor y no habían sido revocadas las claves públicas y privadas; para ello existen sistemas de sellos temporales que acreditan el momento de la emisión del mensaje e impiden su posterior modificación. En todo caso, se suele prever un periodo de caducidad en la vigencia de los certificados, que el art. 9.1 del Anteproyecto de ley española fija en 5 años. En el mismo precepto se prevén otras causas de caducidad, pero en más de un caso no es fácil que el tercero al que va destinado el certificado conozca el acaecimiento de estas circunstancias (p. ej. fallecimiento del signatario o de su representante). Ciertamente se obliga al prestador de servicios de certificación a hacer pública la extinción de la eficacia del certificado, pero no se contempla la forma que debe adoptar esta publicidad.

■ ⁹⁸ OLIVER LALANA, *La Ley* 1999-1, entiende que la identificación de los documentos electrónicos a los documentos públicos sólo es admisible en la medida en que un fedatario público actuara como entidad certificante y los documentos estuvieran firmados por el

mensaje ofrece una singular capacidad de convencimiento de las partes o del juez, pero nunca convertirán a los documentos electrónicos acompañados de tales “certificados” en documentos públicos.

4. Sin embargo, las mayores dificultades provienen de que el comercio electrónico es un comercio internacional, lo que demanda que las autoridades de certificación operen en un ámbito transfronterizo o que se establezcan sistemas de reconocimiento internacional de certificados. La Directiva opta por un reconocimiento mutuo de los Estados miembros respecto de las empresas que presten sus servicios en los demás estados miembros.

Con ocasión de los trabajos de elaboración de la Directiva se planteó la Comisión si no sería oportuno restringir el acceso a la prestación de la actividad propia de las autoridades de certificación a través de un sistema de licencias⁹⁹. La Propuesta de directiva rechazó los modelos en el que para operar en este sector se requería una licencia. Sin embargo, admite la coexistencia de sistemas de licencias y de otros en los que las autoridades de certificación puedan operar sin necesidad de licencias en régimen de libre competencia. Este último modelo es aquel por el que se ha inclinado el Real Decreto-Ley en su art. 4. Se pretende instaurar un régimen de estricta competencia en donde los usuarios pueden elegir en función de los precios y de la seguridad de los certificados que se emiten por las empresas prestadoras de los servicios. No obstante, esa libertad de competencia se puede ver mediatisada por la previsión de sistemas “voluntarios” de acreditación de los prestadores de servicio (art. 6) y por la previsión de un Registro de discutible naturaleza en el que deben inscribirse los prestadores de servicios de certificación (arts. 7 y 11.g).

5. Se ha criticado que la Directiva sobre firma electrónica indique que la equiparación de los documentos electrónicos respecto de los documentos privados se limite a los realizados con firmas electrónicas acreditadas por

fedatario, siempre que, además, se tratara de uno de los certificados “cualificados” a los que se refiere la Directiva sobre firmas electrónicas o los “reconocidos” a los que se refiere el art. 2.j y 8 del Real Decreto-Ley.

▪ ⁹⁹ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 703 y ss.

autoridad de certificación. Efectivamente, el valor privilegiado de estos mensajes no debería excluir la eficacia probatoria de los documentos emitidos sin tales sistemas reforzados de garantía sobre la distribución de la firma. En los sistemas cerrados de claves privadas simétricas, no operan, ni son necesarias, las empresas de certificación y no parece que por ello esté justificado que se niegue valor a los documentos emitidos con este tipo de firmas; incluso aunque estas carezcan del visado de las autoridades de certificación¹⁰⁰.

Por otro lado, el enfoque tecnológico neutro que preside todos los trabajos legislativos parece que debería ir por la vía de reconocer eficacia probatoria a cualquiera de las formas de acreditar la autenticidad e integridad de los mensajes que ofrece hoy la electrónica, sin perjuicio de la libertad del juez para valorar posteriormente la prueba (art. 3.2 Real Decreto-Ley).

De cualquier manera, debe observarse que el valor probatorio de los documentos electrónicos acompañados de los certificados de autorización depende de la intervención de estas empresas en la certificación. Pero también de los procedimientos técnicos con arreglo a los cuales se ha producido el documento. En este sentido, la Directiva distingue a estos efectos entre certificados emitidos por una autoridad de certificación “cualificados” o “no cualificados”¹⁰¹. Los mensajes acompañados del primer tipo de certificados son plenamente equivalentes a los documentos manuscritos. Aunque no se excluirá la existencia de certificados que no cumplan todos los requisitos de los certificados “cualificados” en aquellos sectores en los que el bajo coste de la operación no justifique la satisfacción de altos costes en seguridad.

La misma solución adopta el Real Decreto-Ley distinguiendo entre “firma electrónica” y “firma electrónica avanzada” (art. 1) y atribuyéndose el valor probatorio más intenso a los “certificados reconocidos” aplicables a los

■ ¹⁰⁰ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 708; también JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 308.

■ ¹⁰¹ El Anexo II de la Propuesta de Directiva menciona el contenido que deben tener los certificados “cualificados”. BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 307 y s.

mensajes que incluyan la información del art. 8 y hayan sido emitidos por un prestador de servicios de certificación que cumpla las exigencias técnicas, de seguridad y de solvencia financiera del art. 8.

En definitiva cabría concluir que existirán diferentes firmas electrónicas, cuyo valor probatorio -capacidad de convencimiento sobre la autoría e integridad- también será distinto en función de que sean o no digitales o de otras circunstancias que hacen referencia a su seguridad técnica, o de que estén visadas o no por una autoridad certificativa o un "prestador de servicios de certificación"¹⁰². Indudablemente, el grado máximo de seguridad se obtiene cuando la firma digital ha sido autenticada ante notario, al realizarse la operación ante un fedatario público; en este caso podríamos encontrarnos ante un estricto documento público. Sin embargo, tal situación generalmente no concurren en el caso de los documentos "visados" por los "prestadores de servicios de certificación", aunque a veces se les hayan denominado "notarios electrónicos". Una firma electrónica verificada con un certificado de una empresa independiente puede proporcionar elementos indicativos a los efectos de una valoración probatoria que permiten imputar un mensaje electrónico a una determinada persona, pero en ningún caso este documento resulta paragonable al redactado con la intervención de un fedatario público.

VIII. Responsabilidad de las entidades de certificación.

1. Como se ha podido avanzar antes, el desarrollo y la confianza en el comercio electrónico dependen en buena medida de la que merezcan y sean capaces de generar las autoridades de certificación. Es en relación con el establecimiento, funcionamiento y régimen de estas entidades donde más han incidido las reformas legislativas. El objetivo de la Directiva es reconocer en toda la Unión europea los certificados emitidos en alguno de los estados miembros; garantizar el cumplimiento por estas entidades de las leyes y, especialmente, de las normas sobre protección de datos; delimitar, de alguna manera, el reparto de riesgos y responsabilidades entre el solicitante de estos

■ ¹⁰² MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 65 y s. con referencia a estas clasificaciones en los trabajos de UNCITRAL.

servicios y la empresa prestadora; y, en fin, ofrecer un seguro de cobertura mínimo por las responsabilidades en las que pudieran incurrir las citadas empresas.

No cabe analizar todas estas cuestiones con el detenimiento que merecen, si bien brevemente se hará alguna referencia a la responsabilidad de estas empresas; en concreto, a la naturaleza de esta responsabilidad y a la eficacia de las cláusulas relativos a la misma, por un lado, y, muy brevemente, al reparto de riesgos entre estas empresas y los destinatarios de sus servicios¹⁰³.

2. Como antes indicamos, en la actualidad, en ausencia de sistemas legales de fe pública, y ante la misma dificultad para que estos se desarrollen en un plano internacional, son entidades privadas las que vienen a cumplir estas funciones en un régimen de libre competencia y, en todo caso, son privadas las reglas que regulan las relaciones entre las intervenientes.

Indudablemente, la relación que une a estas entidades y a sus usuarios es de naturaleza contractual. Las "prestadoras de servicios de certificación" redactan un "estatuto" que incluye las condiciones generales de la contratación a las que se adhieren las empresas y consumidores usuarios de los servicios. Sin embargo, difícilmente se puede identificar contrato alguno concluido entre la autoridad de certificación y el tercero que verifica en el certificado la correspondencia entre el auténtico autor del mensaje y el pretendido emisor.

Por consiguiente conviene distinguir: en las relaciones entre el titular de la clave y la autoridad de certificación la responsabilidad vendrá determinada en los términos del contrato. Y ello afecta tanto a la responsabilidad del usuario por el mal uso de la clave como a la de la entidad de autorización. En este ámbito probablemente no existen diferencias importantes respecto del reparto de obligaciones y responsabilidades previsto para las tarjetas de crédito bancarias y otros instrumentos de "dinero

■ ¹⁰³ En relación con la responsabilidad de estas entidades con ocasión de la emisión de certificados erróneos o falsos *vid* MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 228 y ss.; JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *RDM* nº 228, 1998, 701 y ss.

electrónico"¹⁰⁴. En este sentido, al titular de la clave se le hará responsable de una incorrecta, errónea o abusiva utilización de la referida clave¹⁰⁵ en el caso de una objetiva infracción de los deberes de cuidado y confidencialidad que, en virtud del contrato, recaen sobre él¹⁰⁶.

Ahora bien, como indicábamos, estos tipo de contratos se concluyen habitualmente mediante condiciones generales y suele ser habitual que las empresas prestadoras inserten en ellas cláusulas de exoneración de responsabilidad. En relación con la validez y eficacia de estas cláusulas es necesario distinguir. En los contratos con consumidores la disposición adicional primera 10 LGDCU, declara abusivas, y por tanto nulas, las cláusulas que supongan "*la exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato...*". Sin embargo, esta norma no

- ¹⁰⁴ ROTT, *NJW-CoR* 7/98, 423. Sobre el régimen de las tarjetas bancarias *vid* GÓMEZ MENDOZA, "Tarjetas bancarias", en García Villaverde dir., *Contratos bancarios*, Madrid 1992, 363 y ss.; ANDREU MARTÍ, "Consideraciones en torno al pago con tarjetas electrónicas", en AAVV, *Encuentros sobre informática y Derecho. 1994-1995*, coord. Davara, Pamplona 1995, 195 y ss.; GETE ALONSO, *Las tarjetas de crédito*, Madrid 1997, *passim*; RAMOS HERRANZ, "Tarjetas electrónicas: problemas de nuevo cuño y continuidad de los de corte clásico", en *Contratos mercantiles especiales. Cuadernos de Derecho judicial*, 1997, 419 y ss.
- ¹⁰⁵ Nos referimos fundamentalmente a los supuestos de utilización de la clave por una persona distinta de su titular, bien sea como consecuencia del hurto de la tarjeta en la que viene reflejada citada clave, bien como consecuencia del conocimiento de esa clave adquirido por cualquier otro medio por un tercero no autorizado a utilizarla; pero también habría que plantearse el supuesto de un abuso por el titular de la clave para la realización de transacciones a los que no está autorizado en virtud del contrato concluido con la empresa prestadora de servicios de certificación (supuestos similares se plantean para las tarjetas bancarias, *cfr* RECALDE, voz "Tarjeta de cajero automático (tarjeta de débito)", *EJB*, Madrid 1995, 6468 y s.). De cualquier manera la afirmación de la responsabilidad del titular de la clave como consecuencia de que esta haya sido utilizada sin su voluntad pero por un hecho a él imputable difícilmente puede equipararse con una declaración de voluntad negocial. Una cosa es que el titular de la clave deba responder en virtud de la vulneración de los pactos contractuales con el emisor del certificado, y otra distinta que podamos identificar en este supuesto una voluntad capaz de dar lugar a un contrato entre el titular de la clave y el tercero cuando no ha habido voluntad contractual alguna; la responsabilidad será, todo lo más, por la apariencia creada (no obstante, DAVARA, *Manual de Derecho informático*, 181).
- ¹⁰⁶ ULTSCH, "Zugangsproblem bei elektronische Willenserklärungen. Dargestellt am Beispiel der Electronic Mail", *NJW*, 1997, nº 45, 3007, 3008.

opera en las relaciones contractuales con empresarios (art. 8 LCGC). Ahora bien, ya ahora con carácter general, tampoco serán válidas las cláusulas por las que este tipo de empresas se exonera del daño causado por dolo (al que se equipara por la doctrina dominante la culpa grave¹⁰⁷) (arts. 1102 y 1107 Cc).

Ahora bien, como se indicó, la función de estas empresas es generar confianza en los terceros a los que se presentan los certificados y es aquí donde adquiere mayor relieve la eficacia de estas cláusulas. La exoneración de responsabilidad invocada por el prestador de servicios de certificación desvirtúa en gran medida el valor y la confianza del certificado que acredita la autenticidad del documento y, en este sentido, van directamente en contra de la finalidad que subyace a la actividad de estas empresas. Ello ha conducido a que desde algún sector se haya afirmado que estas cláusulas son, con carácter general, nulas¹⁰⁸.

Por nuestra parte creemos que es posible delimitar un cierto ámbito de validez de las cláusulas en las relaciones entre quienes son parte en el contrato de prestación de los servicios de certificación. Sin embargo, en las relaciones entre las empresas prestadoras de los citados servicios de certificación y los terceros, la responsabilidad de las primeras proviene de la "apariencia" creada por el certificado al indicarse que una "firma" corresponde a una determinada persona¹⁰⁹. Esta responsabilidad es de naturaleza extracontractual por lo que no serían oponibles a los terceros las cláusulas exoneratorias. Pero, como decíamos, su fuente se encuentra en la apariencia creada por el certificado emitido por la citada entidad. En este sentido, quizá deban considerarse válidas las cláusulas por las que la entidad limita o excluye su responsabilidad en determinados casos o hasta cierta

■ ¹⁰⁷ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, 362 y s.; la equiparación de la culpa grave al dolo no es, en todo caso, una opinión que esté expresamente recogida en el Código ni deja de ser objetada por algún sector muy relevante de la doctrina (DÍEZ PICAZO, L, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 609 y s., para quien no cabe la distinción entre diferentes grados de culpa, ni se puede, por tanto, equiparar a los efectos de los citados preceptos el dolo a la culpa grave).

■ ¹⁰⁸ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 226 y s.

■ ¹⁰⁹ MARTÍNEZ NADAL, *Comercio electrónico*, 239.

cantidad, si el supuesto objetivo aparente -el certificado- incluía una expresa referencia a aquella limitación.

En el texto de la Directiva se reconoce la posibilidad de una exoneración de responsabilidad de la entidad acreditante cuando se fijaron determinadas restricciones al uso del certificado, así como una limitación de la deuda a resarcir en caso de responsabilidad (y no limitación de la responsabilidad, como dice la propuesta de Directiva) cuando la citada entidad fijará el *quantum* máximo de la indemnización resarcitoria que asumiría. En todo caso, ambas limitaciones deben constar en el mismo certificado (en este sentido art. 5 de la Directiva y el art. 14.2 del Real Decreto-Ley). En efecto, creo que cabe admitir la posibilidad de que se limite la deuda resarcitoria o los supuestos de responsabilidad, si en el certificado se consignó el citado límite en cuanto al uso o al importe del valor de las transacciones válidas. De cualquier manera el art. 1544 del Real Decreto-Ley sobre firma electrónica señala que lo dispuesto en el artículo 15.2¹¹⁰ se establece sin perjuicio del régimen de tutela de los consumidores y usuarios. Ello plantea alguna duda respecto de la oponibilidad frente a los consumidores de las cláusulas de exoneración que constan en el certificado de autorización, dado que, en realidad, el fundamento de la acción que estos podrían ejercitar frente a este tipo de entidades se encontraba precisamente en la apariencia derivada del documento, lo que comprende las cláusulas exoneratorias.

3. En lo que a la distribución de los riesgos se refiere, la carga de la prueba de que se obró con la debida diligencia debería recaer sobre la empresa prestadora de los servicios. No puede imputarse la carga de probar la negligencia al tercero, pues esta prueba puede resultar enormemente difícil.

Sin embargo, quizás sería conveniente observar que en sectores similares se aprecia una cierta tendencia a establecer una responsabilidad por

■ ¹¹⁰ La redacción utiliza una expresión negativa que oscurece la comprensión de la norma. Dice así: "El prestador de servicios de certificación sólo responderá de los daños y perjuicios causados por el uso indebido del certificado reconocido, cuando no haya consignado en él, de forma claramente reconocible por terceros, el límite en cuanto a su posible uso o al importe del valor de las transacciones válidas que pueden realizarse empleándolo".

riesgo de carácter objetivo. Sin llegar a ello, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por UNCITRAL propone establecer una presunción de responsabilidad que sólo puede ser rebatida por la autoridad de certificación si demuestra que actuó con la debida diligencia¹¹¹.

La Directiva sólo regula la responsabilidad de las entidades de certificación en el caso de emisión de certificados cualificados, de manera que en el caso de certificados no cualificados serán aplicables las reglas generales de responsabilidad¹¹². Pues bien, en cuanto a la responsabilidad por certificados cualificados se prevén las siguientes reglas: Se trata de un régimen de responsabilidad tan sólo aplicable a las relaciones entre la autoridad de certificación y los terceros, por lo que en las relaciones *inter partes* operarán las reglas generales en materia cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad contractual antes mencionadas.

La responsabilidad se refiere a la exactitud de la información contenida en el certificado, incluyendo la fecha de su emisión (a no ser que se pacte otra cosa), el cumplimiento de todas las exigencias establecidas en la Directiva, la garantía de que el emisor del certificado es su autor, y otras circunstancias.

Del texto de la Directiva, sin embargo, no se puede deducir con claridad el *standar* de diligencia exigible, aunque se ha afirmado que, a la luz del art. 6.2, se trataría de una responsabilidad de tipo objetivo¹¹³. No

■ ¹¹¹ Sobre la conveniencia de una norma legal que expresamente reconociera la inversión de la carga de la prueba (POULET/JULIÀ-BARCELÓ, "Health Telematics Networks: Reflections on Legislative and Contractual Models Providing Security Solutions", *The EDI Law Review*, nº 4, 177 y ss.), de manera que al ejerciente de la acción sólo se le pudiera exigir la prueba del daño y de la relación de causalidad.

■ ¹¹² Art. 6 (JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 309).

■ ¹¹³ JULIÀ-BARCELÓ/VINJE, *Computer Law & Security Report*, vol. 14, nº 5, 1998, 309. El citado precepto indica "2. Los Estados miembros velarán por que el proveedor de servicios de certificación no sea responsable de eventuales inexactitudes en el certificado reconocido que resulten de la información facilitada por la persona a la que se expidió el mismo, a condición de que dicho proveedor de servicios demuestre haber actuado siempre con la máxima diligencia para comprobar tal información".

obstante, más bien parece que se trataría de una regla en virtud de la cual se presume la imputación del hecho del que deriva la responsabilidad, salvo que la autoridad de certificación acreditara que adoptó todas las medidas razonables para verificar la información y que los errores provinieran del titular del certificado.

Igualmente el Real Decreto-Ley sobre firma electrónica regula la responsabilidad de estas entidades en el art. 14-1 *in fine*, de acuerdo con un sistema de presunción de responsabilidad. A la empresa prestadora de este tipo de servicios le compete demostrar que actuó con la debida diligencia. En este sentido no necesita demostrar que el hecho causante del daño se debió a un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor. Probablemente, dados los costes y dificultades de prueba que pueden recaer sobre el usuario de los servicios de certificación, hubiera sido más adecuado un modelo más parecido al tradicional régimen de responsabilidad de depositarios y transportistas según el cual la exoneración de responsabilidad sólo se admite si se demuestra el caso fortuito o la fuerza mayor causantes del daño; pero no era previsible que se alcanzase este modelo, a la luz de la redacción de la Directiva.

