

ENRIQUE MONTAGUD CASTELLÓ
Abogado del Ilustre Colegio de Valencia

CONTRATACIÓN COMERCIAL POR INTERNET: APUNTES JURÍDICOS

Discurso de ingreso en la Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Académico de Número
Excmo. Sr. Don Luis Delgado de Molina Hernández



ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Publicaciones
de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación

Cuaderno núm. 71

© Enrique Montagud Castelló

I.S.B.N.: Exento
Depósito legal: V. 171-2000

Quiles, Artes Gráficas, S. A. - Picayo, 23, Tel. 96 348 12 92 - 46025 Valencia

Contratación Comercial por Internet: Apuntes jurídicos

Discurso de ingreso en la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, del EXCMO. SR. D. ENRIQUE MONTAGUD CASTELLÓ, Abogado del Ilustre Colegio de Valencia. Contestación por el EXCMO. SR. DON LUIS DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ

Con la Venia, SR. PRESIDENTE.

Comienzo mi intervención con el ruego de que reciba y traslade a todos los académicos, el agradecimiento por mi elección, que tanto me honra, como miembro de número de esta prestigiosa Institución.

Agradecimiento que hago extensivo a todos Uds., por su presencia.

I. INTRODUCCIÓN

Lo apasionante del Derecho es, precisamente, lo que constituye su razón de ser: Que actúa sobre un hecho nuevo armonizándolo racionalmente para su mejor servicio al bien común, conforme a la vieja y sabia definición tomista pues en la generalidad de casos es el Derecho quien se encuentra con los hechos, constata la necesidad de atribuirles un Orden y dicta la Norma; en muy pocos casos sucede al revés, Y el abrumador avance tecnológico de nuestros tiempos, de hoy y de ahora mismo con la puesta a disposición de los Hombres y de los Pueblos de medios de comunicación y transmisión inimaginables una vez más ha puesto en marcha el mecanismo Jurídico Regulador, que si bien inicia su andadura Normativa lenta y vacilante, siempre termina por ser el lugar de encuentro de ese nada fácil objetivo que es la convivencia humana.

Decía Ortega que hay tiempos jóvenes y tiempos viejos. Los tiempos jóvenes imprimen creatividad, aunque también incertidumbre, los viejos, seguridad y orden, pero también inmovilismo. Y es lo cierto que, como afirma el profesor Martino, la revolución tecnológica digital que vivimos quizás no hubieran sido posibles de no estar igualmente inmersos en un tiempo joven, según la definición orteguiana: Prolongación de la vida humana en sentido cronológico, pero también de la adolescencia, de la vida activa pero como del máximo interés, asunción colectiva de la revolución de medios auxiliares que estamos vi-

viendo y de lo que se ha venido en llamar «cultura joven». Porque no hace falta remontarse a tiempos históricos, bastando con tomar como referencia en nuestro entorno a cualquiera de nuestros mayores con ochenta años cumplidos, mejor si es nacido en un medio rural, para constatar que pasaron de la iluminación del candil y la vela a la halógena de hoy, de la utilización de caballerías para su desplazamiento a la aviación comercial, de los relatos truculentos en ferias y mercados por recitadores con puntero y cartel a la televisión y sus múltiples canales y programas.

Comprobemos también la rápida adaptación de nuestros mayores al uso y disfrute de esos medios, sin importar lo novedoso de la técnica, instrumento o sistema de que se trate. Ya ni siquiera se visten como quienes tenían ochenta años cuando ellos nacieron ni sus hábitos de conducta cotidiana guardan parangón con los de aquellos. Han aceptado, con las salvedades lógicas, los nuevos tiempos y los nuevos modos y medios, se han adaptado con la flexibilidad que las diferentes etapas de su vida en relación con la obligada respuesta física permiten a lo nuevo; eso queríamos decir al calificar a estos nuevos tiempos como tiempos jóvenes.

Esta Sociedad, que a diferencia de épocas pasadas, es plenamente receptiva a las innovaciones técnicas ha sido el terreno abonado que encontró la revolución digital e informática y que avanza a velocidad de vértigo; repárese, si no, en los segmentos temporales de lo que pudiéramos denominar los tres grandes momentos de la Humanidad en el campo de la técnica de la comunicación y transmisión de datos e información entre personas:

*) El primer estrato es el de la pura oralidad, nacida en los albores del Hombre y en fechas imprecisas y lejanas del Paleolítico Inferior pero que aún es el medio habitual de comunicación de algunos pueblos primitivos. Este sistema condiciona indudablemente la transmisión de cultura pues fía casi exclusivamente en la memoria y ha de recurrir a las reglas mnemotécnicas para conservarla y aun no deformarla: Canciones rituales, rezos reiteradamente repetidos, etc... Es el reinado de los vates y de los poetas contra los que arremete Platón en La República definiéndolos como una especie de brujos hipnóticos que sólo consiguen adormecer al pueblo y mantener sus mentes alejadas del ejercicio propio de ellas cual es el pensar, deducir, e interrelacionar, esto es, analizar, sintetizar y compendiar lo así obtenido.

El mismo Platón propiciaba la generalización de la segunda de las etapas en la historia humana de la comunicación, la de difusión de la

escritura como medio de transmisión de conocimiento y cultura asegurando que quien supiera leer conocería de primera mano y sin intermediarios (y volvía a arremeter contra vates y poetas) la realidad de su entorno asegurando con contundencia que el que sabe leer es libre.

*) La escritura, creada y desarrollada en Oriente muchas centurias antes, no toma vocación difusora de cultura, si bien incipiente, hasta Grecia y Roma, y recibe un formidable impulso con la imprenta, hasta nuestros días. Pero la aparición de las nuevas tecnologías de la digitalización y del lenguaje binario vendrá a alterar como ya lo está haciendo muchos esquemas hasta ahora tradicionales y muy principalmente el económico que, como no podía ser menos, atrae hacia sí lo jurídico como partes indisolublemente unidas. La nueva economía digital nace de la conjunción de diversos elementos hasta entonces separados; de una parte la industria de la computación, orientada a la fabricación de elementos físicos, los propios ordenadores, e inmateriales, los programas, los servicios de mantenimiento inherentes, etc..., de otra la industria de la comunicación, telefonía, industrias del cable, incluso satélites, y en tercer lugar la poderosa industria de la diversidad tan implantada en los países desarrollados, desde el ocio y el entretenimiento, hasta la producción artística transmisible por vía digital tal como películas, libros, información, etc... Es lo que venimos conociendo como Industria multimedia que se desarrolla y desenvuelve a través de las denominadas «autopistas de la información» soporte tecnológico de la nueva economía basado en la utilización de cables, teléfonos o satélites que encauzan los sistemas de comunicación entre Ordenadores a través de redes locales, nacionales o mundiales.

*) Infraestructura tecnológica o, si se quiere, autopistas de la información, documento telemático, dinero digital de una parte y de otra la Industria multimedia y la Economía digital como aprovechamiento de esa infraestructura en la constante búsqueda de nuevos cauces de intercambio en la producción y venta de bienes y servicios y surgencia del Derecho para ordenar los nuevos planteamientos y la no menos novedosa problemática que genera: Es lo que siempre ha venido sucediendo, lo que hizo nacer el Derecho mercantil en la Edad Media ante la imperiosa necesidad de dar satisfacción a los mercaderes, el Derecho de las Comunicaciones, lo mismo las aéreas que las terrestres cuando la Técnica creó modos distintos de desplazarse, la Normativa Reguladora de las Energías, y tantos y tantos etcéteras a través del tiempo.

II. LA DIGITALIZACIÓN

El fenómeno al que venimos refiriéndonos no hubiera sido posible sin la aparición de un nuevo lenguaje que se ha convenido en denominar digital y que no es otra cosa que el idioma de los números, incluso de simplemente dos números: Estamos convirtiendo nuestro tradicional medio de comunicación, sea oral, sea escrito, al lenguaje de las Computadoras, el de los números binarios, que únicamente utilizan el uno y el cero.

Y ese nuevo lenguaje de las computadoras ha barrido las distancias y convertido la comunicación y la transmisión de información en algo instantáneo o con frase muy de hoy, «a tiempo real»: Una carta a Australia, aun llevada por los más rápidos sistemas a nuestra disposición no hace ni diez años, tardaba varios, a veces muchos días desde el buzón del remitente al domicilio del destinatario mientras que ahora el Correo electrónico permite que la comunicación sea instantánea sin importar la distancia con profundo cambio en todos los campos, también por supuesto en el Jurídico.

Probablemente abusemos en este trabajo del término revolucionario para definir la aceleración del proceso telemático pero ciertamente que lo es. Cuando Alan Turin, científico británico al que se considera padre de los Ordenadores, en la década de los años 30 de nuestro siglo, extrajo los primeros cálculos matemáticos de su máquina-prototipo no podía imaginar la revolución que terminaría generando su descubrimiento, un tanto desconocido y opaco hasta los años 50 en que su relativamente limitada utilización en el exclusivo campo de la investigación científica, tomó formidable impulso que se aceleró ya en los años 70 con la invención del Ordenador personal y por consiguiente, el acceso a la Informática de segmentos cada vez más numerosos de personas y Empresas y llega a lo vertiginoso doce años después al aparecer en la escena de la disponibilidad de toda la red creada por IBM, la Red abierta hoy por todos conocida que llamamos Internet, o, según los puristas, «La» Internet.

Ha de hablarse de revolución digital sin reservas incidiendo en amplios campos de la cultura de la Humanidad: Sólo como anécdota, pero muy significativa, reflexionemos sobre una opinión leída hace poco en Prensa y que resaltaba el hecho de que si a la todopoderosa IBM se le hubiera dicho hace veinticinco años que tres o cuatro muchachos muy jóvenes haciendo experimentos en un pequeño garaje, iban a hacer tambalear su multinacional imperio en 1999 o se hubiera reído o hu-

biera tomado al profeta como un loco; claro está que uno de esos muchachos se llamaba Bill Gates.

La revolución digital, empero, no es una tecnología que pretenda ni pueda desplazar a la cultura escrita tradicional sino que la incorpora como uno de sus elementos. Parece demasiado pesimista la opinión de un Órgano tan prestigioso para el que habla como la Sala de Lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 3 de noviembre de 1997 (luego volveremos citarla) cuando afirma en uno de sus Fundamentos Jurídicos que estamos asistiendo al ocaso de la civilización del papel puesto que el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica no puede identificarse ya en exclusiva con el papel como soporte ni con la escritura como unidad de significación...» antagonismo e incompatibilidad que nos parece exagerado.

Lo que no lo es sino por contra resulta apasionante tributo a la capacidad del ingenio humano, es el calificativo de novedad revolucionaria del que venimos abusando si se considera que la invención producto de la revolución industrial de finales del XVIII y principios del XIX fue sustitutiva (la máquina de vapor sustituía la tracción animal y humana, bien en minas y fábricas, bien como medio de transporte), el telégrafo era fuertemente cuestionado por el teléfono, el transporte de viajeros por mar ha sido virtualmente desplazado por el aéreo y antes por el ferroviario, y en nuestros días el telex por el Fax mientras que la digital es integradora al converger en ellas todas las demás. No se prescinde de la escritura puesto que un complemento ineludible del Ordenador es la impresora, no se prescinde de la telecomunicación dado que las Redes conectan Ordenador con Ordenador a través de hilo telefónico o incluso telefonía igualmente digital, no se prescinde de los esquemas arquitectónicos habituales, más allá de incorporar a ellos los avances informáticos, ni de la medicina más allá de la facilidad que la herramienta electrónica supone para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades humanas, etc...

De esa fusión cabe esperar y ya estamos viéndolo, un poderoso salto adelante en materia de creatividad y de cambio de los esquemas económicos, financieros, laborales, sociales, en que se mueve el Colectivo Humano.

Se ha ganado en velocidad aunque quizás estas Redes abiertas, por definición, han recortado la seguridad y la confidencialidad de todas las transacciones y datos que a su través circulan; uno de los retos del Derecho ante el fenómeno pujante que le sale al camino es, precisa-

mente, dar el máximo aprovechamiento a las ventajas del nuevo medio y recortar o anular, en lo posible, los inconvenientes que conlleva.

III. EL DERECHO Y LA INFORMÁTICA

El matrimonio entre Derecho e Informática cumple precisamente este año 1999 sus Bodas de Oro aunque contar sucintamente como se ha desarrollado este consorcio obliga a establecer una primera distinción entre Informática del Derecho y Derecho de la Informática, que como se verá no es un simple juego de palabras.

Siguiendo a Bauzá, parece dato cierto que el primero que aplicó la técnica de los Ordenadores a un uso directamente conexo con el mundo del Derecho fue un funcionario de la Administración Federal de los Estados Unidos apellidado Loevinger, adscrito al Departamento de Justicia y a la Sección encargada del control y vigilancia de cumplimiento de la Legislación Antimonopolio. Loevinger, en 1949, hizo lo que hoy llamaríamos «cruce de datos» puesto que introdujo en el Ordenador todas las Sentencias dictadas por los diversos jueces en materia de represión de las infracciones a esa Legislación para «medir» (ese era el término empleado por Loevinger) los puntos de coincidencia sustancial y de discrepancia de todas las Sentencias pronunciadas en asuntos de aplicación de las Leyes prohibitivas de situaciones monopolistas.

Esa utilización del Ordenador para «medir las Sentencias» impulsó a Loevinger a denominar la disciplina que su técnica instauraba como «Jurimetría» y ciertamente resultaba de muy alta utilidad en un Sistema Judicial, como el anglosajón de Estados Unidos, en que las Sentencias crean derecho y el precedente es básico para dirimir toda contienda posterior. No obstante, prestaba más énfasis en la coincidencia de Fundamentación de los Fallos que en recopilar ordenadamente doctrina jurisprudencial propiamente dicha, o sea, la creación de nuestras actuales y valiosas Bases de Datos. En realidad buscaba «adivinar» la Sentencia aún no dictada en un caso concreto por el procedimiento comparativo de los Hechos entre ella y otras anteriores que, en su esquema mental matemático, tendría que conducir al mismo Fundamento Jurídico y por consiguiente al mismo Fallo que el precedente o precedentes jurisprudenciales

El primer esbozo de esa aplicación nos aparece en 1963 cuando Hans Baade, prologando una obra sobre Jurimetria, la define como análisis científico de problemas jurídicos y le asigna tres campos de

actuación: Memorización y recuperación de datos, a través de su incorporación a soportes informáticos es uno de ellos, el clásico de la Jurimetría hasta ese momento, o sea, el análisis del «iter» decisorio de las Resoluciones judiciales y su medición en términos de estadística y, con más interés, de probabilidades de pronunciamiento será el segundo campo y la aplicación de la Lógica tanto a los Fallos Judiciales como a las propias Normas Jurídicas sería el tercero. Ha de convenirse que a los europeos en particular y a los Países de «civil law» en general el camino mental de Hans Baade nos sorprende en alto grado.

Vemos que hasta ese momento la Jurimetría buscaba que el Ordenador, de algún modo, «adelantara» el Fallo de las Sentencias considerando que introducidos unos Hechos y puestos en relación con lo que en situaciones semejantes habían resuelto los Jueces, podría predecirse la Conducta del Juez, o sea, su decisión. Pero Baade dio la pista para otra utilidad de la Informática Jurídica hoy, sin duda, la más utilizada: Ante la progresión geométrica en número de las Normas y de las Sentencias de los Tribunales en cualquier País (contemplar el Repertorio Aranzadi de no hace ni quince años comparando el número de tomos en papel que se nos entregaban y los que ahora recibimos es indicador suficiente de lo que queremos decir) hace falta algo que permita manejar esa abrumadora cantidad de información que, tomada manualmente, o es inoperante o exige demasiado tiempo y dedicación. Ahí nace la Informática Jurídica Documental aplicando el Ordenador, con su abrumadora capacidad de almacenamiento y tratamiento de datos, a clasificar por conceptos, por fechas, por Ponentes, por Categoría de Disposición Normativa en definitiva, a entrecruzar unas y otras Disposiciones y Sentencias para una búsqueda rápida y un manejo racional. Y esa ha terminado siendo la más importante utilización de la Informática del Derecho puesto que la otra, la de «pesar y medir» todas las Sentencias no sólo buscando puntos de coincidencia sino sobre todo fallos esperados sobre esquemas fácticos preestablecidos ha quedado relegada, en mi opinión afortunadamente, al terreno de la Sociología del Derecho.

Y de ese tratamiento, sobre todo, de Sentencias (esto es, de supuestos en que están implicadas no sólo personas, sino conflictos y discrepancias incluso sobre parcelas pertenecientes a la intimidad de las personas) y de datos fácticos comienzan a derivarse problemas sociales y jurídicos que el Derecho no puede desconocer puesto que su expansión y su facilidad de transmisión pueden dañar seriamente Derechos Fundamentales de la Persona, crear situaciones de quebranto económico a individuos o colectivos e incluso ser instrumento para la comisión de

Hechos perfectamente incardinable dentro de la Potestad del Estado de Sancionar que venimos denominando Derecho Penal.

Nace así el Derecho de la Informática, primeramente preocupado en la protección de la privacidad y la intimidad (no me resisto a citar la definición que del concepto jurídico intimidad, hoy tan protegido jurídicamente, dio quien primero lo empleó y lo desarrolló en sus Sentencias y publicaciones, el Juez Norteamericano Thomas A. Cooley que en 1.873 dijo que intimidad era: «The righth to be let alone» expresión traducible a nuestro idioma como «el derecho a ser dejado en paz, o el derecho a ser dejado solo») como igualmente de la propiedad intelectual de las producciones transmitidas o relativas a Ordenadores e Informática pero después y sobre todo ahora, con la presencia cada vez más influyente del Fenómeno INTERNET del que seguidamente hablaremos, el Derecho ha entrado de lleno en la regulación de cuantas relaciones humanas utilizan, cada día más, las autopistas informativas y los cauces digitales, sin descuidar, por supuesto, la protección de derechos fundamentales.

Nuestro análisis, por razones de extensión y tiempo, va a centrarse mucho más, en el análisis jurídico de aquellas convenciones mercantiles que utilizan los cauces nuevos de la Informática para su realización y perfeccionamiento sin que lamentablemente podamos entrar de lleno en las otras parcelas que al Derecho interesan (desde los delitos informáticos a la Protección de los Derechos personales, pasando por la cada vez más abundante Normativa Legal y Reglamentaria sobre soportes informáticos) pues todas esas materias son, además de apasionantes, tan extensas que escapan a los límites que un Discurso como éste permite.

IV. INFRAESTRUCTURA TÉCNICA Y JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Desarrollaremos este apartado a través de los siguientes epígrafes:

- A) INTERNET
- B) ACCESO A INTERNET ¿Derecho constitucional?
- C) EL DOCUMENTO TELEMÁTICO y ELECTRÓNICO en la Legislación y Jurisprudencia Españolas.
- D) BREVES APUNTES SOBRE SEGURIDAD. EL DINERO DIGITAL.
- E) LA FIRMA ELECTRÓNICA.

A) INTERNET

Internet no es la única Red abierta pero si, con mucho la más importante, por la masiva utilización de ella en los últimos años. Será útil dar algunas notas y la primera, desde luego, su propia y misma esencia: La Internet (que con artículo debe escribirse, pues su denominación completa y oficial es «La Red Internet»), no es más que un conjunto de ordenadores o servidores conectado a una red de redes mundial que comparten un mismo protocolo de comunicación y que prestan servicio a los ordenadores que se conectan a esa red. Por su parte «Servidor» no es otra cosa que un Ordenador que suministra información, a través de una red, a otros ordenadores los cuales vienen ya siendo denominados «ordenadores clientes».

Dicho lo anterior y antes de esbozar estos breves apuntes sobre el camino o cauce tecnológico por el que discurre virtualmente todo el comercio electrónico, tendremos que dejar de lado, entre otras tantas apasionantes novedades del Mundo de la Comunicación Telemática a la INTRANET, esto es, la Red utilizada como sistema de comunicación interna en las propias Empresas u Organismos Públicos de amplio ámbito territorial, a veces Mundial, que proporciona utilidades tan admirables como la Video conferencia y el Teletrabajo, y que no hace ni un decenio nos parecían elucubraciones de autores de Ciencia ficción sin embargo lo cual en nuestros días están desplazando y dispersando los centros de decisión y de prestación de servicios de los Grandes Entes Colectivos, sean públicos o privados, y más en concreto los de ámbito nacional y hasta internacional. Como pequeñas muestras, apuntar dos situaciones curiosas y anecdóticas, una sobre Videoconferencia y otra relativa al Teletrabajo:

El pasado 30 de junio en el diario de Noticias de La Ley divulgaba una sobre la primera vez que en España, el anterior día 22 del citado mes, un testigo declaró por videoconferencia para un proceso que se celebraba en la Corte de Florida: Se juzgaba a un supuesto médico que afirmaba serlo por la Facultad de Medicina de Barcelona y prestó declaración el Catedrático D. Ferrán Climent al que para evitar desplazamientos al Tribunal, se la recibió ante el Juzgado de Instrucción nº 1 de Barcelona, ante la Videocámara que trasladaba su palabra y su imagen al otro lado del Atlántico, jurando primero el testigo decir verdad con arreglo a nuestra fórmula procesal y debiendo levantar el brazo derecho y repetir el juramento en nombre de Dios al modo norteamericano.

Respecto del Teletrabajo reseñar que en el Estado de California son ya hoy minoría los trabajadores con contrato y relación laboral que pudiéramos llamar «clásica»: Lo ya habitual es la combinación de distintos tipos de trabajo a tiempo parcial, bien mediante la dedicación a una empresa o con carácter de autónomo fenómeno que está empezando a llegar a la Administración: En 1999 sólo el 33 % de los empleados de ese Estado, según la Universidad de California, realizan su actividad con contratación convencional y dedicación de ocho horas diarias a la misma empresa.

INTERNET cumple este año 30 desde su nacimiento. Como es sabido, la Red se creó para dar satisfacción a la necesidad de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos de contar con una red alternativa de comunicaciones a las habituales, inmersos en plena Guerra Fría y contemplando la posibilidad de un Ataque Nuclear que las desorganizara.

Atendiendo esta petición en 1969 un equipo de científicos de la Universidad de California en Los Angeles dirigido por Leonard Kleinrock y del que formaban parte igualmente los profesores Vinton Cerf, Robert Khan y Lawrence Roberts, idearon lo que luego resultó ser Internet: Un sistema de comunicación de Ordenador a Ordenador, a través de una conexión telefónica (entonces se le conocía como ARPANET) y una forma común de manejar la información cuya denominación como «Protocolo» tendría gran acogida.

No obstante establecerse con éxito la primera comunicación entre Ordenadores fue descartada su utilización militar estratégica y logística al sustituirla otros medios, fundamentalmente basados en la comunicación por satélites y el Departamento de Defensa de los Estados Unidos desechó la opción Internet pese a lo cual no permitió su utilización generalizada sin más excepción que en el ámbito reducido de estudios estrictamente académicos y científicos (la institucionalmente denominada NSF o Fundación Nacional para la Ciencia en los primeros años setenta) y paulatinamente la NSF integró otros Centros científicos de Europa hasta el inicio de la masificación de Internet, aproximadamente en 1990.

Pero la verdadera explosión de la Red como medio de utilización por el público se produjo hace unos seis años, en 1993, y sin descartar su aplicación como medio de comunicación científica y aun personal (para un Estudio con más posibilidades de tiempo queda el auge de la correspondencia electrónica) pronto empezó a ser cauce de formalización de contratos y realización de transacciones mercantiles.

¿Por qué? Las explicaciones son varias, aunque todas con algún punto de convicción: Se dice que el comercio electrónico elimina intermediarios porque el oferente de bienes y servicios conecta directamente con el destinatario de los mismos, en tiempo real y sin escalones que encarezcan el precio sin embargo lo cual INTERNET se considera una fuente de creación de empleo formidable: Al Gore, Vicepresidente de los Estados Unidos y considerado el paladín del comercio electrónico (cuyo incremento se ha señalado por el Presidente Clinton en su último informe sobre el Estado de la Nación como objetivo prioritario de la Administración norteamericana) encargó un estudio al Departamento de Comercio recientemente publicado bajo el título «La emergente economía digital» que prevé para el año 2.006 una dedicación de al menos el 50 % de trabajadores a empleos vinculados directa o indirectamente al sector de la Tecnología de la Información. En ese informe se destaca que entre 1995 y 1998 las empresas que se mueven en el entorno de Internet, ya sea ofreciendo tecnología, ya utilizando la Red para canalizar la comercialización de sus productos, representaban entre dichos años el 8 % del total de Empresas de Estados Unidos, sin embargo lo cual generaban la tercera parte del Producto Interior Bruto del País, e igualmente que la mitad de las inversiones de las Empresas entre 1993 a 1998 se dedicaron a la modernización informática.

Unos breves datos, todos ellos presididos por mi interés en no abusar en esta materia de las estadísticas, fácil tentación cuando de Internet se habla:

*) Según datos del pasado mes de agosto en E.E.U.U. los mensajes de correo electrónico superan en una proporción de 10 a 1 a los de Correo tradicional. 2.200 millones de mensajes electrónicos contra 290 millones de cartas al día.

*) Un 35 % de viviendas en E.E.U.U. tienen conexión con Internet. Hace tres años, sólo el 5 %.

*) Más del 42 % de la población norteamericana adulta (mayor de 18 años) usa regularmente Internet, representando un aumento del 20 % sobre el año pasado. Hay aún primacía del hombre sobre la mujer puesto que el 51'4 % de usuarios son varones mientras que el restante 48'6 % son mujeres.

*) Uno de cada tres inversionistas norteamericanos negocian por Internet y uno de cada cinco estadounidenses ha realizado compras en la Web.

*) Según datos de la Universidad de Texas y de la Empresa de

Programas de Ordenador «Cisco» la actividad generada por Internet alcanzó en 1998 una cifra total de 301.400 millones de US \$, cantidad que supera el Producto Interior Bruto del 75 % de Países de Naciones Unidas, considerados individualmente y esta actividad ha crecido en cuatro años a un ritmo del 174 % anual.

¿Qué decir de España?

*) Que según datos de febrero/marzo de 1996 tenían acceso 487.000 personas que representaban el 1'4 % de la población mientras que en abril mayo de este año eran ya 3.107.000 personas que cubrían cuota porcentual del 9 % de la población.

En 1996 de esos 487.000 usuarios sólo 242.000 habían utilizado la Red en el último mes mientras que de los 3.107.000 el último mes habían entrado en la Red 2.441.000 usuarios . En tres años la frecuencia de acceso es de 1 a 10. No obstante, estas cifras son bajas, equiparables a las de Grecia, Italia o Portugal dado que la media europea está en el 12 % y en los Países Nórdicos llega al 40 %.

*) Si bien el español es aún reticente a comprar por la Red: Si más de la mitad de los usuarios, en concreto el 54 % han tomado alguna vez decisiones de compra basadas en Información obtenida en Internet sólo el 23 % declaran haber realizado alguna compra electrónica porque uno de cada cuatro usuarios españoles, exactamente el 24 % prefieren conocer físicamente al vendedor. Los productos que los españoles acostumbran a comprar por la Red son en un 27 % software, en un 23 % libros, en un 16 % música, suscripciones (12 %) y viajes y reservas (8%).

*) Pero es en el terreno Bancario donde se ha producido la mayor promoción del sistema que en su utilización comercial tanto necesita a la Banca como intermediadora. Según estadísticas de Estados Unidos, perfectamente trasladables a España una transacción presencial, esto la clásica en cualquier Oficina bancaria representaba un coste de 1'07 \$, que bajaba a 0'54 \$ en una operación telefónica y quedaba en un solo centavo si se hacía por Internet. BANKINTER fue el primer Banco español que ofreció servicio de conexión gratuita a los clientes en diciembre de 1996 y si bien, como indica Javier Valdés, Responsable del Área, el coste de este servicio representa unos 600 millones de pesetas al año, se compensan no ya con la bajada de costes, que por si mismos no cubrirían el servicio sino por la agilidad de operaciones y las comisiones que devengan, en lo que coincide Francisco Rodríguez de Aze-

ro, de Banca Distancia del Banco de Santander, que resalta los beneficios de disminución de costos, disponibilidad de Banca 24 horas y facilidad de acceso, declaraciones sensiblemente idénticas a las de Francisco Castells del BBV, Joseph Montero, de Argentaria, etc...

Por esta autopista viaja a velocidad de la luz el documento electrónico, el dinero electrónico y la firma digital que posibilitan la existencia del comercio y de los contratos que navegan por este Cyberespacio, término inglés que prometo no volver a usar.

B) ACCESO A INTERNET ¿Derecho Constitucional?

Loreto Corredoira, Profesora Titular de Derecho de la Información de la Univesidad Complutense, plantea un sugestivo estudio que no me resisto a exponer con mucha brevedad . Dice esto:

1.º El artículo 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que «toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la Comunidad, a gozar de las artes y a **participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten**».

2.º Nuestra Constitución, inspirada en el respeto y acogimiento de la citada Declaración Universal, al proclamar en su artículo 27. 1 el derecho de todos a la educación, impone en su artículo 44.1 a los Poderes Públicos la obligación de promover y tutelar el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho señalando el siguiente número 2 del precepto este mandato:

«Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

3.º Es evidente que el servicio universal de las telecomunicaciones, fenómeno de origen tecnológico de nuestros días es un producto de la creación científica humana que proporciona, dicho con terminología constitucional, el acceso a la cultura y beneficia el interés general. Buena prueba de esa aceptación legislativa nos la ofrece la Ley General de Telecomunicaciones (Ley 11/1998 de 24 de abril) que tras proclamar en la Exposición de Motivos que entre sus fines se encuentra el de regular **«las obligaciones de servicio público, que se imponen a los explotadores de redes públicas y prestadores de servicios**

de telecomunicaciones disponibles para el público, garantizando así la protección del interés general en un mercado liberalizado», garantiza la prestación del denominado servicio universal de telecomunicaciones, cuyo acceso se asegura a todos los ciudadanos, recoge el contenido mínimo del servicio universal, y prevé su ampliación y adaptación futura, por vía reglamentaria. Su artículo 35.2, señala literalmente:

2. El cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicaciones para los que aquéllas sean exigibles, se efectuará con respeto a los principios de igualdad, transparencia, no discriminación, continuidad, adaptabilidad, disponibilidad y permanencia y conforme a los criterios de calidad que reglamentariamente se determinen, que serán objeto de adaptaciones periódicas. Corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el control del cumplimiento de las obligaciones que se imponen en este artículo.

4.º Reconoce Loreto Corredoira que postular una gratuidad de ese acceso a Internet como lo es el acceso a la Educación sería hoy una Utopía, pero entiende que ese derecho al Acceso a la Información en Internet, concebido como Servicio Público que ha de asegurar el Estado, tiene estos tres contenidos:

a) El derecho a la infraestructura, definido así por la Comisión de Redes Informáticas del Senado español y que supone no sólo la existencia de una plataforma técnica básica sino que la misma reúna aquellos standars de calidad que proclama el artículo 35.2 de la Ley de Telecomunicaciones («criterios de calidad» dice el precepto) y que comporta la continua actualización de las Redes de Telecomunicaciones con los sistemas más avanzados (fibra óptica, etc...) ello constituido como obligación de los operadores de los Servicios de Telecomunicaciones.

b) El derecho de acceso, que se traduce en la exigencia de disponibilidad de redes de telecomunicación suficientes y a precio asequible, cuestión que en los últimos tiempos no ha sido ni mucho menos pacífica, en principio por el problema de las conexiones de líneas telefónicas y sus demoras de instalación, insuficiencia de servicio que preocupó al usuario del teléfono, con Compañía en Monopolio hasta no hace mu-

chos años (recordemos la tardanza en conseguir línea telefónica sobre todo en lugares aislado o pequeños núcleos de población) pero también por conseguir que ese acceso sea a precio razonable, cuestión que no hay que remontarla a tiempo pasado sino a estos mismos días, con la batalla por una tarifa plana accesible que ha llegado al Congreso y que tiene enfrentados a los usuarios de Internet con las Operadoras que se considera parte ineludible del derecho al acceso universal.

c) Y por último, que ambos derechos, el de infraestructura y el de acceso, permitan conectar con cuantas Redes existan y entrar en todos sus contenidos, sin censuras ni cortapisas. En Estados Unidos, cuya Ley de Telecomunicaciones de 1996 se preocupó incluso de incorporar al Subsidio Federal el sostenimiento de los servicios de telecomunicaciones en colegios y bibliotecas sin ánimo de lucro, suele decirse que «Internet want to be free» jugando deliberadamente con la anfibología del término en inglés, pues tanto expresa que Internet quiere ser libre como que quiere ser gratuito.

Sea lo que fuere, sin duda la gente ya no contempla hoy el fenómeno Internet como una mera distracción y pasatiempo, sino como un elemento formativo y de difusión de cultura (al propio tiempo que, en nuestro Estudio, camino de circulación de manifestaciones de voluntad contractuales orientadas al fomento del comercio y del intercambio de bienes y servicios) que le permite exigir a los Poderes Públicos acciones tendentes a su generalización, universalización, mantenimiento y asequibilidad económica.

C) EL DOCUMENTO TELEMÁTICO Y ELECTRÓNICO en la Legislación y Jurisprudencia Españolas

Para estas breves notas sobre qué debe entenderse por documento electrónico quizás sea preciso, con carácter previo, ponernos de acuerdo sobre qué debe entenderse por documento, tanto en su acepción jurídica como en la coloquial. Porque estamos acostumbrados a equiparar documento con escrito y esa es, por ejemplo, la sacrosanta definición de nuestro Diccionario cuando dice que es «**Diploma, carta o escrito que ilustra acerca de un hecho**» y como acepción típicamente jurídica la de «**escritura o papel autorizado con que se prueba o hace constatar una cosa**» aunque ha de reconocerse que también el Diccionario considera documento «**cualquier cosa que sirva para comprobar algo**».

No menos decantado hacia la ecuación «documento igual a texto escrito» está nuestro Código Civil como es de ver en los artículos 1.216 y siguientes que, tratando de los documentos públicos y llamándolos durante tres artículos así, no puede evitar en el cuarto (art. 1.219) ya saltar a la denominación de «escrituras» y un trecho más adelante (art.1.221) mencionar las escrituras matrices o las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato. Y lo mismo puede predicarse de los siguientes preceptos reguladores del documento privado que siempre plantean la igualdad «documento = escrito»: Artículos 1.226, 1.229 y tantos otros, de idéntico modo esparcidos por la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil y el no menos vetusto Código de Comercio.

Pero esta ecuación, que no lo es para el arqueólogo y tampoco para el historiador, que tienen bien asumido que el concepto «documento» no se traduce siempre por el de «escrito» tampoco lo era para el Rey Sabio que en la Partida 3.18.1 decía que el documento «**...es testimonio de las cosas pasadas e averiguamiento del pleito sobre el que es fecha....**».

De cualquier modo, y a la luz del Derecho positivo español, resulta inapropiado mantener la equivalencia: La Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común modificada por la Ley de 13 de enero de este año (Ley 4/1999) regula la validez del documento electrónico pero por añadidura lo define en el artículo 45, todo él dedicado a propiciar la incorporación a la Administración Pública para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus competencias del empleo y aplicación de **«las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos»** y viene a afirmar en su número 5 que **«Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas o las que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y efectos de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y en su caso la recepción por el interesado así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por esta u otras Leyes»**.

En desarrollo del mandato legal, se dictó el Real Decreto de 16 de febrero de 1996, R.-Dto. 263/1996 cuyo artículo 3 es sugestivo al contener una serie de definiciones, de entre ellas que hay que entender por documento electrónico, informático o telemático

Dice :

A los efectos del presente Real Decreto, se entiende por:

a) *Soporte*: objeto sobre el cual o en el cual es posible grabar y recuperar datos.

b) *Medio*: mecanismo, instalación, equipo o sistema de tratamiento de la información que permite, utilizando técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas, producir, almacenar o transmitir documentos, datos e informaciones.

c) *Aplicación*: programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el recurso a un sistema de tratamiento de la información.

d) ***Documento*: entidad identificada y estructurada que contiene texto, gráficos, sonidos, imágenes o cualquier otra clase de información que puede ser almacenada, editada, extraída e intercambiada entre sistemas de tratamiento de la información o usuarios como una unidad diferenciada.**

No es, hay que decirlo, una definición excesivamente clara y, valga la redundancia, definidora pero ha de convenirse que no es fácil extraer los perfiles de algo que técnicamente ofrece tan variada posibilidad de creación.

A estos documentos el artículo 6 del Real Decreto les reitera su validez, siempre cumpliendo los condicionantes de integridad, conservación e identidad ya exigidos por la Ley cuando proclama que:

1. Los documentos emitidos por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado y por los particulares en sus relaciones con aquéllos, que hayan sido producidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos en soportes de cualquier naturaleza serán válidos siempre que quede acreditada su integridad, conservación y la identidad del autor, así como la autenticidad de su voluntad, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación.

2. La transmisión o recepción de comunicaciones entre órganos o entidades del ámbito de la Administración General del Estado o entre éstos y cualquier persona física o jurídica podrá realizarse a través de soportes, medios y aplicaciones informáticos, electrónicos y telemáticos, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) La garantía de su disponibilidad y acceso en las condiciones que en cada caso se establezcan.

b) La existencia de compatibilidad entre los utilizados por el emisor y el destinatario que permita técnicamente las comunicaciones entre ambos, incluyendo la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por la Administración General del Estado.

c) La existencia de medidas de seguridad tendentes a evitar la interceptación y alteración de las comunicaciones, así como los accesos no autorizados.

Perfilando conceptos desde una perspectiva jurídica de qué ha de entenderse por documento electrónico la Orden de 22 de marzo de 1996 del Ministerio de Economía y Hacienda que desarrollaba lo dispuesto en el artículo 88 de la Ley 37/1992, de 28-12-1992, del Impuesto sobre el Valor Añadido, estableció las siguientes definiciones aplicables a la gestión y recaudación de dicho tributo:

Factura electrónica.—Se entenderá por factura electrónica un conjunto de registros lógicos, almacenados en soportes susceptibles de ser leídos por equipos electrónicos de procesamiento de datos, que documentan las operaciones empresariales o profesionales, con los requisitos exigidos en el Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre. En las líneas de las facturas electrónicas, que en todo caso deberán respetar los mencionados requisitos, podrán sustituirse las descripciones de los bienes o servicios que constituyan el objeto de las operaciones facturadas por sus correspondientes códigos estables.

Se entiende por códigos estables aquellos códigos alfanuméricos que identifican de forma única e inequívoca, entre otros, los bienes, servicios, lugares, personas, etcétera, cuya información se transmite a través de un sistema de intercambio de facturación por medios telemáticos y que tienen un carácter de permanencia en su aplicación, y con idéntico significado para cualquier usuario del sistema. Las listas de códigos estables y la descripción de los mismos deberán constar en tablas históricas que puedan ser utilizadas automáticamente por los programas de los usuarios para el tratamiento de los ficheros producidos.

Probablemente hubiera sido de agradecer algún punto más de claridad.

Y no hay que olvidar el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 828/1995 de 29 de mayo, en cuyo artículo 76.3.c.s. tras haber definido en el precepto inmediatamente anterior cuándo ha de entenderse que un documento realiza función de giro, lo hace seguidamente respecto del mismo así:

A efectos de lo dispuesto anteriormente, se entenderá por documento cualquier soporte escrito, incluidos los informáticos, por los que se pruebe, acredite o se haga constar alguna cosa.

Probablemente sea la definición más genérica de cuantas hemos encontrado en nuestra Normativa pero precisamente por ello una de las más aproximadas a la exactitud, dada la inmensa posibilidad electrónica y Telemática actual de emisión documental.

Por ello, documento electrónico equivale, desde el prisma de nuestro Ordenamiento positivo, al documento en su concepción y acepción clásica lo que ya no admite duda con la mera lectura, por ejemplo, del artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en redacción dada por la Ley Orgánica 16/1994 de 8 de noviembre, al asegurar que a **«Los Documentos emitidos por los medios anteriores, cualquiera que sea su soporte»**, («técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos») se les concede **«la validez y eficacia de un documento original siempre que queden garantizadas su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales»**.

Y para no hacer la Lista demasiado extensa, no entraremos en más detalles definidores y de validación contenidos en la Ley del Mercado de Valores, el Reglamento del Registro Mercantil y más recientemente la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 que reconoce en su artículo 7 la validez de los contratos, aunque no contengan lo que allí se denomina «firma convencional».

Nos quedamos, no obstante, con la clara definición de documento que hace el artículo 26 de nuestro vigente Código Penal con dicción clara y contundente porque según el precepto documento es **«Todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.»**

Sin lugar a dudas, la forma escrita en papel ya no es necesaria para que el soporte que sea continente de textos, esquemas o ideas se equipare al documento, con todas las consecuencias legales. La Jurisprudencia ha recogido el concepto y elevado a la categoría de plenamente válido en cuanto a sus efectos jurídicos. Dos ejemplos, uno de cada Jurisdicción, nos servirán:

La Sentencia de 3 de noviembre de 1997 de la Sala de Lo Contencioso Administrativo del Alto Tribunal puso en duda la validez de los documentos electrónicos en equivalencia a los mercantiles que se es-

pecifican en la Normativa Reguladora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, pero también afirmaba:

«Cierto es que, como arguye la recurrente, casi toda la jurisprudencia que, con base en los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.215 del Código Civil, aboga por la virtualidad jurídica del documento electrónico versa principalmente sobre la problemática de su admisión como prueba procesal. Y se plantea la duda —razonable— sobre si los principios que rodean el gravamen fiscal de los documentos mercantiles son asimilables a los que se dan el proceso judicial y de si el impuesto documental que se analiza es compatible con el soporte informático». Sigue la Sala reflexionando si «...estamos asistiendo al ocaso de la civilización del papel puesto que el documento, como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica no puede identificarse ya en exclusiva con el papel como soporte ni con la escritura como unidad de significación...».

No obstante la conclusión del Tribunal es positiva: **«En definitiva, dice, de esta fragmentaria regulación se desprende la realidad de la admisión del documento electrónico, bajo condición de que quede garantizada su autenticidad y que esto es factible inclusive mediante lo que podría calificarse hoy de firma electrónica - cifras, códigos, claves y similares procedimientos- es universalmente admitido.»**

Hoy ya conocemos la regulación de la firma electrónica, de la que luego hablaremos, llevada a cabo por el reciente Real Decreto-Ley 14/1999 que además de establecer las condiciones de validez de la misma, proclama la equivalencia de los documentos respaldados por ella a los privados de nuestro Ordenamiento civil.

Por su parte la Sala Penal del Tribunal Supremo en muy reciente Sentencia de 3 de marzo de este 1999, de la que fue Ponente el Magistrado D. EDUARDO MONER MUÑOZ, persona por cierto tan querida en esta casa, no ya define qué debe entenderse por documento sino que legitima, si acaso aún estaba necesitado de ello, el documento digital.

Principia diciendo que **«En la actualidad el concepto de docu-**

mento viene definido por la jurisprudencia de esta Sala que en reiterada serie de resoluciones viene estimando que el concepto ya legal (art. 26 del nuevo CP) se integra por las notas siguientes: que se trate de un documento en sentido estricto, entendiendo por tal el escrito, en sentido tradicional, o *aquella otra cosa* que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un diskette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc., con un criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como “cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo” ».

Y fija estas características:

Con arreglo a la nueva fórmula legal, la interpretación literal del artículo 26 del Código Penal de 1995 resulta insatisfactoria, y por ello, se impone hallar otra. Así, puede concluirse que documento a efectos penales es el resultado de combinar un soporte material y datos, hechos o narraciones; caracterizándose aquella por las notas siguientes:

a) En primer término, el documento, al ser una materialización, debe de constar en un *soporte indeleble*.

Por lo tanto,... no se ve obstáculo para reservar sólo al papel la posibilidad de ser soporte físico de la corporeización de dicha declaración. Cualquier otro soporte de idéntica vocación indeleble puede ser susceptible de considerarse documento y, por tanto, ser susceptible de falsificación. Ahora bien, si en el caso concreto esa posibilidad no se ha podido dar, no existe obstáculo para admitir un documento así materializado... Hoy día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito no puede ser «conditio sine qua non» para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico jurídico.

b) Otra nota es que tenga *procedencia humana*. Se trata de que el contenido del documento resulte atribuible a una persona.

c) También el *contenido de la declaración debe ser comprensible de acuerdo a los usos sociales, es decir, significativa en sí misma*. Así, un documento extranjero, que surta efectos en España, es documento y su falsedad punible, pues sólo es necesaria, en ocasiones, su traducción; en cambio, un escrito en clave, encriptado, no es un documento a estos efectos, pues se pretende con su confección todo lo contrario; que no signifique nada para quien no esté

en posesión de la correspondiente clave; es más; no se desea su ingreso en el tráfico jurídico.

Además, se ha de actualizar la nota de la significación. Análogamente a lo que sucede con determinadas abreviaturas convencionales —laves en cuya posesión están todos— o a los documentos extranjeros —para entenderlo habrá que o estudiar esos idiomas o acudir a un traductor— habrá que colegir que son documentos todas aquellas declaraciones de voluntad o de conocimiento que se confeccionen por procedimientos electrónicos o lógicos y que para su entendimiento y/o transmisión y/o transformación son necesarios instrumentos o medios que también están a disposición de cualquiera: ordenadores, modems, faxes...

d) También se requiere la entrada en el tráfico jurídico.

e) Por último, el documento válido es el documento original y no tienen tal carácter las copias ni fotocopias.

Requisito este último que no afecta a nuestro análisis.

DOCUMENTOS PÚBLICOS DIGITALES. BREVES APUNTES:

En puridad de conceptos, si hemos visto que el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite a los Juzgados y Tribunales en su número 1º, utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones y el número 2º califica de documentos a los emitidos por dichos Órganos por los medios anteriores, no cabe duda de que en nuestro Derecho hemos incorporado ya el documento público digital (o si se quiere, electrónico, informático y/o telemático) pues los que, creados en esos soportes, se emitan por Funcionarios dotados de Fe Pública Judicial son públicos. Y lo propio podría decirse de los administrativos, si esta remisión la hacemos a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y a la autorización, casi recomendación vehemente de uso, de tales medios de soporte de decisiones y manifestaciones de voluntad que, respaldados por las formas correspondientes, estarían dotados de Fe Pública Administrativa.

La disquisición surge respecto a la Fe Pública notarial: Muy recientemente, en concreto el pasado primero de julio de este año, D. Juan Bolás, Presidente del Consejo General del Notariado Español, en una conferencia impartida en la Universidad de Verano de Mérida enmarcada en las Jornadas de Contratación Electrónica, Privacidad e In-

ternet bajo el sugestivo título «Seguridad en la contratación por Internet: Firma Electrónica y Fe Pública» reiteró en algo conocido: Los contratos por Internet tendrán validez privada y no pública e instrumentos tan significativos como testamentos, hipotecas y compraventas de inmuebles, entre otros, requerirán como hasta ahora la forma escrita y la intervención notarial.

Y ciertamente tal es la situación en el momento presente: La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a Determinados Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en el Mercado Interior de 18 de noviembre de 1988 tras proclamar en su artículo 1º que su objetivo es garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y especialmente la libre circulación de los servicios de la información sobre los Estados miembros y acercar las Disposiciones normativas nacionales en materia de prestadores de servicios electrónicos, contratos por vía electrónica, responsabilidad de intermediarios, códigos de conducta, etc... en su artículo 9.2 permite a los Estados miembros la no aplicación de sus preceptos en los siguientes casos:

- contratos que requieran la intervención de un Notario.
- contratos que para ser validos, deban registrarse ante una autoridad pública.
- contratos sujetos al derecho de familia.
- y contratos sujetos al derecho de sucesiones.

Y más recientemente el artículo 1.2 del Real Decreto Ley 14/1999 de 17 de septiembre sobre firma electrónica declara que ni sus Normas alteran las relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni el régimen jurídico aplicable a las obligaciones ni las que regulan la prestación de los servicios de certificación de firma electrónica sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos. El Real Decreto-Ley despeja cualquier duda que la Directiva pudiera introducir en orden a la exclusión o inclusión de contratos en que la Fe pública no la conceda el Notario, pues claramente en su genérica enunciación incluye a todos los Fedatarios Públicos, sean civiles o mercantiles.

Queda de este modo, al día de hoy, deslindado el campo instrumental del comercio electrónico que sólo permite, por vías tecnológicas y evidentemente sin perjuicio de los actos preparatorios de los ins-

trumentos públicos, los contratos que no requieren como requisito de validez la intervención de Notario o Corredor de Comercio.

Pero el dinamismo del Mercado es de vértigo y las Grandes Compañías invaden con sus páginas y dominios la Red aunque significativamente el impulso más poderoso viene de la mano de las Financieras y Crediticias: Los cuatro principales bancos japoneses (Fuji, Tokai, Asahi y Daiwa) montan, con la participación de otras cien instituciones, de entre ellas las Líneas Aéreas Japonesas, Microsoft Japón, etc...un «Centro Comercial electrónico» en marzo del año próximo donde se venderán desde ordenadores a préstamos con hipotecas, El NatWets Bank anunciaba el pasado agosto que invertirá cien millones de libras esterlinas en actividades vinculadas a Internet con el objetivo de liderar el comercio electrónico, y la Gran Banca americana se ha lanzado al negocio bien diversificando divisiones (Bankamerica, Wells Fargo, etc...) bien creando Ciberbancos como es el caso de Citigroup con el denominado BANKONE y todos ellos sin perder la vista a su gran rival, Bill Gates, uno de aquellos muchachos del garaje de que hablábamos que no contento con zarandear a IBM ha calificado a los Bancos clásicos como «Dinosaurios» y tras la publicación de su Best Seller «Negocios a la velocidad del pensamiento» uno de los libros más vendidos en el ya masificado mercado de habla inglesa, ha hecho estremecer a muchas Entidades Financieras y amenaza con introducirse en el negocio bancario porque los préstamos hipotecarios en aquel País convenidos a través de Internet si bien el 1998 representaron sólo un 0'3 % del mercado total de USA su volumen se multiplicó mes a mes por diez a lo largo del año hasta alcanzar un total de 630.000 millones de pesetas, con clara tendencia al alza.

En España la Banca electrónica ha crecido el 24 % el último año, básicamente por el tirón de Internet y estamos asistiendo a fenómenos inauditos como por ejemplo, el montado conjuntamente por el periódico «El Mundo» y el Banco Santander Central Hispano mediante un sistema telemático interconectado que facilita a un cliente interesado en la compra de un inmueble (anuncio tomado del periódico) el acceso a un simulador del Banco donde, introducidos los datos económicos, se le indica a tiempo real si se le concede el 80 % del préstamo necesario, los tipos de interés, las cuotas a tenor del plazo pedido, etc.

Las entidades más punteras en el negocio de Banca a distancia, y en especial por Internet (BANKINTER, Banco de Sabadell, etc...) canalizan un gran volumen de negocio bursátil a través de la Red (recordemos que hasta hace muy poco la compraventa de títulos exigía la

mediación de Fedatario mercantil) y todos los trabajos preparatorios de la formalización de la hipoteca, con la única excepción de la propia firma de la escritura ya son telemáticos.

Con tales antecedentes, cualquier interrogante sobre el futuro, aun el futuro inmediato, es claramente una incógnita.

D) BREVES APUNTES SOBRE SEGURIDAD. EL DINERO DIGITAL

La seguridad es, sin duda, uno de los retos que Internet y la contratación que lo utiliza ha de superar a plazo muy breve.

Si consideramos que según datos del pasado mes de agosto de 1999 un nueve por ciento de la población española mayor de catorce años, (representan unos tres millones cien mil personas sobre aproximadamente treinta y cinco millones y medio) tiene acceso a Internet (En la Comunidad Valenciana, sobre 390.000 personas) pero que sólo uno de cada cinco usuarios utiliza regularmente la Red para comprar productos y servicios (aunque más de la mitad, un 54 %, reconoce que posteriores compras por procedimientos tradicionales las decidieron merced a la información recibida a través de Internet) concluiremos que las compras por este medio no son, en términos proporcionales, significativas al día de la fecha.

Pero lo más llamativo de ese muestreo es que el 67 % de los usuarios manifestaron su desconfianza hacia el comercio electrónico considerando que Internet no es un medio seguro y fiable para efectuar compras y pagos. Y en paralelo encontramos la actitud de las Empresas que en reciente encuesta de la Asociación Española de Comercio Electrónico han revelado que sólo un 35 % de ellas piensan en la utilidad del sistema para vender, y una abrumadora mayoría del 71 % lo encuentran en la publicidad para un posterior fomento de las ventas clásicas; «Ampliar el mercado» es el objetivo de su Página de dominio para el 60 % de Empresas, vender para el 37 %, reducir costes para el 12 %.

Sin embargo los analistas de la Red consideran que el problema de confianza es más psicológico que real porque según datos de la Liga de Consumidores Americana en 1998 se dieron en aquel País unos 7.800 casos de fraude, casi todos concentrados en los medios de pago: La mayoría en transacciones con pagos por cheque, emitidos para liquidar compras electrónicas en las que o se manipula el cheque o no se envía la mercancía, seguidas de procedimiento idéntico pero con órde-

nes de transferencia bancaria y sólo en tercer lugar las tarjetas de crédito. Para el volumen de transacciones realizadas por Internet en Estados Unidos el número de casos resulta poco significativo.

El fenómeno de desconfianza hacia los nuevos sistemas de transacción y pago y consiguientemente la existencia de un cierto temor, cuando no repulsa de utilizarlos no es nuevo y hasta puede considerarse bien contemporáneo al comercio digital: Baste recordar que hasta la entrada en vigor del reciente Código Penal de 1995 existía en el anterior un artículo 573.1, precepto arrastrado de anteriores Códigos punitivos, que castigaba como falta con arresto de hasta diez días o multa de 5.000 a 50.000 Ptas. a los que se negaren a recibir en pago moneda legítima, residuo de la voluntad del legislador del siglo XIX de imponer el papel moneda como medio de pago, pues conocida resulta la resistencia popular a admitir como moneda algo distinto al metal amonedado, igual si era precioso como si era ínfimo como lo era el vellón o cobre.

En España se airean los casos de fraudes con tarjeta de crédito, olvidándose su no relativa importancia numérica y sobre todo que el riesgo termina soportándolo una Entidad crediticia. Y este es el concepto que las Empresas modernas conocen como «riesgo estadístico» y que no es cosa distinta a considerar como parte del beneficio de un negocio concreto el porcentaje de quebranto que están dispuestas a asumir con su actividad utilizando un determinado procedimiento: El ejemplo más típico es el de los Grandes Superficies que, contra el sistema tradicional del comercio con mostrador y géneros protegidos tras los empleados abre materialmente su Almacén a cualquiera, o el de los Bancos y la emisión de Tarjetas de crédito pero para el consumidor a veces es más importante lo aparente que lo real sobre todo si no perdemos de vista que Internet es una Red abierta, cargada de ventajas pero precisamente por ello con algunos inconvenientes. Quizás sea momento de volver sobre lo dicho por D. Eduardo Móner en la Sentencia la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de marzo pasado que ya hemos transcrito: **Hoy día, empero, la pretendida fiabilidad del papel ha desaparecido y todos los documentos son igualmente vulnerables, por lo que ese pretendido requisito no puede ser «conditio sine qua non» para dejar de admitir lo que es de uso común en el tráfico jurídico.**

Los participantes en una transacción electrónica quieren dar cobertura en materia de seguridad, a cuatro exigencias: En primer lugar que la persona con quien contratan es quien dice ser, en segundo término

que el contenido de la obligación que recíprocamente asumen es el pactado, en tercero, la confidencialidad, o sea, que la información que la contratación encierra sólo pueda ser leída por los que en ella intervinieren y por último, que el medio de pago que se utilice sea bilateral y único para la operación, esto es, que no suponga revelar nada utilizable por terceros o por el mismo destinatario para ulteriores operaciones que, por no queridas, resulten fraudulentas. Es lo que los especialistas resumen en dos conceptos: Seguridad jurídica y Seguridad técnica.

No es mi intención cansarles con farragosas explicaciones técnicas sobre los diversos sistemas de encriptación ideados para dar solución al problema, pero me limitaré a indicarles que en la mayoría de transacciones electrónicas en Estados Unidos y Europa el denominado «**Protocolo SET**» siglas de la expresión inglesa «Secure Electronic Transactions», que presupone la existencia de un tercero, normalmente una Entidad crediticia y que muy resumidamente opera así:

1.º El comprador quiere adquirir del vendedor una serie de mercancías o servicios encontrados en una Página o Sitio de Internet en la que aparece la clave pública del mismo. Rellena el formulario de pedido y lo remite al vendedor.

2.º Al formulario se le aplica automáticamente por el Sistema lo que se denomina «función hash», sistema electrónico que «destila» el texto de modo criptográfico y lo reduce notoriamente a una clave binaria especial. A ese texto se le aplica la clave privada del comprador, que sólo tiene lectura electrónica.

3.º El comprador incorpora a su pedido la clave pública de la Autoridad de certificación que legitima su firma digital: Clave privada, destilación por sistema hash y clave pública se hacen seguir al vendedor encriptados, señalando la clave pública del vendedor

4.º Dicho vendedor recibe ese conjunto encriptado al que sólo él puede acceder haciendo constar no sólo su clave pública, que figuraba en la página, sino su propia clave privada que únicamente él conoce: La concurrencia de ambas determinará la posibilidad de acceder al pedido del comprador.

5.º El vendedor no podrá manipular el contenido del pedido, esto es, no podrá variar las cláusulas y términos del contrato electrónico que le remite el comprador por la encriptación realizada por el sistema hash: De hacerlo, el propio sistema ante cualquier modificación extrae un texto totalmente ininteligible que no se puede hacer valer.

6.º La propia clave privada del comprador contiene, encriptada, una instrucción a su Banco de pago, y la del vendedor también pero a

su propia Entidad para cobro: El vendedor lanza a la Red el conjunto encriptado que será recibido por el Banco del comprador que efectuará el pago al del vendedor.

La explicación es un poco simplista puesto que técnicamente resulta de mayor complejidad, pero en líneas generales se ajusta a dichos pasos operativos. No obstante hay que decir que MASTER CARD y VISA lo han adoptado recientemente como medio de pago en transacciones electrónicas, lo que resulta significativo en cuanto aval de que es el medio más seguro de que se dispone.

Con todo los Sistemas al uso, uno de los cuales el SET que hemos explicado, en todo lo atinente a la «seguridad jurídica», y nos estamos refiriendo a elementos del contrato tan esenciales como el de la concurrencia de los requisitos de concurrencia de voluntades entre oferta y aceptación con identificación del objeto, autenticidad del contenido obligacional y clara manifestación de la voluntad de las partes pueden en buena medida tener solución utilizando el ingenioso sistema recomendado por el Abogado D. Javier Ribas en su excelente monografía «Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet».

Consiste en lo que denomina «Acta Notarial Inicial» y que explico: Para patentizar que unas Estipulaciones de un contrato electrónico se encuentran en una pantalla de Ordenador de un vendedor como formando parte del pedido que luego aceptará el cliente electrónico, y que el comprador, oprimiendo determinados dispositivos de su Ordenador sabe y conoce que está aceptando el contrato, se requiere la intervención de un Notario para que, preferiblemente a través del Ordenador del Notario conectado a Internet (y a ser posible, para mayor objetividad y fiabilidad, conectado a otro Servidor distinto del requirente) de fe de que lo que aparece en pantalla cuando accede a la página del Vendedor que reflejará en el Acta señalando que es lo que habitualmente aparece cuando cualquier usuario de la Red llega a dicha pantalla a través de Internet, detallando con la máxima minuciosidad todo lo que sucede desde el acceso a la página. Renglón seguido, seguirá explicando en el Acta que apretando determinado casillero de la Página dispuesto al efecto con alguna expresión igual o equivalente a «Conforme con el contenido de este contrato», aparece una nueva expresión que revele que el contrato está mutuamente aceptado y que ello no se produce de no oprimir el cliente (en este caso el Notario) el repetido casillero de la Página.

Y para cerrar el círculo de seguridad, sugiere Javier Ribas que el requerimiento sea periódico, esto es, que se conceda al Notario facul-

tad de repetir el proceso comprobatorio, con la consiguiente extensión de Acta, unas ciertas veces al año eligiendo el momento y la hora sin previo aviso al propio requirente. El sistema es en mi opinión perfecto como medio probatorio y algo parecido (lo que se denominan ya «muestras notariales») le ha dado extraordinario resultado a este compañero en reciente proceso sobre Propiedad Industrial de Editorial Aranzadi contra un competidor de Elda que ha sido fallado favorablemente a la Editorial este pasado verano, pendiendo hoy de apelación ante la Audiencia de Alicante procedimiento y Fallo judicial bien aireado por la Editorial vencedora, muy válido para supuestos de plagio o atentado a la Propiedad Intelectual por medio de Internet, y que consiste en introducir en una o varias Sentencias del Repertorio (o de la Obra Literaria que se presume plagiada) inexactitudes, levantar acta notarial de ellas y esperar que el que copia, al publicarlas, lo haga tan literalmente que arrastre esas inexactitudes en su propio Repertorio o Publicación.

Pero lo que más preocupa al usuario es la otra clase de fraudes sobre los que la Técnica y el Derecho se encuentran ya operando y que la Normativa en materia de firma digital ha reconducido ya a los dos temas medulares: La seguridad del comercio a distancia, sobre la que ya hemos apuntado unas breves notas, y el pago de las compras, tema que merecerá algunas precisiones sin que, tras las breves pinceladas sobre el protocolo de seguridad SET sea oportuno otras que probablemente resultarían largas y farragosas, sobre otros protocolos de seguridad utilizados hasta ahora.

Veamos qué es el «Dinero Digital» y hablemos hasta de la «Calderilla digital».

Hoy Internet es gratuito (dejando de lado el pago de la utilización de las redes telefónicas) e insólitamente también lo es algunos de sus servicios: Podemos leer los más importantes periódicos de nuestro País en pantalla de Ordenador sin pagar un solo céntimo por ello pero hay servicios que son retribuidos (como ejemplo anecdótico, el asesoramiento Jurídico que a través de Internet presta el Bufete madrileño de Alfonso Caldevilla en materia de Asesoramiento Laboral a 7.000 Ptas. la consulta simple más IVA como página «Leybor on line»). Muchos de los servicios con contraprestación se pagan mediante tarjeta de crédito pero el sistema y los fraudes detectados obligan a diseñar otros más seguros. Expondremos tres relativos a lo que viene conociéndose como «dinero digital»:

- 1.º El denominado Firts Virtual o abreviadamente FV, que exige

una tercera parte, habitualmente un Banco, al que previamente se ha enviado el número de tarjeta.

Para asociarse al Sistema se necesita una dirección de Correo electrónico pues toda la comunicación entre FV y el usuario se canaliza por ese conducto, incluida la confirmación de la compra que realizará el citado usuario y la autorización para su cargo en FV. En principio, y antes de realizar la operación, el comprador activa la cuenta enviando a FV por teléfono los datos de la tarjeta, lo que produce una respuesta por Correo electrónico que contiene el PIN o identificación al usuario de esa operación. El usuario da el Pin al vendedor que se comunica, para confirmación, con FV la que a su vez remite un Correo electrónico al comprador ratificando la operación y de no tener respuesta negativa efectúa el pago.

El sistema era muy barato, puesto que en Estados Unidos costaba unos dos dólares por año, pero deliberadamente hemos utilizado en tiempo pasado el verbo puesto que Firts Virtual ha sido recientemente retirado del mercado, básicamente por utilizar un medio tan inseguro como el Correo Electrónico en que la identificación personal o PIN podía ser interceptada y utilizada fraudulentamente.

2.º La atención se ha centrado últimamente en los sistemas que utilizan claves y en especial las denominadas «claves dobles» es decir, aquellas que constan de un componente público (por ejemplo, el nombre o parte de él) que todos conocen, y un componente secreto (el que hemos denominado PIN) que sólo su titular conoce y sólo él emplea al firmar. Es el caso de los cheques digitales, sistema que funciona como si se tratara de cheques reales salvo que el usuario utiliza la firma digital para confirmar el cheque y luego transmitirlo por la Red encriptado. La chequera, hoy, es una tarjeta análoga a cualquiera de crédito que contiene datos específicos del usuario encriptados.

3.º Toma auge en los últimos meses el denominado CYBER-CASH, muy implantado en Estados Unidos. La empresa que lo comercializa se constituyó en 1994, trabaja hoy con 3.000 comercios en línea, con el 97 % de bancos americanos, realiza al mes millón y medio de transacciones. y se encuentra en trance de trasladar el sistema a Japón y Europa suscribiendo los correspondientes convenios con Bancos y Entidades Crediticias.

Consiste en la implantación por parte del cliente y en su Ordenador antes de comenzar su operativa de un programa denominado «CYBERCASH WALLEY» donde introduce los datos de las tarjetas de crédito que pretenda utilizar. El vendedor, por su parte, también ha de-

bido suscribirse al sistema e instalar un programa especial llamado CASHREGISTRER.

Cuando un usuario desea comprar en un comercio adherido al sistema, lo hace a través de su CYBERCASH que genera una hoja de pedido electrónica, firmada con la clave secreta del cliente, cifrada con la clave pública del CYBERCASH y con su número de tarjeta, su identificador de cliente y el importe de la mercancía o servicio. Dicha hoja viaja hasta el Ordenador del comerciante que firma el pedido con su clave secreta antes de enviarlo a CYBERCASH. Recibido todo en CYBERCASH, se comprueban los datos del pedido y la conformidad de las firmas electrónicas y efectúa los pagos, con los correspondientes cargos y abonos, que remite a uno y otro, comprador y vendedor tras lo cual se produce la entrega del género. Todo puede decirse que en tiempo real.

3.º El dinero electrónico propiamente dicho mediante el cual se provee al usuario de una tarjeta «inteligente» denominada «smart card» que contiene un chip, cuyas tarjetas o están conectadas con una cuenta bancaria o sencillamente se adquieren en expendedoras automáticas, conteniendo una carga equivalente a una determinada suma de dinero que conforme se usa va disminuyendo, pudiendo ser recargada en esas propias máquinas previo pago de la carga en metálico o adeudo en tarjetas de crédito ordinarias: Nuestras actuales tarjetas telefónicas pudieran ser un buen ejemplo del sistema, sin más excepción que las posibilidades de recarga automática. Tanto una como otra utilizan la red de cajeros automáticos y para realizar una compra el usuario introduce su tarjeta en el cajero e ingresa (mediante descarga) la suma correspondientes en las claves señaladas por el vendedor, quien a través de la propia terminal confirma la disminución de la tarjeta del comprador equivalente al aumento de la del vendedor, lo que posibilita el pago. Es esto lo que empieza a conocerse como «calderilla digital» pues resulta perfectamente utilizable para pequeños pagos.

Hay otros sistemas con cuya descripción no quiero hacer extensa la exposición: El Millicent, muy parecido al Cybercash, el Digicash, creado y promocionado en 1990 por una empresa europea, en concreto, holandesa, y el Microsoft Wallet, que como su nombre indica intenta promocionar Bill Gates.

En resumen, la implantación del dinero digital vendrá de la mano de la confianza que el público adquiera con su utilización porque la mejor definición que hoy podemos hacer del dinero es la de medio de pago cuyo principal fundamento radica en la confianza de los demás

que lo aceptan, y que están dispuestos a entregar bienes y servicios permutándolos por él. Ya Keynes, para ilustrar la verdad de lo definido, nos hablaba de que gran parte del dinero circulante es el «dinero bancario» que en puridad resulta inexistente más allá de los apuntes contables de las Entidades, que en la generalidad de casos no se corresponde siquiera con el volumen de depósitos de sus clientes y que se apoya en la confianza de éstos al punto que cabe afirmar que el dinero dijéramos que «estatal» hoy ocupa un papel absolutamente secundario sobre el total circulante.

Sobre esta materia siempre acuden a la mente las reservas sobre vulnerabilidad, olvidando que nunca se ha estado a cubierto de fraudes. Mirando atrás y leyendo nuestras viejas Leyes penales observamos que castigaban como delito el cercenar moneda, esto es, tomar moneda metálica y raspar o limar sus bordes para descargarla de peso, que obligó a poner en los bordes marcas o estrías que denunciaran la manipulación o la propia falsificación del papel moneda, o también la de cheques y documentos que, como sabemos quienes ponemos nuestros conocimientos jurídicos al servicio de Bancos y Entidades de Crédito, llegan en su técnica a admirar a los propios clientes cuyas firmas se imitan y que en muchas ocasiones, salvo por la cautela de utilizar determinadas formas como la de cheques siempre nominativos y siempre cruzados, reconocen que ni ellos mismos distinguirían la firma indubitada de la falsificada. En suma, el «riesgo estadístico» monetario no es ninguna novedad.

E) LA FIRMA ELECTRÓNICA

El *Boletín Oficial del Estado* de 18 del pasado septiembre publicó el Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre que aprobaba la regulación de la firma electrónica y la Prestación de los Servicios de Certificación. Es significativa la disposición por su contenido pero también por su celeridad, puesto que a punto de agotarse la Legislatura se ha utilizado un medio normativo urgente como prueba evidente de la exigencia social de Normas sobre esta materia.

Una de las Administraciones pioneras en acogimiento de los nuevos modos de tratamiento documental telemático fue la Tributaria con el «Proyecto de Comunicación de Manifiestos a Puertos y Aduanas» de 1.994 y que permitía la comunicación entre Agentes de Aduanas y Agencia Tributaria utilizando redes privadas de acceso restringido en

las que la seguridad la ofrecía la utilización de una palabra secreta. A él le siguió la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de marzo de 1996 reguladora de la obligación de los Centros Servidores que, cuando sean requeridos, han de facilitar a la Administración las copias fehacientes de las facturas emitidas por sus clientes en forma electrónica y en este mismo año en que nos encontramos la Administración Tributaria normalizó en la Orden de 20 de enero pasado la presentación a través de Internet de los modelos 111, 320 y 322 que han de cumplimentar las Empresas con facturación superior a mil millones de pesetas en el ejercicio anterior, significativa decisión puesto que utiliza por primera vez una Red Pública como es Internet. Y como Disposición más conocida por todos la Orden del dicho Ministerio de 13 de abril pasado autorizando a presentar las declaraciones del I.R.P.F. telemáticamente y a través de Internet, novedad aireada por los Medios de Comunicación extensamente.

Anteriormente la Comisión Nacional del Mercado de Valores ya tenía aprobado y puesto en vigor un sistema de cifrado y firma electrónica para la recepción de información por las entidades supervisadas y como el propio Decreto-Ley señala el 22 de abril de este mismo año dice en su Exposición de Motivos el Consejo de Ministros de Telecomunicaciones de la Unión Europea había informado favorablemente la adopción de una posición común de los Estados Miembros sobre el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo estableciendo un marco común para la firma electrónica. Sin lugar a dudas 1999 ha sido el año normativo de Internet en su función jurídica, tanto tributaria como general.

Hagamos un breve repaso de Derecho comparado en materia de firma digital pues con independencia de la Propuesta de Directiva Comunitaria ya reseñada, la regulación de la firma electrónica tan sólo se ha llevado a cabo en el Estado de Utah, en América, en Italia y en Alemania sin olvidar el «Modelo de Regulación» o «Ley Modelo» aprobado por el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la UNCTRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

La Digital Signature Act del Estado de Utah equipara la firma digital a la estampada sobre documento en papel sólo bajo ciertas condiciones, de entre ellas el respaldo por una Autoridad de Certificación reconocida, la clara voluntad del contratante de utilizar la firma digital como respaldo de su sometimiento obligacional, la buena fe del destinatario y que la firma digital sea completa.

La UNCITRAL en su Ley-Modelo recoge esencialmente la Digital Signature Act americana, que veremos, con pequeñas diferencias, también incorporada a nuestro Ordenamiento tras el Real Decreto-Ley 14/1999.

Por su parte el Reglamento italiano sobre criterios y modalidades para la formación, el archivo y la transmisión de documentos por medios informáticos aprobado por Decreto de 10 de noviembre de 1997 disciplina con extraordinaria pormenorización tanto el documento informático como la firma digital. Equipara la firma digital a la manuscrita y concede al documento así extendido el mismo valor probatorio que las Leyes Procesales atribuyen al documento privado lo que igualmente veremos recogido en nuestra Norma.

El documento informático es definido en el artículo 1.º del Reglamento como «La rappresentazione informatica de atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti...» y el artículo 2.º declara que tales documentos «...sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge se conformi alle disposizioni del presente regolamento.»

La SIGNATURGESETZ alemana no contiene declaración expresa de equiparación de la firma digital con la manuscrita sobre papel, omisión que ha recibido bastantes críticas sobre todo por desajuste con la Propuesta de Directiva Comunitaria críticas que no liberan al legislador alemán de esa transcendental omisión con su declaración en la Exposición de Motivos en orden a no ser precisa tal declaración al predominar en el Derecho germano el principio de libertad de forma contractual lo que con matices es también el caso de casi todos los Países de la Unión..

Desde el punto de vista de la técnica normativa, la Ley contiene un texto esencial que luego fue desarrollado por un Reglamento regulador de lo relativo a los Proveedores de Certificados, su periodo de validez, régimen de inspecciones y control, tanto de la operativa empresarial propiamente dicha como de los medios técnicos que garantizan la seguridad y la fiabilidad de los certificados emitidos, etc.

EL REAL DECRETO-LEY 14/1999, DE 17 DE SEPTIEMBRE

Tres son los objetivos de la Norma como proclama su artículo 1.º:

- A) LA REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA. Nuestro legislador no utiliza, a diferencia del italiano o del estadounidense, la expresión «firma digital».

- B) EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO.
- C) Y LA REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN AL PÚBLICO DE LOS SERVICIOS DE CERTIFICACIÓN.

Sucintamente los analizaremos por separado.

A) REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

El artículo 2 del Real Decreto Ley contiene una serie de definiciones básicas y previas al estudio de su contenido normativo:

*) Distingue «*la firma electrónica*» de la «*Firma electrónica avanzada*».

«Firma electrónica» es «el conjunto de datos, en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge» mientras que «Firma electrónica avanzada» es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que este mantiene bajo su exclusivo control de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior. Luego veremos la importancia de la distinción.

*) *Signatario* es la persona física que cuenta con un dispositivo de creación de firma y que actúa en nombre propio o en el de una persona física o jurídica que representa.

*) *Datos de creación de firma* son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas que el signatario utiliza para crear la firma electrónica.

*) *Dispositivo de creación de firma* es un programa o un aparato informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma.

*) *Dispositivo seguro de creación de firma* es aquel que garantiza que los datos utilizados para la generación de firma pueden producirse una sola vez asegurando razonablemente su secreto, existiendo además una seguridad igualmente razonable de que dichos datos no puedan ser derivados de los de verificación de firma o de la propia firma y que la firma no pueda ser falsificada con los medios tecnológicos de que se dispone en un momento determinado, protegiendo de manera fiable los datos de creación de firma del signatario contra la utilización por otros y empleando un dispositivo que no altere los datos o el documento que

haya de ser firmado ni impida que el citado documento pueda ser mostrado al signatario antes de la firma.

*) *Datos de verificación de firma* son los datos como códigos o claves criptográficas públicas que se utilizan para verificar la firma electrónica.

*) *El dispositivo de verificación de firmas* se define como un programa o un aparato de informático que sirve para aplicar los datos de verificación de firma.

*) «*Certificado*» para el Real Decreto-Ley es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a un signatario y confirma su identidad mientras que «*Certificado reconocido*» es aquel que

— Contiene las especificaciones del artículo 8º, esto es, la indicación de que se expide como tal, tiene un código identificativo que ha de ser único para ese certificado, incorpora la identificación del Prestador del Servicio de Identificación, que ha de contener nombre o razón social, domicilio, dirección de Correo electrónico, y número de identificación fiscal y en su caso, datos registrales, poderes del certificador si actúa en nombre del Proveedor de Servicios de Certificación, los datos de verificación de firma que correspondan a los datos de creación de firma, el comienzo y el fin del periodo de validez del certificado, sus límites de uso, si existen y en su caso, el límite del valor

— Ha sido expedido por un Prestador de Servicios de Certificación que cumple los requisitos del artículo 12, o sea, la mención de la fecha y hora en que el certificado fue expedido o ha perdido su validez, demostración de la fiabilidad de sus servicios, garantía de rapidez y seguridad en la prestación de sus servicios básicamente, posibilidad de permitir una rápida utilización de consulta del Registro de certificados emitidos y seguridad igualmente de extinción o suspensión inmediata y segura de aquéllos, como también empleo de personal cualificado, utilización de sistemas fiables protegidos contra toda alteración y seguros, adopción de medidas contra la falsificación o a la generación de datos que alteren la confidencialidad, etc. El enunciado es tan extenso que resulta obligado remitirse al artículo 12 del Real Decreto-Ley.

B) EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA JURÍDICA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO FIRMADO Y SU VALIDEZ

a) Requisitos y eficacia Probatoria

El artículo 3.1 del Real Decreto- Ley en su número 1º equipara la firma manuscrita a la firma electrónica avanzada que esté basada en un certificado reconocido y que ha sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma considerando uno y otro los que reúnan los requisitos enunciados con anterioridad.

Por su parte el mismo artículo, en su número 2º, declara que «A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior no se le negará efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio por el mero hecho de presentarse en forma electrónica».

Una hermenéutica interpretativa de ambos apartados conduce a la conclusión de que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido que haya sido producida por un dispositivo de creación de firma goza de presunción «iuris et de iure» o al menos «iuris tantum» de certeza mientras que la que no reúna tales requisitos ha de someterse a las reglas probatorias ordinarias.

En cualquiera de ambos casos y recordando que el artículo 1.2 señala que las Disposiciones contenidas en el Real Decreto-Ley ni alteran las normas relativas a la validez y formalización de los contratos y muy en especial ni sustituyen ni modifican las funciones de los fedatarios públicos tendremos que definir la eficacia del documento electrónico adverbado con una u otra clase de firma equiparándola a la que concede el artículo 1.225 del Código Civil a los documentos privados.

b) Validez

Los certificados de firma electrónica quedan sin efecto en los siguientes supuestos:

*) *Expiración del periodo de validez* del certificado que en el caso de los «certificados reconocidos» no puede ser superior a cuatro años desde la fecha de expedición.

*) *Revocación* por el signatario o por la persona física o jurídica a la que representaba.

*) *Perdida o inutilización* por daños del soporte del certificado.

*) *Utilización indebida* por un tercero.

*) *Resolución judicial o administrativa* que lo ordene.

*) *Fallecimiento* del signatario, de su representado, terminación de la representación, incapacidad sobrevenida de cualquiera de ellos o extinción de la persona jurídica.

*) *Cese del Prestador de Servicios de Certificación* salvo que los certificados sean transferidos a otro Prestador, con consentimiento del signatario.

*) *Inexactitudes graves* en los datos aportados por el signatario para la obtención del certificado.

La pérdida de eficacia de los certificados tendrá lugar desde que el Prestador tenga conocimiento de los diversos supuestos y así lo haga constar en su Registro (que habrá de llevar y que estará a disposición telemática de las personas que, con consentimiento del signatario, lo soliciten), salvo los casos de caducidad o cese del Prestador de Servicios en que se referirá a la propia fecha en que tales circunstancias se produzcan.

El Decreto-Ley admite igualmente la suspensión de la eficacia de los certificados a petición del signatario o por decisión judicial o administrativa.

c) La regulación de la prestación al Público de los Servicios de Certificación

No podemos detenernos demasiado en este apartado por afectar exclusivamente a quienes presten tales servicios y tan sólo diremos que:

*) La actividad de Prestador de Servicios de Certificación es libre, y puede ser ejercitada sin trabas por cualquier particular y Entidad que proceda de alguno de los Estados de la Unión Europea e incluso por las Administraciones u Organismos dependientes siempre que la ejerzan en régimen de separación de cuentas y sometida a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación.

Para los Prestadores de Servicios establecidos en algún Estado no perteneciente a la Unión Europea se exige que reúnan los requisitos exigidos por cualquier Estado de la Unión Europea, que sus certificados estén garantizados por un Prestador de Servicios de la Unión que a su vez cumpla los requisitos de la normativa comunitaria en materia de firma electrónica y que el certificado o el Prestador de Servicios estén reconocidos en virtud de acuerdo bilateral o multilateral de la Comunidad y terceros países u organizaciones internacionales.

*) Que se inscriba en un Registro Especial creado al efecto en el Ministerio de Justicia.

*) Que cumpla los requisitos de protección contenidos en la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de Regulación de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y acrediten la adopción de cuantas medidas sean exigibles en materia de protección de sus sistemas electrónicos y prevención de fraudes y falsificaciones.

*) Que dispongan de medios económicos suficientes para la prestación del Servicio y constituyan una garantía en cobertura de su responsabilidad civil del 4% del importe límite en que puedan emplearse sobre los certificados que emitan y de ser ilimitada, de mil millones de pesetas.

*) Como es habitual, se contiene una prolija relación de faltas y sanciones.

Terminaremos diciendo que la emisión de cada certificado, independientemente de su coste frente al Prestador obliga a pagar en concepto de Tasa a la Administración 47.500 Ptas. por certificado (equivalente a 285'48 Euros) de cuya Tasa es sujeto pasivo la persona que se beneficie del reconocimiento o acreditación y que se justifica el hecho imponible como «el reconocimiento por los Órganos Públicos competentes de la acreditación de los Prestadores de Servicios o de la certificación de los dispositivos de creación o de verificación de firma».

Es muy poco el tiempo de andadura de las Normas del Real Decreto-Ley como para valorar su eficacia y aceptación por los comerciantes, por el público y en cuanto a nuestra actividad se refiere por la Jurisprudencia de Audiencias y Tribunal Supremo. Evidentemente desconocemos también el grado de atracción empresarial que inspirará el Real Decreto-Ley a quienes pretendan ejercer la actividad de Prestadores de Servicios.

V. MARCO JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

A) IDEAS GENERALES

El carácter plurinacional y universal de la contratación comercial por Internet lleva en su utilidad ínsita la problemática jurídica que le afecta porque no existe un marco jurídico unificado regulador de las transacciones electrónicas que saltan las fronteras en décimas de segundo y lo más que ha podido conseguirse es crear un espacio común normativo a través de las Directivas Comunitarias, que tan sólo alcan-

zan a resolver, y veremos que con lagunas, la contratación telemática en una parte territorial porcentualmente pequeña de nuestro Planeta.

De entrada, carecemos de una infraestructura válida para todos en materia de seguridad, toda vez que existiendo la posibilidad de que algunas Entidades asuman el papel de asegurar la convergencia en sistemas y claves de general aceptación, la inexistencia de un marco jurídico común dificulta y hasta imposibilita su puesta en funcionamiento.

No es nuevo el problema ni tampoco resultaría novedosa la solución puesto que un caso con muchas similitudes fue el de la letra de cambio y la necesidad de unificar dicho instrumento de pago, objetivo conseguido mediante establecer normas uniformes a través de la UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) cuyas conclusiones fueron seguidas en el Ordenamiento Cambiario de muchos Países y sirvieron al legislador español de pauta en la elaboración de la vigente Ley Cambiaria y del Cheque. Actualmente tenemos otro ejemplo con la creación de la ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) nacida para intentar la regulación de los Nombres de Dominio, (cuya proliferación amenaza con producir su agotamiento) y que patrocina, con el beneplácito de la Organización Mundial de la Propiedad Industrial un mecanismo de arbitraje que opera incluyendo en las estipulaciones del contrato para la obtención de un Dominio, la sumisión a un sistema de decisorio de árbitros internacionales que recibe por correo electrónico las alegaciones de las partes y dicta sus Resoluciones que comunica por el mismo conducto. Se trata, hay que resaltarlo, de una Entidad absolutamente privada, cuyo Consejo de Dirección se compondrá de 19 miembros de nacionalidad estadounidense, europea, australiana y japonesa y que, aunque desconocemos si los árbitros, por usar la terminología de nuestra Ley, lo serán de Derecho, en cuyo caso surge el interrogante de qué normas aplicará en sus arbitrajes o de equidad. El ejemplo es sugestivo porque una vez más, como ocurriera en la Edad Media con la exigencia de los comerciantes que hizo nacer el Derecho Mercantil, estamos ante una *Lex Mercatoria* que quiere dar cobertura a una necesidad jurídica sin esperar que el Legislador (nacional, plurinacional a través de los Tratados o aun multinacional haciendo intervenir a los Departamentos especializados de Naciones Unidas) cree un Derecho que ya es necesario.

Las controversias sobre la utilización de los dominios (recordemos que dominio es la localización del servidor de Internet que contiene la página a que se remite un enlace, servidor es el Ordenador que sumi-

nistra información a través de la red a otros ordenadores y página o páginas (me he resistido a lo largo de este trabajo a emplear vocablos anglosajones y sigo resistiéndome a utilizar el término Web y aun el de sitio Web) es la unidad de contenidos, textos y enlaces de una institución o persona, identificada por un conjunto de letras y puntos afecta al campo de la Propiedad Industrial. Ello significa que está bajo el fuego cruzado de todas las legislaciones que la regulan a lo largo y ancho del Mundo, y aun de Países que por no disponer de Legislación o ser claramente chauvinista, quebrantan con frecuencia las más elementales reglas del Derecho en materia de respeto a dicha Propiedad.

B) EL PROBLEMA DE LA LEY APLICABLE Y EL FUERO JURISDICCIONAL

No sólo la realidad mundial de existencia de pluralidad de Estados organizados cada uno con su propio esquema político y jurídico tiene, hasta la fecha, totalmente indeterminado qué Ley ha de aplicarse a un contrato bilateral cuando una de las partes lo ofrece desde un Estado y otra lo acepta desde otro (supuesto extraordinariamente frecuente en Internet) si no existe entre ambos Tratado o Convenio alguno regulador de la materia (que es la mayoría de supuestos) sino que la cuestión aumenta su grado de complejidad cuando son múltiples las partes y los Estados, cada uno con tradición jurídica distinta y en muchos casos con Normas Reguladoras que por añadidura al no ser aceptadas por los otros, llegan hasta a ser censuradas y repudiadas: Por citar un ejemplo de la Red, en el Estado de California la expresión de un precio en una Página de Internet con la opción de compra equivale a una oferta en firme y vinculante mientras que en Inglaterra ello tan sólo presupone una invitación a negociar y no una oferta que sólo esté esperando la aceptación.

En líneas generales, y sin que pretendamos más que una enumeración no exhaustiva, puesto que el dilema de Fuero y Ley aplicable a los contratos electrónicos, también a los convenidos por métodos tradicionales, merece un estudio mucho más extenso, tendríamos que establecer tres categorías de contratos por Internet:

- a) Los convenidos entre un vendedor y un comprador español.
- b) Los convenidos entre comprador y vendedor, uno domiciliado en España y el otro residente en algún País de la Unión Europea.

- c) Y, por último, los concertados entre un comprador y un vendedor de los cuales uno es residente en España y el otro en País extracomunitario.

Examinemos cada supuesto por separado:

a) Contratos electrónicos convenidos entre un vendedor y un comprador español

En el supuesto de residencia conjunta en España de ambas partes la complejidad, evidentemente, no existe puesto que al contrato se aplican las Leyes españolas, en especial la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril; la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre Ordenación del Comercio Minorista, y en su caso la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, Disposición esta última que, curiosamente, no contiene normas de competencia territorial para caso de litigios, por lo que hemos de remitirnos a las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aplicando a estos contratos la Normativa española, las normas competenciales por razón del territorio serán:

*) el fuero del demandante cuando reclama la declaración de nulidad de cláusulas abusivas (art. 90.3 de la Ley sobre Condiciones Generales);

*) el del demandado (lugar donde tenga su establecimiento o en su caso, domicilio) cuando el ejercicio de acciones se refiere a las colectivas de cesación, retractación y declarativa que autoriza el artículo 12 de dicha Ley y que como es sabido sólo legitima (artículo 16) a Colectivos de Empresarios, Profesionales y Agricultores, Cámaras de Comercio, Asociaciones de Usuarios, etc...;

*) y el que resulte de la propia operación en el caso de las Ventas a distancia reguladas por la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre Ordenación del Comercio Minorista que ya dijimos nada regula sobre fuero territorial ni impone el del comprador como era de esperar por lo que habrá de estarse al general común lo que resulta más llamativo si repasamos la Ley sobre Condiciones Generales de 13 de abril de 1998, modificativa de la de 1994 y que no obstante introducir un nuevo apartado 9 al artículo 34 detallando con minuciosidad insólita en un Texto Legal nada menos que veintinueve supuestos que considera «cláusulas abusivas» nada clarifica en materia tan importante cual es la de facili-

tar al consumidor en caso de Ventas a Distancia acudir a su propio Fuero o Juez Natural en todos los casos. Simplemente uno de los supuestos del precepto, exactamente el 27.º, se limita a decir que será cláusula abusiva «La previsión de Pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o a aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble...», esto es, prohíbe la sumisión expresa a fuero distinto del que corresponda según el tenor de la obligación contraída y si recordamos párrafo segundo del artículo 1.262 del Código Civil y su declaración de que «La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta», aplicamos el supuesto, sin demasiado esfuerzo interpretativo analógico a las ventas por Internet y lo ponemos en relación con los artículos 62 y 63 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, llegaremos a la conclusión de que, extrañamente, con carácter general el fuero es el del vendedor, salvo la conocida y reiterada doctrina jurisprudencial sobre dónde ha de considerarse entregados los géneros en supuesto de que los portes sean pagados por el comprador o por el vendedor.

b) Contratos por Internet convenidos entre comprador y vendedor, uno domiciliado en España y el otro residente en algún País de la Unión Europea

Es Norma básica el Convenio de Lugano Sobre Competencia Judicial de 16 de septiembre de 1988, ratificado por España mediante Instrumento de 9 de agosto de 1994 cuyas reglas más importantes determinan:

*) Que las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado.

A las personas que no tuvieran la nacionalidad del Estado en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales (art. 2).

*) Que en materia contractual, la competencia se atribuye al Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda y si hubiere varios demandados, podran serlo ante el Tribunal del domicilio de cualquiera de ellos sin más salvedad que si la acción pudiese acumularse con otra en ma-

tería de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, se sustanciará ante el Tribunal del Estado contratante en el que estuviere sito el inmueble (art. 5).

*) El convenio define en su artículo 13 qué debe entenderse por Contratos celebrados por los consumidores. Son aquellos formalizados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, y establece en el artículo 14 la competencia de este modo:

«La acción entablada por un consumidor contra la otra parte contratante podrá interponerse ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliada dicha parte o ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.»

«La acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los Tribunales del Estado contratante en que estuviere domiciliado el consumidor.»

Cuando el contratante del consumidor no estuviere domiciliado en un Estado contratante, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado contratante, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado.

Estas normas no se aplican al contrato de transporte y de acuerdo con el artículo 15 como protectoras del consumidor, son imperativas.

La ordenación competencial enunciada está también recogida en nuestro Derecho Nacional: La Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998 epigrafa su artículo 3.º con un contundente «Ámbito territorial. Disposiciones imperativas» y lo desarrolla con el siguiente texto:

«La presente Ley se aplicará a las cláusulas de condiciones generales que forman parte de contratos sujetos a la legislación española.

También se aplicará a los contratos sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en Tratados o Convenios Internacionales.»

Evidentemente, las reglas de competencia en materia de contratos de consumo vía Internet respetarán esas reglas de Derecho Interno y los Convenios suscritos por España en especial el de Lugano de 1988 aplicables a nuestros consumidores para remitirlos a nuestra Jurisdicción o a la de otro Estado según el consumidor sea español o Comunitario

*) Si de los contratos con consumidores pasamos a los pactados entre profesionales y empresarios son normas básicas las siguientes:

—El propio Convenio de Lugano de 16 de setiembre de 1988, antes citado, que en materia de Competencia judicial en materia civil y mercantil señala para los contratos que no afecten a consumidores que las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante, si se trata de materia contractual, ante el Tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda.

—Y la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de 1980, a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990 aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes. Se excluyen las de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso. La Convención, en materia de contratos de compraventa entre comerciantes o profesionales señala como fuero el del lugar de la entrega considerándose que esta se realiza y establece con minuciosidad unas reglas interpretativas de dónde debe considerarse entregada la mercancía que escapa a la extensión querida para este Discurso. Concluiremos este apartado indicando que en este tipo de contratos entre empresarios y profesionales prima el principio de sumisión pactada a Fuero: Así lo proclama el Convenio de Roma de 1980 en su artículo 3.º

c) Contratos electrónicos concertados entre un comprador y un vendedor de los cuales uno es residente en España y el otro en País extracomunitario

En este supuesto la inseguridad jurídica ya es total y si existe un tercero implicado en el contrato (por ejemplo, un Banco que canalizará el pago) nos acercamos a las fronteras del caos. Evidentemente será de aplicación la Convención de las Naciones Unidas de 11 de abril de

1980 pero resolviendo muy limitadamente el problema pues ni todos los Estados se han adherido, ni regula las compraventas con consumidores y aun aquellos Países signatarios lo han hecho, en múltiples casos, con reserva de no aceptación de algunos, incluso muchos artículos del Convenio.

Javier Ribas, en su ya citada obra, propicia con evidente acierto y prudencia la inclusión en los modelos de contrato electrónico de los suministradores españoles de una cláusula de sumisión a Fuero y Ley española. Con todo la eficacia de la sumisión contractual expresa de las partes plantea serias dudas si, por ejemplo, el País destinatario dispone de Normas procesales que, o bien rechazan la sumisión o no declinan competencia a País extranjero en materia de Ley aplicable o Fuero territorial o simplemente su Ordenamiento es tuitivo para el consumidor como entre nosotros acontece.

VI. CONTRATACIÓN POR INTERNET: RESEÑA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA

Nos limitaremos a comentar en este Apartado las iniciativas Reguladoras Comunitarias que afectan a contratos electrónicos por Internet puestas en relación con nuestras propias Disposiciones nacionales con una previa reseña de la reciente Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico de 23 de diciembre de 1998.

A) PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO de 23 de diciembre de 1998

La Directiva en sus Considerandos proclama que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece especiales oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, facilitando el crecimiento de las europeas y la inversión en innovación y que tales servicios de la Sociedad de la Información se ve limitado por obstáculos jurídicos que entorpecen el mercado interior comunitario coartando la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios. En esta línea recomienda el acercamiento de las disposiciones nacionales en materias tales como el establecimiento de los prestadores de servicios, co-

municaciones comerciales, contratos por vía electrónica, responsabilidad de intermediarios y acuerdos extrajudiciales para solución de conflictos así como recursos y planteamientos judiciales (artículo 1.2).

Su articulado regula las siguientes materias:

a) *Validez de los Servicios prestados por un Proveedor de Servicios de Certificación* de un Estado en otro, libertad de establecimiento sin autorización previa de los mismos y posibilidad de inspección administrativa y conocimiento de sus datos y localización, recogidos, como sabemos, en el Decreto-Ley sobre firma electrónica: artículos 3,4 y 5.

— Normas sobre *identificación clara de comunicaciones comerciales*, ofertas de promoción y persona física o jurídica que las realiza (artículo 6)

— Normas en materia de *respeto a la independencia dignidad y honor de las profesiones reguladas* (clara alusión entre otras profesiones, a la Abogacía, inclusión en la que desempeñó un papel sustancial la Abogacía española a través de su Consejo General) y elaboración de códigos de conducta tendentes a precisar qué datos pueden facilitarse (artículo 8).

— *Promoción e impulso de la forma contractual* que utiliza los contratos por vía electrónica y garantías de regímenes jurídicos que no los entorpezcan. Se excluye de esta preceptiva a los contratos notariales, los que deban incorporarse a un Registro Público y los contratos relativos de derecho de familia y sucesiones (artículo 9).

— Regulación de la *información minuciosa que el proveedor ha de dar al destinatario que pretende formalizar un contrato por vía electrónica*: Los pasos (*sic*) que hay que dar, las posibilidades de corrección de errores de manipulación, condiciones de acceso al contrato si se archiva, etc..., todo lo cual ha de estar fijado y señalado de modo claro e inteligible (artículo 10).

— *Cuándo se considera celebrado el contrato*. La Directiva señala como normas a incorporar por los Estados Miembros aquella que define el momento de perfección contractual cuando el destinatario recibe por vía electrónica el acuse de recibo del prestador de la aceptación (artículo 11).

— El sugestivo problema de la *responsabilidad por los datos transmitidos de los prestadores del «Mero transporte»* («Mere conduit»), esto es, los propietarios de Ordenadores-Servidores, que en definición de la Directiva, se dedican a transmitir en una Red datos facilitados por el destinatario del servicio o simplemente facilitan el

acceso a la Red. La polémica doctrinal sobre la asignación de responsabilidad a estos «meros conductores» de datos electrónicas queda zanjada por la Directiva excluyéndolos de cualquier responsabilidad salvo que hayan originado ellos mismos la transmisión, o hayan seleccionado al destinatario por propia voluntad o hayan modificado o seleccionado los propios datos transmitidos y causantes del daño (artículo 12).

— *No imposición a los prestadores del servicio de Mero Transporte de la obligación de supervisar los datos que transmitan* (artículo 15).

— *Y en materia de conflictos*, la Directiva, en sus artículos 17 y 18, recomienda a los Estados propiciar mecanismos de solución extrajudicial y en su caso, el establecimiento de un sistema de recursos judiciales efectivos y sumarios para solucionar las transgresiones y evitar la producción de nuevos perjuicios.

Significativamente la Directiva excluye expresamente del ámbito de aplicación de sus determinaciones las actividades de Notaría, las de representación y defensa de un cliente ante la Justicia y las actividades de juego por dinero, salvo las realizadas para comunicaciones comerciales.

B) CONTRATOS DE CONSUMO POR INTERNET

Probablemente estemos ante los contratos electrónicos más regulados en nuestro entorno jurídico al día de la fecha pues no sólo incide en su tratamiento la Directiva 97/71CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia sino, como marco jurídico general las Leyes 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril, y básicamente la Ley 7/1996, de 15 de enero, sobre Ordenación del Comercio Minorista.

El artículo 38 de la Ley de 15 de enero de 1996 considera venta a distancia la celebrada sin la presencia física simultánea de comprador y vendedor. transmitiéndose la propuesta del segundo y la aceptación del primero por un medio de comunicación a distancia de cualquier naturaleza; sin lugar a dudas la venta por Internet entra de pleno en los términos de la definición.

Con carácter general y de acuerdo con lo que señala el artículo 48, la Ley proclama la nulidad de cualquier renuncia explícita o implícita

del consumidor a los derechos que le favorecen. Las especificaciones más importantes de la regulación legal son las siguientes:

*) El de que quien pretenda promover la venta de productos y servicios difundiendo propuestas en medio que abarque más del territorio de una Comunidad Autónoma, caso de la venta electrónica, ha de inscribirse en el Registro correspondiente del Ministerio de Comercio y Turismo, al que se solicitará la preceptiva autorización. (art. 38.2).

*) En todas las propuestas de contratación constará inequívocamente su carácter comercial, informando al consumidor que la utilización de una técnica de comunicación a distancia tiene carácter oneroso, salvo que ello conste de modo evidente. En ventas por Internet lo evidente es hoy (ya veremos en el futuro) que la utilización es gratuita, más allá del propio coste de uso de la línea telefónica por parte del consumidor (art. 39.1 y 2).

*) La propuesta indicará, como mínimo, la identidad del proveedor, características especiales del producto, precio y, con la debida separación, gastos de transporte, forma de pago y modalidades de entrega y ejecución y plazo de validez de la oferta (art. 40).

Igualmente antes de la ejecución del contrato el comprador deberá recibir información escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de la dirección de uno de los establecimientos del comprador y su domicilio social, condiciones de crédito o pago escalonado y documento de desistimiento o revocación que detallará el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y contratante (art. 47).

Sin duda la exigencia escrita pudiera plantear alguna dificultad en un contrato, como el electrónico, que no crea con carácter general soporte-papel, pero en atención a que, como luego veremos, el artículo 5 de la Directiva comunitaria reguladora de los contratos a distancia de 20 de mayo de 1997 ya matiza que tal confirmación ha de ser «por escrito o mediante cualquier otro soporte duradero a su disposición», cuyo soporte luego nos definiría la letra f) del artículo 2 de la Propuesta de Directiva sobre venta a distancia de servicios financieros de 23 de diciembre del pasado 1998 como «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones sin que se vea obligado a realizar por si mismo el registro de estas informaciones, en particular los disquetes informáticos, los CD-Rom y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico».

De este modo no parece violentar demasiado la norma española si de acuerdo con sus especiales características y las posteriores defini-

ciones de las Directivas, toda referencia normativa a «escrito» puede tener su equivalencia en disco duro del consumidor que almacena el correo electrónico, medio de comunicación por excelencia en Internet.

*) El silencio nunca es positivo y el consentimiento ha de ser expreso. Tanto en el supuesto de envío del producto ofertado sin consentimiento claramente manifestado por el comprador, como el de envío no solicitado (que la Ley expresamente prohíbe, salvo que se trate de muestras) el receptor ni está obligado a devolver ni tampoco a pagar el precio y si aun así lo devuelve no se le puede reclamar ninguna clase de daño o demérito del producto, regla que no se aplica cuando el proveedor acredite suficientemente que el envío se produjo por error, en cuyo caso el receptor sólo aparece obligado a guardarlo durante un mes a disposición del vendedor pero habrá de ser indemnizado en el 10% del valor en venta de la mercancía y si no se le paga la indemnización en el citado plazo mensual hará suyo el producto (arts. 41 y 42).

*) El pedido ha de ejecutarse en plazo máximo de treinta días desde su recepción por el vendedor, salvo que se hubiera expresamente pactado otro. El pago anticipado sólo puede exigirse contra pedidos de elementos muy diferenciados que, además, se hayan fabricado o preparado a solicitud expresa del comprador.

*) La Ley, en su artículo 44 regula el derecho de desistimiento del comprador que dispone de siete días contados desde la fecha de recepción del producto para dejar sin efecto el contrato, lo que acarreará igualmente, de haber mediado algún acuerdo de crédito, la resolución del mismo. El desistimiento puede comunicarse sin sujeción a forma concreta siempre que lo acredite en cualquiera de las formas que el Derecho contempla y sólo constituye al comprador en la obligación de pagar los gastos directos de devolución y en su caso, los desperfectos de la cosa adquirida que le sean imputables.

Como excepción a la regla general de aplicación del derecho de desistimiento, la Ley excluye del mismo las transacciones de valores mobiliarios u otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones no controlables por el vendedor, y, salvo pacto en contrario, a todo producto que pueda ser copiado, se destine a la higiene corporal o por razón de su naturaleza no puede ser devuelto como podrían ser los servicios de asesoramiento, información, etc.

Igualmente queda excluido del derecho de desistimiento el contrato que se haya celebrado con intervención de fedatario público (arts. 44 y 45).

*) Si el pago se ha efectuado con cargo en tarjeta de crédito sin que ésta hubiera sido presentada directamente o identificada electrónicamente (hoy en día es el caso de bastantes compraventas por Internet) el titular puede exigir la inmediata anulación de dicho cargo, debiéndose efectuar las anotaciones de adeudo y abono a la mayor brevedad.

El uso indebido de esta facultad por el comprador que hubiere realizado efectivamente la compra dará derecho al vendedor a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de dicha anulación (art. 46).

La Directiva Comunitaria sobre Venta a Distancia de 20 de mayo de 1997, como posterior, añade alguna particularidad a nuestra Ley como propuesta de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre la materia proclamada. Las detallamos brevemente:

*) Excluye de su ámbito de aplicación los servicios financieros entendiéndose por tales los de inversión, operaciones de seguro y reaseguro, servicios bancarios, operaciones relativas a fondos de pensiones y servicios relacionados con operaciones a plazo o de opción. Estos servicios han sido objeto de regulación comunitaria en reciente Propuesta de Directiva de 23 de diciembre de 1998, publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades* de 5 de febrero del actual 1999 sobre la que volveremos seguidamente.

Excluye igualmente los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o locales automatizados, los celebrados con operadores de telecomunicaciones mediante teléfonos públicos y todos los contratos relativos a inmuebles, tanto sobre construcción y venta como los que se refieran a otros derechos (por ejemplo, la hipoteca) sobre ellos. Se sujeta a las prescripciones de la Directiva, sin embargo, los arriendos inmobiliarios.

*) Consagra con detalle las obligaciones de información previa y posibilidad de resolución contractual que ya mencionábamos al comentar la regulación española de los contratos de venta a distancia añadiendo tan sólo la obligación de incluir en el los contratos de suministros de productos o servicios de forma permanente o continuada su duración mínima.

*) Reitera la exigencia de nuestro Derecho en cuanto a confirmación escrita (ya vimos que convierte en equivalente cualquier otro soporte duradero) de la información, conteniendo datos del vendedor, ubicación geográfica del establecimiento donde pueden ser presentadas las reclamaciones, donde se encuentra situado el servicio post-ven-

ta, y condiciones expresas de rescisión (estimo que el término jurídico adecuado sería el de resolución) que, curiosamente sólo es obligatorio remitirlas en contratos de duración indeterminada o superior a un año.

*) De nuevo regula el que denomina «derecho de resolución» que nuestro legislador más afortunadamente calificaba de «derecho de desistimiento», fijando el plazo de siete días laborables que en la venta de bienes se contará desde la recepción de los mismos y en la de servicios del de la celebración del contrato salvo que la prestación de servicios se haya iniciado con posterioridad, en cuyo supuesto el «dies a quo» será el de recepción por el consumidor-adquirente de la confirmación escrita de la información sobre el contrato que le ha de remitir el proveedor. Si los servicios no han empezado a prestarse el plazo será de tres meses, ya contados desde la fecha del contrato.

*) La Directiva coincide con nuestra Ley en cuanto al plazo de ejecución del pedido en un máximo de treinta días salvo pacto en contrario (añadiendo la obligación del proveedor de anunciar la imposibilidad de cumplimiento por no encontrarse disponible el bien o servicio para que el consumidor recupere lo abonado a la mayor brevedad y en cualquier caso nunca más tarde de treinta días) especialidades del pago con tarjeta de crédito, consecuencias de la remisión de productos no solicitados, carácter imperativo de las Normas, etc.

Como dijimos, la Directiva no aborda el problema de la Ley aplicable al contrato ni el de la competencia territorial para caso de litigio limitándose a recomendar el arbitraje como medio de resolver las discrepancias que se susciten, la inversión de la carga de la prueba y su atribución al proveedor en materia de existencia de información previa, consentimiento escrito y voluntad manifestada del comprador-consumidor y pronunciamiento de normas procesales que concedan legitimación activa para formular reclamaciones a Colectivos que tenga por objeto directa o indirectamente la protección de los derechos del consumidor o representen conjuntos de profesionales con interés legítimo en ejercitar la acción todo lo cual ya está incorporado a nuestro Derecho.

C) CONTRATOS DE SERVICIOS FINANCIEROS POR INTERNET

La Directiva de 20 de mayo de 1997 excluía de su ámbito de aplicación los servicios financieros, básicamente los de inversión, bancarios, fondos de pensiones, operaciones a plazo o de opción y contratos

de seguro y reaseguro, pero estábamos ante una de las materias en que los Operadores del Mercado más incidencia están teniendo y más negocio están promoviendo por lo que la Comisión, consciente de la importancia de los servicios financieros en el ámbito de la protección de los derechos del consumidor, ya en los debates previos a la Directiva de 20 de mayo de 1997 anunció tener elaborado un denominado «Libro Verde» sobre los servicios financieros que se había publicado el 22 de mayo de 1996 y que el Parlamento Europeo había aprobado mediante resolución de 17 de febrero de 1997 en la que, buscando cómo satisfacer las expectativas de los consumidores sobre esta parcela de la contratación tan en auge, exhortaba a la Comisión a presentar en plazo de un año un Borrador-Propuesta de Directiva sobre la venta a distancia de productos financieros, encargo que es el antecedente de la Propuesta de Directiva de 23 de diciembre de 1998, como dijimos publicada en el *Diario Oficial de las Comunidades* del pasado 5 de febrero, y que comentaremos con la máxima concreción y brevedad.

*) La Propuesta de Directiva define como servicios financieros que constituyen el objeto del contrato de venta a distancia a que la misma se refiere los relativos a las actividades de las Entidades de Crédito, de las Compañías de Seguros y de las Empresas de inversiones y se preocupa de precisar que no pretende propiamente regular tales servicios en su contenido jurídico sino más bien el método de comercialización y venta de productos.

*) Define el contrato a distancia de servicios financieros en su artículo 2 como «cualquier contrato relativo a servicios financieros celebrado entre un proveedor y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia organizado por el proveedor que para este contrato utilice técnicas de comunicación a distancia hasta la celebración del contrato». La Exposición de Motivos nos aclara que esta definición no implica enumeración cerrada de las «técnicas de comunicación a distancia» sino que es enunciativa y sometida a los avances que la tecnología pueda generar.

Queda igualmente y por exclusión señalado el ámbito de aplicación de la Directiva, que no es el de las operaciones financieras que no utilicen ese medio técnico de comunicación a distancia. Evidentemente la contratación por Internet sí entra plenamente en los supuestos de aplicación de la Propuesta.

*) Entiende la Directiva, en su artículo 2.5 que es proveedor «cualquier persona física o jurídica que en el marco de sus actividades comerciales o profesionales preste por sí misma los servicios a que ha-

cen referencia los contratos que son objeto de la presente Directiva o sirva de intermediario en el suministro de dichos servicios o para la celebración a distancia de un contrato entre las partes».

Nos vuelve a aparecer la figura del «Mero transporte» («Mere conduit») del artículo 12 de la Directiva sobre Comercio Electrónico referida a Empresas explotadoras de un Ordenador-Servidor y lo define como «cualquier persona física o jurídica, pública o privada cuya actividad comercial o profesional consista en poner a disposición de los proveedores una o varias técnicas de comunicación a distancia».

*) A tenor del artículo 1.2 para los contratos relativos a servicios financieros que comporten operaciones sucesivas las prescripciones de la Directiva sólo se aplican a la primera operación independientemente de que la legislación nacional considere la ejecución de tales contratos como uno sólo o varios. Por ejemplo, puesto por la misma Propuesta en su Exposición de Motivos la apertura de una cuenta corriente queda sometida a las prescripciones de la Directiva pero no las sucesivas operaciones que se realicen con cargo a dicha cuenta.

Entre los derechos y obligaciones de las partes destacamos, como más significativos, éstos:

*) *El derecho de reflexión* consagrado en el artículo 3 a cuyo tenor una vez el proveedor ha comunicado al consumidor todas las condiciones contractuales por escrito o en soporte duradero que se encuentre a disposición de éste y que pueda consultar, queda vinculado por plazo de catorce días a su mantenimiento, durante cuyo plazo el consumidor podrá o no formalizar la operación, lo que no supone que haya de agotar el plazo o que las partes no puedan establecer otro mayor. No obstante si el contrato se celebra antes de agotarse el periodo de reflexión y se demuestra que obedece a incitación desleal del proveedor el consumidor dispondrá de catorce días para ejercitar el derecho de retractación a que luego nos referiremos, contados desde la fecha de celebración del contrato; la Directiva cuida de matizar que no es incitación desleal la mera comunicación de informes objetivos del precio de un producto financiero que dependa de las oscilaciones del mercado (por ejemplo, las cotizaciones en Bolsa de determinados valores, etc...).

De acuerdo con el artículo 3.2 los plazos se cuentan desde el día en que el consumidor reciba la comunicación escrita o en soporte duradero que la letra f) del artículo 2 define como «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo el registro de estas informaciones, en parti-

cular los disquetes informáticos, los CD-Rom y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena os mensajes del correo electrónico».

El artículo 3.3 señala que cuando los servicios financieros se refieran a operaciones de divisas y recepción, transmisión y/o ejecución de instrucciones y prestación de servicios relativos a instrumentos financieros en que el precio pueda fluctuar independientemente de la voluntad del proveedor, éste no tiene que comunicar al consumidor el precio del producto financiero en las condiciones contractuales que ha de enviarle pues basta que dicho precio se fije con el consentimiento expreso del consumidor al formalizar el contrato. El ejemplo más evidente es una orden de compra o venta de valores cotizados en un Mercado Secundario, en que por la propia naturaleza de la orden que el cliente imparte al mediador sólo cabe marcar precios máximos, mínimos o el clásico y habitual «Véndase por lo mejor» de nuestro tráfico bursátil.

*) Igualmente nos aparece en la Propuesta de Directiva *el derecho de retractación* por plazo de catorce días, pero que en este supuesto de venta de servicios financieros opera sólo si el contrato se ha formalizado antes de recibir el consumidor del proveedor las condiciones contractuales. Dice la Propuesta que quien use del derecho de retractación no viene obligado a indicar el motivo ni puede ser penalizado, y amplía el plazo de catorce días a treinta si los contratos tienen por objeto créditos hipotecarios, seguros de vida u operaciones individuales de jubilación. Este derecho pide el artículo 4.3 de la Directiva que se ejercite por escrito o en un soporte duradero a disposición del proveedor y al que el mismo tenga acceso y sólo quedan excluidos de él los contratos relativos a servicios y productos cuyo precio, como antes decíamos, fluctúe en el mercado con independencia de la voluntad del proveedor pero también excluye los seguros distintos del de vida de duración inferior a un mes. Evidentemente la «ratio essendi» del derecho de retractación no es otra que el no disfrute por el cliente-consumidor del derecho de reflexión como sistema idóneo de formar libremente su voluntad contractual de modo que uno es incompatible con el otro.

Como sucedía en el caso de contratos de consumo, si el contrato principal incluye un contrato de crédito, los Estados Miembros incorporarán a su legislación la rescisión de dicho contrato por haber sido resuelto el que justificaba su concesión, ello sin penalización alguna.

*) Si el consumidor ejercita el derecho de retractación, deberá

pagar al proveedor lo más rápidamente posible el precio del servicio financiero efectivamente prestado, en el caso de que pueda determinarse y en el caso de que el proveedor no pueda determinar dicho precio antes de celebrarse el contrato la parte del precio total del servicio financiero que es objeto del contrato. Con una técnica legislativa admirable, es la Exposición de Motivos la que pone estos ejemplos para mejor comprensión de los supuestos que regula: El primer caso de precio determinado sería, en la concesión de una hipoteca, el costo que el proveedor del servicio financiero hubiera tenido que pagar por tasación del inmueble a gravar y que luego, por la retractación del cliente consumidor no resulta hipotecado y el segundo supuesto de indeterminación es la propia Exposición de Motivos la que lo ejemplariza con el caso de un seguro de vehículo en el que el coste del servicio dependerá del número de días de cobertura y el reparto proporcional de la prima sobre el conjunto de días asegurados según el contrato que queda sin efecto.

Precisamente para garantizar que el consumidor tenga en cuenta todos los elementos posibles antes de retractarse del contrato el artículo 5.2 obliga al proveedor a informarle, por el medio o técnica de comunicación a distancia que se haya empleado el precio o el importe que sirva de base de cálculo para el precio que deba pagar en caso de que ejerza el derecho de retractación consagra estos derechos y además obliga al proveedor a informar e instruir de ellos al cliente consumidor de manera clara e inteligible por todo medio adaptado a la técnica de la comunicación a distancia, deber de información en que se presta por la Propuesta de Directiva tal énfasis que el artículo 11.2 exhorta a los Estados Miembros a incorporar a su Legislación las Normas precisas para permitir al consumidor la rescisión en caso de falta de información adecuada y completa sin gastos y sin indemnización y a garantizar la indemnización del daño que se haya podido producir con la máxima rapidez.

*) Nuevamente la Propuesta de Directiva dicta Normas equivalentes a las contenidas en la de 20 de mayo de 1997 en materia de indisponibilidad de un producto, servicios y comunicaciones no solicitadas, promoción del arbitraje, legitimación de Colectivos profesionales y de Defensa del Consumidor, etc.

Confiamos en que pronto, y como ha venido sucediendo hasta el momento, una Ley Nacional regule esta materia tomando como ineludible referencia las Propuestas de la Directiva.

VII. COLOFÓN

En esta exposición han quedado fuera, por exigencias de la extensión debida, materias tan sugestivas del Comercio y contratación electrónicas como son la propiedad y uso de los dominios y marcas, la protección de los derechos de autor y propiedad intelectual, los delitos cometidos a través de la contratación electrónica y tantas otras materias conexas cuya exposición escaparía a los límites de este discurso; también nos vemos obligados a dejar para otra ocasión cuanto se refiere a la Fiscalidad de los contratos en Internet, tan sugestivo y tan sorprendente como que, pese a mi deseo de dar por concluido ya este Discurso, no poder resistirme a contar algún ejemplo anecdótico:

El primero, situado casi en el campo de las neurosis obsesivas, es el de algunos Países cruzados por la línea del Ecuador pero también por los satélites de comunicaciones a través de los cuales circula la Información de Internet que han desempolvado la vieja teoría del Derecho romano que proclamaba el alcance del dominio «usque ad sidera et usque ad inferos» y se plantean con toda seriedad si cada vez que el satélite espacial orbita encima de sus Territorios lo que navega en las alturas espaciales no es un Establecimiento Permanente en sentido fiscal que deberá rendir cuentas tributarias por las operaciones formalizadas en el tiempo en que el satélite atravesó su espacio. Y por chocante que sea este planteamiento no ha de pensarse que sea un caso aislado, puesto que también se está planteando si la utilización de las redes telefónicas de un País como cauce de comunicación, vía Internet, de contratantes de dos Estados Terceros no supone «Establecimiento Permanente» a efectos tributarios del País de tránsito: Dinamarca consideró que el transporte de electricidad por un residente sueco a través de un cable situado en una plataforma continental danesa a un Transformador en Suecia no implicaba la existencia de «Establecimiento Permanente», planteamiento que no es compartido ni por Alemania (que estima que un oleoducto holandés que discurre bajo suelo alemán es «Establecimiento Permanente») e Italia que, considerando que las vías de un ferrocarril suizo que discurre en un pequeño tramo por territorio italiano eran, también, Establecimiento Permanente, sometieron a gravamen los correspondientes rendimientos uno del oleoducto y el otro del ferrocarril suizo.

El segundo ejemplo, citado por De Juan Ledesma, nos servirá de botón de muestra del desconcierto que las transacciones electrónicas han producido en los esquemas clásicos del Derecho tributario: Los li-

bros, considerados en el formato clásico «de papel» están gravados con el Impuesto sobre el Valor Añadido al tipo del 4 % pero si ese libro lo «digitalizamos», y atendemos su pedido de un cliente remitiéndolo por medios electrónicos, ¿ha de soportar el IVA al citado tipo como entrega de un bien al tipo privilegiado del 4 %, o ha de considerarse una prestación de un servicio, gravada con el tipo genérico del 16 %? La Administración Tributaria Española, en Consulta vinculante de 10 de julio del pasado 1998, calificó una venta de libro por Internet como prestación de servicios gravada con el IVA al tipo del 16 %, definición contradictoria con lo decidido por el Tribunal de la Unión Europea en Sentencia de 5 de junio de 1997 que estimó que la naturaleza de un bien no se altera por la utilización de uno u otro medio de comercialización. Pero en materia tributaria nunca el «in dubio» se decanta a favor del sujeto pasivo.

Es ya momento de concluir pero la importancia del fenómeno de intercambio electrónico contractual es imparable y su auge no deja de crecer: Hace unos meses la Prensa publicó la insólita noticia de que el conocido Buscador de Internet «Altavista» se había vendido, aunque exactamente, se habían transmitido el 83 % de las acciones de COMPAQ, Compañía propietaria. No es la venta lo insólito sino el precio: Dos mil trescientos millones de dólares americanos que al cambio representan unos trescientos sesenta mil millones de pesetas que son pagados por un Buscador ciertamente prestigiado, pero que no deja de ser uno más de los diez o doce que están en punta.

Como suele decirse en los ambientes financieros, el dinero es tímido, miedoso y hasta cobarde pero cuando toma una decisión de esta magnitud, difícilmente se equivoca: El éxito de Internet como cauce de ocio, de transacciones sobre cosas y servicios, de difusión de cultura y de tantas otras utilidades humanas no ha hecho más que empezar.

Muchas gracias.

CONTESTACIÓN
DEL EXCMO. SR. D. LUIS DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ

CON SU VENIA, PRESIDENTE.

ESTIMADOS COLEGAS ACADÉMICOS.

COMPAÑERAS Y COMPAÑEROS.

SEÑORAS Y SEÑORES.

Debo comenzar mi intervención pidiendo excusas por la osadía en la que incurro al ser el último miembro que se ha incorporado a esta prestigiosa Institución y, no obstante ello, atreverme a transitar ya por estos senderos complejos de responder al Discurso de entrada de otro Académico.

No es esta la pauta de conducta personal ni profesional normal de quien les habla; pero, en este caso, romper mi habitualidad, tiene como base la poderosísima razón de la amistad que, desde nuestros años universitarios, me une al ya Académico D. Enrique Montagud Castelló.

Antes de entrar en la contestación al Discurso que hemos escuchado, permítanme unas palabras sobre las funciones que algunos profesionales de la Abogacía desarrollamos diariamente cuando, como en el caso de nuestro Académico, nos dedicamos al asesoramiento jurídico de empresas.

Siempre que un empresario, financiero, productor de servicios o suministrador de mercaderías solicita un asesoramiento del Abogado que habitualmente le atiende, coloca al mismo en una tesitura equidistante entre el respeto al Derecho en sus respuestas a la consulta, el interés del consultante, que es en definitiva el bien a custodiar, y la no lejana posibilidad de que el empresario, caso de no recibir una respuesta válida que le permita desarrollar su operación, cambie de Abogado.

Si el Letrado consultado no respeta el principio de legalidad, favorece al cliente en ese instante —satisfacción inmediata— pero vulnera sus principios éticos y profesionales, creándole problemas a medio o largo plazo.

Si, en el segundo supuesto, el Abogado no encuentra la vía legal adecuada para la defensa de los intereses que le han sido confiados, no cumple con su función.

Si, por último, pierde al cliente, atenta contra sus propios intereses personales y profesionales.

Veán, pues, que la labor del Letrado de Empresa se desarrolla siempre en unos términos difíciles en los que su función más importante es canalizar el comportamiento comercial de sus clientes a través de la legalidad exigible, sin que le sea dado —por motivos económicos o de empresa— vulnerar dicha legalidad; y en lo que se refiere a su cliente, su objetivo es hacerle ver que la legalidad es buena para su operación concreta y para su empresa en general.

Son las diferentes posturas que a lo largo de la historia se han producido sobre los mismos hechos, rogándoles disculpen la cita —irónica en la exposición pero no por ello incierta en su existencia— de la Real Cédula de nuestra Majestad Católica que prohibía que los Letrados de entonces fueran al Nuevo Mundo *«a fin de non tener reclamaciones y pleitos con quienes de fijo allá nos representan»*, prohibición que chocaba frontalmente con las manifestaciones de Fray Bartolomé de Las Casas, quien, a la sazón, decía —según parece sobre los mismos hechos: *«y no plugiendo al poder aquello que debe dar en justicia, fagamos todos nos de hombres de leyes para su feixigencia»*.

Un reflejo legal de esa condición de veladores de la legalidad del comportamiento empresarial, fue, en materia societaria, la Ley de 31 de octubre de 1975 relativa a los Letrados Asesores de los Órganos de Administración de las Sociedades Mercantiles, que exigía la constancia de esta intervención favorable del Abogado correspondiente en los documentos que la Ley citada, derogada por la disposición adicional quinta de la Ley de 25 de julio de 1989.

Traigo a colación estas citas, porque nuestro recipiendario ha venido desempeñando esa difícil labor desde hace años y continua en ella en estas fechas, gozando del respeto profesional de todos quienes con él tratamos y manteniendo —a la vez— a sus clientes. Ambas cosas difíciles de aunar.

Esta es la primera nota que me consideraba obligado a resaltar.

Otra característica, no menos importante que la anterior, es su con-

dición de Letrado en ejercicio. Es decir, de Letrado que según los franceses «plaide»; que, en español, podemos traducir como Letrado que «postula».

El pasado año, tuve oportunidad de intervenir en un litigio en el que las partes planteábamos la posible responsabilidad de un Administrador de una Compañía Mercantil. La cuantía de la reclamación era de tipo medio.

Estando los litigantes de acuerdo en los hechos, se planteaba el alcance y, por ambas partes, la aplicación de la Ley de Sociedades Anónimas.

En el debate jurídico, ambos Letrados hicimos gala de nuestros conocimientos sobre la materia, a más de los que guardamos en nuestras Bibliotecas, incluidos los soportes informáticos. Autores de prestigio como Olivencia, nuestro inolvidable Broseta, Garrigues (el viejo profesor), Polo, Alonso Úrbea y otros, fueron traídos a la litis, fundamentando cada una de nuestras posiciones jurídicas.

Pues bien, la sentencia estimó una de las pretensiones —permítanme que silencie cuál de ellas— afirmando que *«le parecía de mayor consistencia la de la parte...»*. Comentando con el Compañero la escasa calidad técnica del pronunciamiento que ponía fin a nuestro debate, recibí de él el siguiente comentario:

«Compañero, comprendo y comparto su enojo por cuanto el trabajo que hemos hecho ha sido verdaderamente profundo, pero piense Vd. que nuestros trabajos sirven sólo para fundamentar resoluciones judiciales, que son las que se publican».

Fue un hecho que aprecié en toda su crudeza, cual es que la labor del Abogado «que postula», tan sólo está reconocida —externamente— por los propios profesionales que contienden con él y por los Tribunales. La publicidad de esa labor argumentativa, interpretativa o creadora del Derecho, termina con la sentencia firme. A partir de ese momento, la Resolución judicial absorbe toda la sabiduría que le ha sido dada por el Letrado y la engulle como propia.

Esta es la segunda faceta que me permito resaltar de quienes ejercen —ejercemos— la Abogacía. La humildad de nuestras construcciones escriturarias.

Refiriéndome ya al Discurso que acabamos de escuchar, quiero resaltar de él, su perfecta construcción sistemática con una Introducción

de carácter general y un desarrollo posterior, perfectamente expuesto todo ello con una profusión de citas y datos reveladora de un trabajo bien hecho.

Ha servido su lectura para que este Letrado en ejercicio que hizo su pasantía, hace ya bastantes años, con un Profesional «de flexo y Aranzadi», pueda apreciar que nuestra sociedad es cambiante a tal velocidad progresiva que, a duras penas, le permite mantener los niveles técnicos mínimos del ejercicio profesional.

Es por ello que cuando hemos leído los balbuceos de la JURIMETRIA —que desconocíamos y que pudo «romper» toda posibilidad de ejercicio profesional— nuestro espíritu se ha alarmado.

Más, de inmediato, la reacción ha sido la de nuestra subjetividad, aflorando el carácter individualista de todo profesional.

Nos han venido a la memoria una serie de asuntos que en materia de reconocimiento de la paternidad —negativa de los progenitores al sometimiento a la prueba de análisis sanguíneo— convulsionaron nuestra jurisprudencia valenciana, en gran parte por la reincorporación del Magistrado Sr. Peris a nuestra antigua Audiencia Territorial tras su Vicepresidencia de CGPJ, e incluso a escala nacional, los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, contradictorio, entre dos Secciones de la propia Sala.

Como Vdes. recordarán, se debatía la vigencia —y en principio contradicción— entre dos principios constitucionales, de los arts. 24 y 14, respectivamente, de nuestra Carta Magna, según la postura que se adoptara.

Pues bien, la cuestión ya es «pacífica» en el sentido de considerar como «seguridad científica» el resultado positivo, y por tanto la atribución de la paternidad o maternidad, de un 97 % de los elementos analizados. Y ello, porque, conforme a conocida jurisprudencia, un 3 % de error —en el resultado positivo— es desechable en pro del bien digno de mayor protección como es el interés del menor.

La diferencia entre la técnica y el Derecho es que, la primera, estima como «agrado de certeza», lo que, en sí mismo contiene un tres por ciento de posible error, mientras que el derecho entra en el análisis de cada uno de esos casos —o debe entrar en ellos— a fin de determinar en individualmente en ellos, la procedencia o improcedencia de la pretensión formulada.

Permítanme Vdes. y el beneficiario que alce mi voz en pro de la minoría. Y desde el reconocimiento expreso que hago de la función social que la Jurisprudencia ha realizado, en esta materia, apoyada en

la técnica, ruego disculpen que, desde mi individualismo intrínseco, proteste por esos tres padres o madres, de cada cien, que han visto aumentada su familia, al encontrarse dentro del «*margen de error dese- chable*» que la misma ciencia reconoce.

Que la técnica ha hecho que la sociedad evolucione de modo verti- ginoso conforme ha expuesto D. Enrique, es una afirmación que sólo merece asentimiento por su contenido y aplauso por la forma en que ha sido hecha.

Ahora bien, que la técnica pueda arrastrar al Derecho, me plantea algunas dudas:

En febrero de este año un Registrador Mercantil de una provincia hermosa donde cada año se entregan los Premios Príncipe de Asturias, calificaba negativamente una certificación de acuerdos sociales expedida por un Secretario Letrado y visada por el Presidente de la Compañía, con firmas autenticadas notarialmente por un fedatario de Madrid.

El motivo de la «incidencia» era que el calificador alegaba desco- nocer la firma del autenticante.

En conversación telefónica mantenida entre ambos, el primero so- licitó del segundo el envío de fax confirmativo de que la autenticación era suya propia, lo cual hizo, zanjando el asunto.

No obstante, el fedatario llamó con posterioridad al calificador y le preguntó ¿Y como sabes que la firma del fax sí que es la mía?

La globalización de la economía fruto primero de los acuerdos GATT y luego de la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994, ha venido a romper todo esquema, inferior al planetario, para el desa- rrollo del Libre Comercio. Entornos más reducidos como son la U.E., el Mercosur o Nafta, están obligados a contemplar su propia existencia desde su minoridad territorial y subordinación reglamentada a los prin- cipios de a OMC (WTO):

- ** Trato de nación más favorecida. En materia de aduanas y car- ga, cualquier ventaja concedida a los productos de un país debe ser igualmente reconocida a productos similares originarios de los demás países firmantes.
- ** Trato nacional en materia de tributación y reglamentos interio- res. Los productos importados de países firmantes del tratado no pueden tener peor condición que los propios.
- ** Control de efectos «antidumping» (pido excusas por el angli- cismo). Prohibición de ruptura del equilibrio de mercado.
- ** Libertad de tránsito en materia de transporte de mercaderías.

- ** Prohibición de restricciones cuantitativas de importación de productos salvo las imprescindibles para mantenimiento de la balanza de pagos.

La adopción de estos principios generales ha sido posible por dos motivos:

- a) Técnico. La sociedad ha evolucionado de tal modo que ha hecho posible el comercio a nivel mundial.
- b) Sociológico. Una nación preponderante o un grupo de ellas ha precisado de expansión mundial para su subsistencia.

Y lo que parecen principios filosóficos han hecho posible que en febrero, en nuestros mercados, podamos comprar uvas de Chile; que coches fabricados en Corea o Japón, estén en los escaparates de los concesionarios europeos; o que podamos, desde España, comprar por Internet un ordenador con marca estadounidense, fabricado en Taiwan y ensamblado en Gran Bretaña, recibéndolo en nuestro domicilio en plazo de siete días.

Dado que el derecho debe servir para reglamentar actividades sociales, ha sido preciso que las NNUU promulgaran La LEY MODELO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO (UNCITRAL) (mayo/junio de 1996), base de una serie de legislaciones nacionales, entre ellas nuestra Ley 11/98 de 24 de abril (Ley General de Telecomunicaciones) y el R.D.L. 14/99 de 117 de septiembre, sobre Firma Electrónica, entre otras comentadas por el nuevo Académico.

Pero a juicio de este Letrado, la vorágine no ha hecho sino empezar. Veán sino las últimas actuaciones de la U.E. en materia de comercio electrónico EN LOS ÚLTIMOS SESENTA DÍAS:

- ** Una propuesta de Directiva sobre competencia judicial y Ley aplicable, que modificará los Convenios de Bruselas hoy en vigor (4.11.99).
- ** Otra relativa a establecer un cuadro jurídico sobre esta misma materia en un mercado único (01.09.99).
- ** Dos propuestas de Directiva relativas a prestación y venta de servicios financieros a distancia (26.07.99 y 04.11.99).

Se avecina, pues, una época apasionante en la que muchos conceptos tradicionales van a ser objeto de revisión y quizás de modificación sustancial.

Guardemos, pues, el brillante trabajo de nuestra recipiendario como objeto de atenta lectura y consulta habitual y preparémonos para sufrir —y a la vez gozar— como juristas de los nuevos tiempos que se avecinan, con la mente abierta y el sentido jurídico común alerta. Aceptemos las nuevas técnicas sin tiranías. Hagamos de ellas un medio para la mejor práctica de nuestra profesión y de nuestros clientes, de los ciudadanos en general.

Busquemos el equilibrio entre la importancia de los movimientos económicos y el respeto a las personas individuales.

Dos citas dan fin a mi intervención:

- ** Una de ellas, la de Herodoto, cuando narra la conversación entre Ciro y Cresos: *«Para evitar la guerra con los lidios, lo mejor Cresos es comerciar con ellos y hacerles que enseñen a sus hijos a comerciar»*.
- ** La otra, del Profesor Corts Grau, cuando decía: *«El día que el derecho ceda frente a la tiranía económica, dejará de ser derecho»*.

Presidente, Académicos, Colegas, Sras. y Sres., gracias por su atención.

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	5
II. LA DIGITALIZACIÓN	8
III. EL DERECHO Y LA INFORMÁTICA	10
IV. INFRAESTRUCTURA TÉCNICA Y JURÍDICA DE LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA	12
A) <i>Internet</i>	13
B) <i>Acceso a Internet ¿Derecho Constitucional?</i>	17
C) <i>El Documento Telemático y Electrónico en la Legislación y Jurisprudencia Española</i>	19
D) <i>Breves apuntes sobre seguridad. El dinero digital</i>	29
E) <i>La firma electrónica</i>	36
EL REAL DECRETO-LEY 14/1999 DE 17 DE SEPTIEMBRE	38
A) <i>Regulación de la firma electrónica</i>	39
B) <i>El reconocimiento de la eficacia jurídica del documento electrónico firmado y su validez</i>	41
a) <i>Requisitos y eficacia probatoria</i>	41
b) <i>Validez</i>	41
c) <i>La regulación de la prestación al Público de los Servicios de Certificación</i>	42
V. MARCO JURÍDICO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	43
A) <i>Ideas generales</i>	43
B) <i>El problema de la Ley aplicable y el Fuero Jurisdiccional</i>	45
a) <i>Contratos electrónicos convenidos entre un vendedor y un comprador español</i>	46
b) <i>Contratos por Internet convenidos entre comprador y vendedor, uno domiciliado en España y el otro residente en algún País de la Unión Europea</i>	47

c) Contratos electrónicos concertados entre un comprador y un vendedor de los cuales uno es residente en España y el otro en País extracomunitario	49
VI. CONTRATACIÓN POR INTERNET: RESEÑA NORMATIVA EUROPEA Y ESPAÑOLA	50
A) <i>Propuesta de Directiva sobre Comercio Electrónico de 23 de diciembre de 1998</i>	50
B) <i>Contratos de consumo por Internet</i>	52
C) <i>Contratos de servicios financieros por Internet</i>	56
VII. COLOFÓN	61
CONTESTACIÓN DEL EXCMO. SR. D. LUIS DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ ..	63